MANUALE PRATICO DI OBBEDIENZA COSTITUZIONALE

– ADDENDUM – LE SENTENZE DELLA MAGISTRATURA ITALIANA

(Aggiornato al 29 marzo 2021)

PREPARATO DAL
COMITATO "OBBEDIENZA COSTITUZIONALE"

CONTATTI:
OBBEDIENZACOSTITUZIONALE@GMAIL.COM
FB: OBBEDIENZA COSTITUZIONALE

1 Indice

1 Indice 2
2 La sentenza del Giudice di Pace di Frosinone del 15/07/2020 3
3 La sentenza del Tribunale di Milano del 16/11/2020 7
4 L'ordinanza del Consiglio di Stato del 26/11/2020 11
5 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 02/12/2020 13
6 L'ordinanza del Tribunale di Roma del 16/12/2020 17
7 L'ordinanza del Consiglio di Stato del 26/01/2021 27
8 La sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 27/01/2021 29
9 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 13/02/2021 33
10 La sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 19/02/2021 39
11 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 26/02/2021 59
12 Il decreto del Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato del 01/03/2021 61
13 La sentenza della Corte Suprema di Cassazione – Sezione Quarta Penale del 01/03/2021 63
14 Il decreto del Presidente della I Sezione del Tribunale Amministrativo per la Calabria del 09/03/2021 65
15 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 26/03/2021 69
16 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 26/03/2021 73

2 La sentenza del Giudice di Pace di Frosinone del 15/07/2020

Il **Giudice di Pace di Frosinone con pronuncia del 15/07/2020 n. 515/2020 N.R.G 819/2020** ha disposto ed osservato quanto segue.

A) SULLA ILLEGITTIMITÀ DELLA DICHIARAZIONE DELLO STATO DI EMERGENZA PER VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 95 E 78 COST. E DEI CONSEGUENTI DPCM.

Con deliberazione del 31.1.2020 il Consiglio dei Ministri della Repubblica Italiana, pubblicata in G.U. Serie generale n. 26 del 1.2.2020, ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale in conseguenza del rischio sanitario derivante da agenti virali trasmissibili "ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c) e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è dichiarato per sei mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili; 2) per l'attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) ...". Se si esamina la fattispecie richiamata dalla deliberazione sopra citata si potrà notare che non si rinviene alcun riferimento a situazioni di "rischio sanitario" da, addirittura, "agenti virali".

Infatti, l'articolo 7, comma 1, lettera c), del D.Lgs. n. 1/18 stabilisce che "gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono: ... c) emergenze di rilievo nazionale **connessi con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo**". Sono le calamità naturali, cioè terremoti; valanghe; alluvioni, incendi ed altri; oppure derivanti dall'attività dell'uomo, cioè sversamenti, attività umane inquinanti ed altri. Ma nulla delle fattispecie di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c), del D.Lgs. n. 1/18 è riconducibile al "rischio sanitario". A ciò è doveroso aggiungere che i nostri Padri Costituenti hanno previsto nella Costituzione della Repubblica una sola ipotesi di fattispecie attributiva al Governo di poteri normativi peculiari ed è quella prevista e regolata dall'articolo 78 e dall'articolo 87 relativa alla dichiarazione dello stato di guerra. Non vi è nella Costituzione italiana alcun riferimento ad ipotesi di dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario e come visto neppure nel D.Lgs. n. 1/18. In conseguenza, la dichiarazione adottata dal Consiglio dei Ministri il 31.1.2020 è illegittima, perché emanata in assenza dei presupposti legislativi, in quanto nessuna fonte costituzionale o avente forza di legge ordinaria attribuisce il potere al Consiglio dei Ministri di dichiarare lo stato di emergenza per rischio sanitario. Pertanto, poiché gli atti amministrativi, compresi quelli di Alta Amministrazione, come lo stato di emergenza sono soggetti al principio di legalità, la delibera del C.d.M. del 31.1.2020 è illegittima perché emessa in assenza dei relativi poteri da parte del C.d.M. in violazione degli 95 e 78 che non prevedono il potere del C.d.M. della Repubblica Italiana di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria/Da ciò consegue la illegittimità di tutti gli atti amministrativi conseguenti, come il DPCM invocato dal verbale qui opposto, con conseguente dovere del Giudice di pace, quale Giudice ordinario, di disapplicare la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria ed il DPCM attuativo ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 All. E.

2. Inoltre, deve ritenersi condivisibile autorevole dottrina costituzionale (S. Cassese) secondo cui la previsione di norme generali e astratte, peraltro limitative di fondamentali diritti costituzionali, mediante Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sia contraria alla Costituzione. In particolare, non appare meritevole di accoglimento la tesi di chi invoca la legittimità di tali previsioni in virtù del rinvio a tali atti amministrativi, i DPCM, da parte di decreti–legge, che avendo natura di atti aventi forza di legge equipararebbero alla fonte legislativa i DPCM evitandone in tal guisa la loro nullità e la conseguente disapplicazione da parte del Giudice Ordinario. Ed in effetti, l'ultimo DPCM emanato il 26.4.2020, deriverebbe la sua efficacia dal Decreto–legge n. 19, del 25.3.2020, così come gli atti amministrativi della Regione Lazio. Tale tesi, peraltro, è inapplicabile al DPCM oggetto del caso qui giudicato, essendo antecedente al 26.4.2020. In ogni caso, la funzione legislativa delegata è disciplinata dall'articolo 76 Cost., il quale, nel prevedere "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi " impedisce, anche alla legge di conversione di decreti legge la possibilità di delegare la funzione di porre norme generali astratte ad altri organi diversi dal Governo, inteso nella sua composizione collegiale, e quindi con divieto per il solo Presidente del Consiglio dei Ministri di emanare legittimamente norme equiparate a quelle emanate in atti aventi forza di legge. In conclusione, solo un decreto legislativo, emanato in stretta osservanza di una legge delega, può contenere norme aventi forza di legge, ma giammai un atto amministrativo, come le Ordinanze sindacali o regionali od il DPCM, ancorché emanati sulla base di una delega concessa da un decreto–legge tempestivamente convertito in legge. Da ciò discende la illegittimità delle disposizioni del DPCM del 26.4.2020, in G.U del 27.4.2020, n. 108.

B) SULLA ILLEGITTIMITÀ DEL DPCM PER VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 13 COST.

In ogni caso, in via assorbente, deve rilevarsi la indiscutibile illegittimità del DPCM del 9.3.2020, invocato dal verbale opposto, ove prevede che "1. Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID–19 le misure di cui all'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 sono estese all'intero territorio nazionale", e del rinviato DPCM del 8.3.2020, ove stabilisce che "Art. 1 Misure urgenti di contenimento del contagio nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano–Cusio–Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia.

1. "Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID–19 nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano–Cusio–Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia, sono adottate le seguenti misure:

a) evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute".

Tale disposizione, stabilendo un divieto generale ed assoluto di spostamento al di fuori della propria abitazione, con limitate e specifiche eccezioni, configura un vero e proprio **obbligo di permanenza domiciliare**. Tuttavia, nel nostro ordinamento giuridico penalistico, l'obbligo di permanenza domiciliare è già noto e consiste in una sanzione penale restrittiva della libertà personale che viene irrogata dal Giudice di pace penale per alcuni reati. Sicuramente nella giurisprudenza è indiscusso che l'obbligo di permanenza domiciliare costituisca una misura restrittiva della libertà personale. Peraltro, la Corte Costituzionale ha ritenuto configurante una misura restrittiva della libertà personale ben più lievi dell'obbligo di permanenza domiciliare come ad esempio, il "prelievo ematico" (Sentenza n. 238 del 1996). Anche l'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero è stata ritenuta misura restrittiva della libertà personale e dichiarazione d'illegittimità costituzionale della disciplina legislativa che non prevedeva il controllo del Giudice ordinario sulla misura poi introdotto dal legislatore in esecuzione della decisione della Corte costituzionale: Infatti, l'art. 13 Cost., stabilisce che **le misure restrittive della libertà personale possono essere adottate solo su motivato atto dell'autorità giudiziaria**. Pertanto, neppure una legge potrebbe prevedere nel nostro ordinamento l'obbligo della permanenza domiciliare, direttamente irrogato a tutti i cittadini dal legislatore, anziché dall'autorità giudiziaria con atto motivato, senza violare il ricordato art. 13 Cost. Peraltro, nella fattispecie, poiché trattasi di DPCM, cioè di un atto amministrativo, questo Giudice non deve rimettere la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale, ma deve procedere alla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo per violazione di legge. Infine, non può neppure condividersi l'estremo tentativo dei sostenitori, ad ogni costo, della conformità a costituzione dell'obbligo di permanenza domiciliare sulla base della considerazione che il DPCM sarebbe conforme a Costituzione, in quanto prevedrebbe delle legittime limitazioni della libertà di circolazione ex art. 16 Cost. e non della libertà personale. Infatti, come ha chiarito la Corte Costituzionale la libertà di circolazione riguarda i limiti di accesso a determinati luoghi, come ad esempio, l'affermato divieto di accedere ad alcune zone, circoscritte che sarebbero infette, ma giammai può comportare un obbligo di permanenza domiciliare (Corte Cost., n. 68 del 1964). In sostanza la libertà di circolazione non può essere confusa con la libertà personale: i limiti della libertà di circolazione attengono a luoghi specifici il cui accesso può essere precluso, perché ad esempio pericolosi; quando invece il divieto di spostamento non riguarda i luoghi, ma le persone allora la limitazione si configura come limitazione della libertà personale. Certamente quando il divieto di spostamento è assoluto, come nella specie, in cui si prevede che il cittadino non può recarsi in nessun luogo al di fuori della propria abitazione è indiscutibile che si versi in chiara e illegittima limitazione della libertà personale, perché, **nell'ordinamento giuridico italiano, l'ordine di rimanere nella propria abitazione non può essere imposto dal legislatore, ma solo dall'Autorità giudiziaria con atto motivato**. Del resto, tali illegittime misure di sanità pubblica sono state recepite dal DPCM sul modello di quelle adottate in Stati non democratici, come la Cina, che hanno un ordinamento costituzionale autoritario giuridicamente incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale, fondate" su garanzie individuali inviolabili, ignote agli ordinamenti autoritari ed agli

esperti sanitari di quei paese e del nostro, in quanto non competenti in diritto costituzionale.

In conclusione deve affermarsi la illegittimità del DPCM invocato dal verbale qui opposto per violazione dell'art. 13 Cost., con conseguente dovere del Giudice di pace, quale Giudice ordinario, di disapplicare tale DPCM ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 All. E.

3 La sentenza del Tribunale di Milano del 16/11/2020

Il **Tribunale di Milano con pronuncia del 16/11/2020 n. 21394/2020 R.G.N.R. n. 7380/2020 R.G.G.I.P.** ha disposto e osservato:

[...]

IMPUTATO

Del delitto p. e p. dall'art. 76 DPR 445/2000 in riferimento all'art. 483 C.P. perché, in sede di autodichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 DPR 445/2000 consegnata ai Carabinieri nell'ambito dei controlli sul rispetto delle misure di contenimento COVID-19, attestava che [...], circostanza non vera in quanto da verifiche effettuate presso il predetto, non risultava che si sarebbero dovuto vedere in orario successivo al controllo. In Senago in data 31 marzo 2020

MOTIVI DELLA DECISIONE

In data 3.9.2020 il Pubblico Ministero ha chiesto l'emissione di decreto penale di condanna nei confronti dell'odierno imputato in relazione al reato lui ascritto in rubrica.

Dall'annotazione dei Carabinieri di Senago del 15.4.2020 si evince come l'imputato - in data 31.3.2020 alle ore 13.10 - sia stato fermato a bordo di un autocarro [...] e sottoposto a controllo. Richiesto di predisporre l'autodichiarazione concernente le ragioni del suo allontanamento dalla propria abitazione, in relazione alle misure per il contenimento della pandemia da COVID-19 di cui al D.L. 25.3.2020 n. 19, l'imputato ha dichiarato di [...].

Il R., sentito a SIT dai Carabinieri, ha dichiarato in sintesi che il S. si sarebbe effettivamente recato presso la sua abitazione per motivi di lavoro ma verso le 11.30 e che questi se ne sarebbe allontanato

[...]

Nessun dubbio può porsi, quindi, circa il fatto che l'intenzione dichiarata dal S. nel modulo di autocertificazione non abbia trovato riscontro nei successivi accertamenti della Polizia giudiziaria.

Va, tuttavia, escluso che tale falsità integri gli estremi del delitto di cui all'imputazione.

L'art. 483 c.p., infatti, incrimina esclusivamente il privato che attesti al pubblico ufficiale "*fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità*".

Il riferimento ai "*fatti*" quale oggetto della dichiarazione del fatto si ripropone (i) all'art. 46 DPR 445/2000 il quale consente di comprovare con una semplice dichiarazione del privato "*in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti*"; (ii) al comma 1 dell'art. 47, il quale consente al privato di sostituire l'atto di notorietà con una dichiarazione sostitutiva che abbia ad oggetto "*fatti che siano a conoscenza dell'interessato*" (comma 1); nel comma 2 della disposizione richiamata che si riferisce, quale contenuto alternativo della dichiarazione del privato, agli "*stati, qualità*

personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza"; infine, al terzo comma del citato art. 47, il quale prevede che "*nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'art. 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà*".

Orbene, è pacifico in giurisprudenza[1] che siano estranei all'ambito di applicazione dell'art. 483 c.p. le dichiarazioni che non riguardino "*fatti*" di cui può essere attestata la verità *hic et nunc* ma che si rivelino mere manifestazioni di volontà, intenzioni o propositi. In questo senso depongono, del resto, (i) il dato testuale, giacché la nozione di "*fatto*" non può che essere riferita a qualcosa che già è accaduto ed è perciò, già in quel preciso istante, suscettibile di un accertamento, a differenza della intenzione, la cui corrispondenza con la realtà è verificabile solo *ex post*; (ii) il profilo teleologico, giacché la norma è finalizzata ad incriminare la dichiarazione falsa del privato al p.u. in relazione alla sua attitudine probatoria, attitudine che evidentemente non può essere riferita ad un evento non ancora accaduto; (iii) in un'ottica sistematica, la stessa normativa in tema di autocertificazioni, all'interno della quale i "*fatti*" sono indicati, quale oggetto di possibile dichiarazione probante del privato, insieme agli stati e alle qualità personali, vale a dire a caratteristiche del soggetto già presenti al momento della dichiarazione. Ne discende che mentre l'affermazione nel modulo di autocertificazione da parte del privato di una situazione passata (si pensi alla dichiarazione di essersi recato in ospedale ovvero al supermercato) potrà integrare gli estremi del delitto de qua, la semplice attestazione della propria intenzione di recarsi in un determinato luogo o di svolgere una certa attività non può essere ricompresa nell'ambito applicativo della norma incriminatrice, non rientrando nel novero dei "*fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità*".

---

[1] 1 Così, tra le tante, Cass. pen., sez. III, 12.10.1982, n. 10, Sevino ha esplicitamente affermato che "*l'atto deve provare la verità di fatti, attuali ed obiettivi, e non di manifestazioni di volontà esprimenti intendimenti o propositi futuri, poiché anche in quest'ultimo caso non costituisce reato. Il concorso di tali requisiti deve, naturalmente, sussistere anche quando il delitto di falsità ideologica in Atti pubblici sia addebitato al privato, il quale abbia scientemente indotto in errore il pubblico ufficiale, secondo il disposto dell'art. 48 cod. pen.. (fattispecie relativa a falsa dichiarazione di privato al pubblico ufficiale di destinare al diporto un natante ottenendo così la iscrizione nel relativo registro, che non ha la funzione di provare la verità di un fatto, cioè destinazione del natante ad uso diporto, né la veridicità della dichiarazione del privato)".*
Ugualmente, Secondo Cass. pen., sez. V, 3.12.1982, n. 2829, La Fortezza "*sia nell'ipotesi di falsità ideologica del pubblico ufficiale in atto pubblico sia in quella di false attestazioni in atto pubblico commesse dal privato, la falsa dichiarazione deve riguardare fatti, non già meri intenti o propositi, poiché solo in ordine ai primi e cioè ad accadimenti già compiuti può aversi un contrasto con la realtà. Non è quindi configurabile il delitto di falsità ideologica di cui agli artt. 48 - 479 o 483 cod. pen. nel fatto del privato che, al fine di ottenere l'iscrizione di un proprio natante nell'apposito registro, dichiara una destinazione diversa da quella che effettivamente intende dare alla nave, trattandosi, appunto, non già di falsa attestazione di fatti, bensì di riserva mentale, il cui controllo peraltro è possibile soltanto "a posteriori*".
Ancora, Cass. pen., sez. V, 15.6.1982, n. 92903, Marasca: "*Il delitto di falsità ideologica commesso da pubblico ufficiale o da privato in atto pubblico, concerne la falsa attestazione di fatti e non anche di semplici giudizi o dichiarazioni di volontà. Pertanto, non è punibile a norma dell'art. 483 cod. pen. colui che, nel presentare la prescritta dichiarazione in ordine alla destinazione di un natante, sia stato mendace nel manifestare l'intenzione di destinarlo a diporto*". Nello stesso senso anche Cass. pen., sez. III, 2.12.1982, n. 891, Cortuso.

Come recentemente osservato da autorevole dottrina, il nostro ordinamento non incrimina qualunque dichiarazione falsa resa ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio ma costruisce i reati di falso secondo una sistematica casistica. Ne consegue che il rilievo della falsa dichiarazione è legato all'individuazione di una specifica norma che dia rilevanza al contesto e alla singola dichiarazione.

Per le ragioni appena espresse la dichiarazione di una mera intenzione nell'ambito di un modulo di autocertificazione non può rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 493 c.p., limitato ai soli "fatti" già occorsi.

Per le medesime considerazioni la dichiarazione in parola non può assumere rilievo neppure se incorporata - come nel caso di specie - in un'annotazione di P.G. Anzi, in relazione a tale aspetto occorre considerare - quale ulteriore ragione per escludere la tipicità della condotta - che il contenuto della dichiarazione non rientrerebbe tra i "*fatti cui è destinato a provare la verità*" neppure qualora concerna un fatto già accaduto, atteso che l'annotazione assumerà rilievo probatorio solo in relazione al fatto storico che tali dichiarazioni sono state rilasciate e non certo alla verità intrinseca delle stesse.

Neppure potrebbe ritenersi integrato l'art. 495 c.p., risultando l'attestazione compiuta dal S. estranea al novero delle dichiarazioni espressamente indicate dalla norma, vale a dire l'identità, lo stato o altre qualità della propria o altrui persona.

Nel caso di specie, S. non ha certo attestato un fatto già accaduto nella realtà esteriore ma si è limitato a dichiarare una propria volontà, che si è rivelata ex post priva di riscontro. Ne consegue l'impossibilità, in relazione a quanto si è detto, di ritenere integrati gli estremi del delitto di cui all'art. 483 c.p. e di ogni altro reato in materia di falso, ferma l'eventuale rilievo quale autonomo illecito amministrativo ex art. 4 D.L. n. 19/2020. Alla luce delle considerazioni di cui sopra, si impone l'assoluzione dell'imputato ex art. 129 c.p. perché il fatto non sussiste.

PQM

visto l'art. 129 c.p.p.

ASSOLVE

Massimo S. dal reato lui ascritto perché il fatto non sussiste.

4 L'ordinanza del Consiglio di Stato del 26/11/2020

Il **Consiglio di Stato con pronuncia del 26/11/2020 n. 06795/2020 REG.PROV.CAU** ha disposto e osservato:

[...]

B) Il D.P.C.M. 3 novembre 2020, art. 1 co. 9 lett. s) oggi impugnato, ha richiesto ben due note interpretative da parte del Ministero dell'Istruzione. In particolare, la seconda di esse, del Dipartimento sistema educativo n. 1994 del 9 novembre 2020, precisa che "in relazione all'andamento epidemiologico" l'obbligo di mascherina va confermato per gli scolari di età non inferiore a sei anni, citando la conforme valutazione ricevuta dal C.T.S. con verbale 8 novembre 2020, n. 124. **In proposito, questo Giudice non ha rinvenuto agli atti copia di tale verbale, del quale si ritiene sin d'ora ordinare la immediata acquisizione agli atti del giudizio, in modo che esso sia valutabile dal T.A.R. Lazio e dalle parti sin dalla Camera di Consiglio del 16 dicembre p.v.**

C) **La questione della incidenza dell'uso di mascherina, per alunni da 6 a 11 anni, sulla salute psico–fisica del giovanissimo scolaro, merita certamente continua ed approfondita analisi su base scientifica, anzitutto da parte del C.T.S., al di là delle già considerate condizioni di "aerosolizzazione"** durante attività di canto. Ritiene infatti questo Giudice, come già sottolineato in altra vicenda con proprio decreto n. 6534/2020, che sia, nelle forme e nei modi che anzitutto, se riterrà di farlo, il primo giudice potrà stabilire, una **necessaria più completa analisi del contesto socio–educativo in cui l'obbligo per tali scolari è stabilito come pressoché assoluto – salvo limitatissime deroghe per casi marginali – laddove la possibilità di un calo di ossigenazione per apparati polmonari assai giovani, evocata dagli appellanti, sembra allo stato mancare di rassicuranti valutazioni scientifiche di segno contrario;**

D) **Considerato, inoltre, che non sembrano esistere, a livello di dati statistici – che, ove sussistano, dovrebbero essere acquisiti agli atti, né a livello di indirizzi operativi pratici per le singole classi, raccomandazioni per un monitoraggio ove possibile costante, e immediato per gli scolari che diano segno di affaticamento, del livello di ossigenazione individuale dopo l'uso prolungato della mascherina; e ciò, sia perché esistono in commercio apparecchi di misurazione di semplicissima utilizzabilità per ciascun maestro, sia perché tale attività costituirebbe forse una utile base statistica per contribuire alle valutazioni scientifiche degli organi preposti. Ciò potrebbe anche consentire una valutazione esplicita, delle autorità scientifiche, su uno dei punti di cui al ricorso, relativo alla ragionevolezza dell'uso obbligatorio della mascherina anche "al banco" e con distanziamento adeguato."**

Il Consiglio di Stato ha ordinato l'acquisizione del suindicato parere elaborato dal CTS non reso pubblico, posto che, con estrema evidenza, il summentovato D.P.C.M. è carente sotto il profilo della motivazione.

5 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 02/12/2020

Il **Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con pronuncia del 02/12/2020 N. 07468/2020 REG.PROV.CAU** ha disposto ed osservato quanto segue.

Rilevato:

- che non risulta depositato il suddetto verbale del CTS n. 124 dell'8 novembre 2020;
- che nel verbale del CTS n. 104 del 31 agosto 2020, depositato dalla difesa erariale, che si riferisce alla ripresa delle attività scolastiche, si legge: "*In particolare, l'Organizzazione Mondiale della Sanità, in un recente documento del 21 agosto fornisce indicazioni rispetto all'uso delle mascherine in ambito scolastico differenziandole per fasce di età: – Fra 6 e 11 anni: uso condizionato alla situazione epidemiologica locale, prestando, comunque, attenzione al contesto socio–culturale e a fattori come la compliance del bambino nell'utilizzo della mascherina e il suo impatto sulle capacità di apprendimento; …*";
- che **il DPCM impugnato ha imposto l'uso della mascherina, in modo incondizionato sul tutto il territorio nazionale**, anche ai bambini di età compresa fra i sei e gli undici anni, specificando che tale obbligo permane durante l'orario scolastico (art. 1 comma 9, lett. s), **senza alcuna considerazione né della "situazione epidemiologica locale" né del "contesto socio–culturale"**, come indicato dal CTS nel verbale richiamato dalla difesa erariale;
- che l'ordinanza del Ministero della Salute del 4 novembre 2020, emanata ai sensi degli artt. 2 e 3 dello stesso DPCM, non ha annoverato la Sardegna né fra le regioni che si collocano in uno scenario di tipo 3 (Puglia e Sicilia) né in quelle che si collocano in uno scenario di tipo 4 (Calabria, Lombardia, Piemonte e Valle d'Aosta), scenari entrambi riferiti ad un differente livello di rischio "alto" dal "Documento di prevenzione e risposta a Covid–19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione nel periodo autunno–invernale", condiviso dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome in data 8 ottobre 2020 (così si legge nell'ordinanza in parola): classificazione, questa, che appare contraddire la necessità di imporre l'uso della mascherina durante l'orario delle lezioni, anche ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, in una regione, la Sardegna, in cui proprio la "situazione epidemiologica locale" non è stata ritenuta tale da doverla classificare in zona "arancio" o "rossa";
- **che, diversamente da quanto afferma la difesa erariale, il verbale del CTS n. 104 del 31 agosto 2020, pertinente in quanto si riferisce specificamente alla ripresa delle attività scolastiche, non è richiamato nel DPCM impugnato**, il quale, viceversa, presuppone "i verbali nn. 122 e 123 delle sedute del 31 ottobre e del 3 novembre 2020 del Comitato tecnico–scientifico";
- che non risulta depositata in atti copia dei suddetti verbali;

Considerato:

[...]

- che, come osservato dal Consiglio di Stato nel decreto n. 6534 del 12 novembre 2020, le cui considerazioni il Collegio condivide e fa proprie, la questione posta dal ricorrente riguarda "un profilo di tutela della salute individuale del minore ..., rispondente anch'esso – come la tutela della salute pubblica – ad un valore direttamente tutelato dalla Costituzione";

- che **dal DPCM impugnato non risulta siano stati effettuati approfondimenti sull'incidenza dell'uso di mascherina, per alunni da 6 a 11 anni, sulla salute psicofisica degli stessi, né un'analisi del contesto socio–educativo in cui l'obbligo per tali scolari è stabilito come pressoché assoluto, né sulla possibilità che vi sia un calo di ossigenazione per apparati polmonari assai giovani causato dall'uso prolungato della mascherina**;

- che neanche risulta che il DPCM abbia disciplinato l'imposizione dell'uso delle mascherine ai suddetti minori subordinandola alla adozione da parte degli istituti scolastici di specifici indirizzi operativi pratici per le singole classi, dando precise indicazioni sul monitoraggio del livello di ossigenazione individuale del minore dopo l'uso prolungato della mascherina, sull'ausilio da fornire in modo immediato agli scolari che diano segno di affaticamento, sulle modalità per valutare "la compliance del bambino nell'utilizzo della mascherina e il suo impatto sulle capacità di apprendimento";

- che, infine, **dal DPCM impugnato non emergono elementi tali da far ritenere che l'amministrazione abbia effettuato un opportuno bilanciamento tra il diritto fondamentale alla salute della collettività e tutti gli altri diritti inviolabili, parimenti riconosciuti e tutelati dalla costituzione**, fra cui primariamente il diritto alla salute dei minori di età ricompresa fra i 6 e gli 11 anni, sì da poter connotare di ragionevolezza e proporzionalità l'imposizione a questi ultimi dell'uso di un dispositivo di protezione individuale in modo prolungato e incondizionato, anche "al banco" e con distanziamento adeguato;

- che, in definitiva, il ricorso appare assistito da adeguato *fumus boni iuris* quanto meno con riferimento allo specifico profilo esaminato;

- che, pur non dovendosi svilire l'interesse alla salute di un minore sulla base della sola circostanza di fatto che il DPCM impugnato perderà efficacia il 3 dicembre 2020 **– specie tenuto conto che le misure finora assunte per fronteggiare l'epidemia da covid 19, di cui la difesa erariale enfatizza la temporaneità, nei fatti risultano avere sostanzialmente perso tale connotazione stante la rinnovazione di gran parte delle stesse con cadenza quindicinale o mensile – il Collegio ritiene che le numerose e complesse questioni, anche di illegittimità costituzionale, prospettate in ricorso richiedano l'approfondimento da effettuarsi nella naturale sede di merito**;

- che, a tal fine, è necessario acquisire dall'amministrazione, entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente ordinanza, copia

dei verbali nn. 122 e 123 delle sedute del 31 ottobre e del 3 novembre 2020 e n. 124 della seduta dell'8 novembre 2020, del Comitato tecnico–scientifico nonché una sintetica relazione in cui si chiariscano le evidenze scientifiche, poste alla base dell'imposizione dell'uso della mascherina anche ai bambini di età ricompresa fra i 6 e gli 11 anni, anche durante l'orario scolastico, basate su specifica istruttoria sulla "situazione epidemiologica locale" di ciascuna regione, sul "contesto socioculturale" in cui i bambini vivono, come suggerito dal CTS nel verbale n. 104, dalle quali possa ritenersi scongiurato il pericolo che si verifichi un calo di ossigenazione per apparati polmonari assai giovani, causato dall'uso prolungato della mascherina, o che vi siano ricadute di tale imposizione sulla salute psico–fisica dei minori in una fase della crescita particolarmente delicata;

Il Tribunale Amministrativo per il Lazio ha fissato, per la trattazione del merito, l'udienza pubblica del 10 febbraio 2021.

6 L'ordinanza del Tribunale di Roma del 16/12/2020

Il **Tribunale di Roma – VI Sezione Civile con pronuncia del 16/12/2020 n. 45986/2020 R.G.**, ha disposto ed osservato quanto segue.

[...]

appare evidente che **la limitazione ai diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti che si è verificata nel periodo di emergenza sanitaria è dovuta, quindi, non alla intrinseca diffusione pandemica di un virus *ex se*, ma alla adozione "esterna" dei provvedimenti di varia natura (normativi ed amministrativi) i quali, sul presupposto della esistenza di una emergenza sanitaria, hanno compresso o addirittura eliminato alcune tra le libertà fondamentali dell'Uomo, cosi come riconosciute sia dalla Carta Costituzionale che dalle Convenzioni Internazionali**.

A dimostrazione di ciò, è notorio che le suddette libertà e diritti fondamentali siano stati incisi con modalità ed intensità diverse nei vari Paesi del globo terrestre ed alcuni Stati, come la Svezia, addirittura, si siano limitati a indicazioni e suggerimenti, senza imporre limiti al godimento dei diritti, quantomeno nel periodo iniziale.

Da ciò deriva che le dedotte conseguenze per l'istante non sono affatto riconducibili alla emergenza sanitaria in sé intesa, ma al complesso normativo procedimentale che, su tale presupposto, è intervenuto sui diritti e sulle libertà dei cittadini, ivi compresi quelli dell'interessato istante.

Ciò chiarito, **si deve quindi verificare se tale compressione fosse insuperabile, con la conseguenza che quanto dedotto può essere preso in considerazione ai fini della domanda, o, al contrario, se vi fosse un insieme normativo–provvedimentale che la parte interessata avrebbe potuto caducare** e che l'interessato non abbia, negligentemente, impugnato, con ciò divenendo egli stesso in qualche modo causa delle conseguenze negative sulla piena fruibilità del bene immobile, in base alle quali oggi vorrebbe vantare la propria pretesa.

In altre parole, **si deve verificare se si fosse in presenza di atti censurabili ed illegittimi e/o di una norma incostituzionale o in violazione delle Convenzioni internazionali, e se la loro ipotetica caducazione avrebbe potuto eliminare le conseguenze dannose** ed i limiti al godimento del bene, per poi verificare, dunque, se rispetto a ciò la parte si sia diligentemente attivata, o abbia invece subito le conseguenze del provvedimento illegittimo o *contra ius*.

In tale ipotesi, invero, verrebbe a cadere lo stesso presupposto di partenza invocato dalla parte per fondare ogni pretesa.

Appare dunque necessario verificare se in concreto la limitazione imposta con atti provvedimentali ed atti aventi forza di elegge fosse legittima.

2. Punto indiscusso è che le libertà fondamentali degli individui siano state compresse attraverso un DPCM. Tale allo, come noto, non è di natura normativa, ma ha natura amministrativa. Tale natura resta anche laddove un provvedimento avente forza di

legge, preventivamente, "lo legittimi", e sempre che tale legittimazione "delegata" sia attribuita nei limiti consentiti.

In questa prospettiva non vi è dubbio che l'azione della amministrazione che operi attraverso atti amministrativi sia responsabilizzante, in quanto esposta, diversamente dall'operare attraverso atti aventi forza di legge, anche alle ulteriori censure tipiche dei provvedimenti amministrativi, e non solo al sindacato politico.

Tutti tali profili devono quindi essere analizzati.

Un primo aspetto da verificare è la idoneità del DPCM a comprimere i diritti fondamentali che ha, di fatto, investito e compresso.

Diverse ed autorevoli sono state le opinioni di coloro (per tutti i Presidenti Emeriti della Corte Costituzionale Baldassare, Marini, Cassese) che hanno rilevato la incostituzionalità del DPCM.

Come già evidenziato da altra giurisprudenza (giudice di Pace di Frosinone) non può ritenersi che un DPCM possa porre limitazioni a libertà costituzionalmente non avendo valore e forza di legge.

Va rammentato infatti che con deliberazione dei 31.1.2020 il Consiglio dei Ministri della Repubblica Italiana, pubblicata in G.U. Serie generale n. 26 del 1.2.2020, ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale in conseguenza del rischio sanitario derivante da agenti virali trasmissibili: "*ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c) e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è dichiarato per sei mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili; 2) per l'attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b)...*"

Però, con le parole della succitata giurisprudenza "*Se si esamina la fattispecie richiamata dalla deliberazione sopra citata si potrà notare che non si rinviene alcun riferimento a situazioni di "rischio sanitario" da, addirittura, "agenti virali".*"

Infatti, l'articolo 7, comma 1, lettera c), del D.Lgs. n. 1/ 18 stabilisce che "*gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono: ... c) emergenze di rilievo nazionale connessi con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*".

Sono le calamità naturali, cioè terremoti; valanghe; alluvioni; incendi ed altri; oppure derivanti dall'attività dell'uomo, cioè sversamenti, attività umane inquinanti ed altri. Ma nulla delle fattispecie di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c), del D.Lgs. n. 1/ 18 è riconducibile al "rischio sanitario".

A ciò è doveroso aggiungere, sempre con le parole del giudice sopra menzionato, che "*i nostri Padri Costituenti hanno previsto nella Costituzione della Repubblica una sola ipotesi di fattispecie attributiva al Governo di poteri normativi peculiari ed è quella prevista e regolata dall'articolo 78 e dall'articolo 87 relativa alla dichiarazione dello stato di guerra. Non vi è nella Costituzione italiana alcun riferimento ad ipotesi di dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario e come visto neppure nel D.Lgs. n.*

1/18. In conseguenza, la dichiarazione adottata dal Consiglio dei Ministri il 31.1.2020 è illegittima, perché emanata in assenza dei presupposti legislativi, in quanto nessuna fonte costituzionale o avente forza di legge ordinaria attribuisce il potere al Consiglio dei Ministri di dichiarare lo stato di emergenza per rischio sanitario. Pertanto, poiché gli atti amministrativi, compresi quelli di Alta Amministrazione, come lo stato di emergenza sono soggetti al principio di legalità, la delibera del C.d.M. del 31.1.2020 è illegittima perché emessa in assenza dei relativi poteri da parte del C.d.M. in violazione degli 95 e 78 che non prevedono il potere del C.d.M. della Repubblica Italiana di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria"

Da ciò consegue la illegittimità di tutti gli atti amministrativi conseguenti.

Inoltre, deve ritenersi condivisibile autorevole dottrina costituzionale (S. Cassese) secondo cui la previsione di norme generali e astratte, peraltro limitative di fondamentali diritti costituzionali, mediante Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sia contraria alla Costituzione.

Con le parole del giudice di Pace di Frosinone: "*In particolare, non appare meritevole di accoglimento la tesi di chi invoca la legittimità di tali previsioni in virtù del rinvio a tali atti amministrativi, i DPCM, da parte di decreti–legge, che avendo natura di atti aventi forza di legge equipararebbero alla fonte legislativa i DPCM evitandone in tal guisa la loro nullità e la conseguente disapplicazione da parte del Giudice Ordinario.*

Ed in effetti, l'ultimo DPCM emanato il 26.4.2020, deriverebbe la sua efficacia dal Decreto–legge n. 19, del 25.3.2020, così come gli atti amministrativi della Regione Lazio.

In ogni caso, la funzione legislativa delegata è disciplinata dall'articolo 76 Cost., il quale, nel prevedere "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi" impedisce, anche alla legge di conversione di decreti legge la possibilità di delegare la funzione di porre norme generali astratte ad altri organi diversi dal Governo, inteso nella sua composizione collegiale, e quindi con divieto per il solo Presidente del Consiglio dei Ministri di emanare legittimamente norme equiparate a quelle emanate in atti aventi forza di legge. In conclusione, solo un decreto legislativo, emanato in stretta osservanza di una legge delega, può contenere norme aventi forza di legge, ma giammai un atto amministrativo, come le Ordinanze sindacali o regionali od il DPCM, ancorché emanati sulla base di una delega concessa da un decreto–legge tempestivamente convertito in legge. Da ciò discende la illegittimità delle disposizioni del DPCM del 26.4.2020, in G.U del 27.4.2020, n. 108."

Da ciò discende la illegittimità dei DPCM che hanno imposto la compressione dei diritti fondamentali che oggi viene addotta quale causa eziologica dell'alterato equilibrio del sinallagma contrattuale.

Quanto sopra è ancor più evidente se si considera che il primo decreto legge che ha "legittimato" il DPCM non fissava un neanche termine e non tipizzava i poteri, perché conteneva una elencazione esemplificativa, così consentendo l'adozione di atti innominati, oltre a non stabilire le modalità di esercizio dei poteri.

Anche i DPCM che disciplinano la cd. fase 2 sono, ad avviso di questo giudicante, di dubbia costituzionalità poiché hanno imposto una rinnovazione della limitazione dei diritti di libertà che avrebbe invece richiesto un ulteriore passaggio in Parlamento diverso rispetto a quello che si è avuto per la conversione del decreto "Io resto a casa" e del "Cura Italia" (cfr. Marini). Si tratta pertanto di provvedimenti contrastanti con gli articoli che vanno dai 13 al 22 della Costituzione e con la disciplina la dell'art. 77 Cost., come rilevato da autorevole dottrina costituzionale.

Inoltre, si aggiunge, anche se si ritenesse legittima la limitazione delle libertà individuali, sarebbe necessaria la specificazione di un termine all'interno dello stesso decreto del Presidente del Consiglio– Sul punto, però, anche la temporaneità del DPCM appare in realtà solo formale, come evidenziato di recente dalla giurisprudenza del TAR del Lazio "*tenuto conto che le misure finora assunte per fronteggiare l'epidemia da covid 19, di cui la difesa erariale enfatizza la temporaneità, nei fatti risultano avere sostanzialmente perso tale connotazione stante la rinnovazione di gran parte delle stesse con cadenza quindicinale o mensile*" (TAR del Lazio ordinanza n. 7468/2020, che si è espresso sul successivo DPCM 3.11.2020).

Questo giudicante ritiene di dover aderire a tali prospettazioni, con conseguente riscontro di un contrasto del DPCM con le disposizioni costituzionali.

Da ciò discende l'importante corollario che l'istante si duole di situazione non invincibile *ex se*, ma delle conseguenze derivanti da un impianto normativo–provvedimentale che è in contrasto con la Carta Costituzionale, e quindi certamente caducabile (con conseguente eliminazione degli effetti negativi posti a base della pretesa stessa).

3. Anche voler aderire alla tesi opposta – trattasi infatti di argomento dibattuto sia in dottrina che in sede parlamentare – e cioè alla tesi della piena costituzionalità delle limitazioni imposte con DPCM, non potrebbe tuttavia egualmente pervenirsi a valutazione favorevole in merito alla legittimità dei DPCM che hanno imposto vincoli ai diritti fondamentali, in base al detto presupposto della emergenza epidemiologica da diffusione pandemica di agente virale denominato SARS Cov 2.

   Infatti le concrete limitazioni derivate dalla esecuzione di un provvedimento amministrativo, quale è il DPCM, avrebbero comunque potuto essere facilmente rimosse, trattandosi di provvedimenti amministrativi che ad avviso di questo tribunale appaiono *ex se* illegittimi.

   Può rilevarsi infatti un ricorrente difetto di motivazione.

   Come noto, tutti i provvedimenti amministrativi devono essere motivati ai sensi dell'art. 3 legge 241/ 1990. A tale obbligo non sono sottratti neanche i DPCM.

   Tale elemento dell'atto amministrativo è indispensabile per comprendere aspetti quali il corretto accertamento del dato ontologico–fattuale (come ad esempio nella fattispecie: il numero e le modalità di calcolo dei decessi e degli infetti presi a base delle limitazioni; il piano sanitario pandemico posto a base delle compressioni delle

libertà, consentendo così di verificare il suo aggiornamento e quindi la sua eventuale perfettibilità); la correttezza del ragionamento logico (come la consequenzialità della scelta concreta rispetto all'obiettivo prefisso, ad esempio nella decisione o meno di chiudere parchi e ville pubbliche o di vietare la salutare attività motoria); la consequenzialità tra premessa e conclusione; o la proporzionalità (diversi ad esempio sono, nella materia che ci riguarda, i limiti astrattamente imponibili dall'autorità "sanitaria" per contenere situazioni di rischio virale diversificate: si pensi ai banali virus influenzali, al ben più grave virus da SARS Cov 2 o al devastante virus Ebola, rispetto ai quali *ictu oculi* l'azione di contenimento non può che essere diversa e proporzionale al rischio).

La motivazione consente quindi di operare, sulla base di tali informazioni e riscontri, il fondamentale sindacato giurisdizionale da parte dell'autorità giudiziaria (in via diretta da parte del giudice amministrativo o disapplicativa da parte del giudice ordinario), che è un principio cardine degli assetti democratici moderni, i quali nel rispetto del principio di divisione dei poteri, impongono comunque la possibilità di un controllo da parte del potere giudiziario.

Orbene, nel corpo dei provvedimenti relativi alla emergenza epidemiologica, la motivazione è redatta in massima parte con la peculiare tecnica della motivazione "*per relationem*", cioè con rinvio ad altri atti amministrativi e, in particolare (ma non solo), ai verbali del Comitato Tecnico Scientifico (CTS).

Tale tecnica motivatoria è in astratto ammessa e riconosciuta dalla giurisprudenza, ma richiede (eccettuato il caso di attività strettamente vincolata) che gli atti cui si faccia riferimento siano resi disponibili o comunque siano conoscibili.

È fatto notorio (essendo anche stato oggetto di dibattito politico messo in risalto dai mass media), che alcuni di tali atti vengano resi pubblici (o comunque in altro modo ostesi) con difficoltà, talvolta solo in partente comunque con una tempistica molto lunga, in alcuni casi addirittura prossima alla scadenza di efficacia del DPCM stesso.

In un primo periodo, addirittura, i verbali del CTS risultavano classificati come "riservati" ed è noto in proposito il dibattito contenzioso che ha portato alla loro pubblica ostensione.

Successivamente tali verbali del CTS sono stati periodicamente pubblicati sul sito della Protezione Civile, ma con un ritardo tale da non consentire l'attivazione di una tutela giurisdizionale, in quanto troppo prossimi alla scadenza della efficacia. Ad esempio, alla data del 12.12.2020 – in vigenza del DPCM 3.12.2020 che si basa sul verbale del CTS dei 3.12.2020 n. 133 – risultano pubblicati solo i verbali delle sedute fino al 24.10.2020.

Tale omissione potrebbe essere astrattamente superata con il ricorso alla procedura di accesso agli atti, prevista e disciplinata dalle leggi in materia, che in caso di accoglimento obbligherebbe alla ostensione dell'atto *de relato*. Tuttavia nel caso di specie anche il ricorso alla procedura impugnatoria dell'accesso non sarebbe di fatto utilmente esperibile, essendo prescritto un preventivo silenzio di 30 giorni da

parte della amministrazione rispetto alla domanda di accesso, prima di poter presentare ricorso, ed essendo comunque necessaria la fissazione della udienza e la notifica del ricorso. Nelle more, dunque, è pressoché automatico il decorso della efficacia del provvedimento stesso, con conseguente improcedibilità dell'azione giudiziaria esperita. Non può poi sottacersi che, almeno con riferimento ai primi provvedimenti, la disposizione di chiusura (c.d. lockdown) si è accompagnata alla generalizzata chiusura anche degli uffici giudiziari, eccetto i casi urgenti, che ha reso di fatto estremamente difficoltoso il ricorso alle vie di giustizia.

In tale dinamica l'obbligo di motivazione non è, ad avviso di questo giudicante, sufficientemente adempiuto ed i provvedimenti che si sono susseguiti sono dunque illegittimi per violazione di legge (art. 3 legge 241/1990).

La motivazione, inoltre, è elemento indispensabile per consentire anche il sindacato su possibili vizi di c.d. eccesso di potere.

Sul punto talvolta non è emerso neanche, dal combinato disposto dei DPCM e verbali del CTS, un adeguato bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, che fosse cioè basato su una istruttoria completa e su una chiara ed univoca presa d'atto della situazione di fatto.

In materia si è già espresso il TAR del Lazio (con riferimento al DPCM del novembre 2020), di cui si riportano le parole: "*infine, dal DPCM impugnato non emergono elementi tali da far ritenere che l'amministrazione abbia effettuato un opportuno bilanciamento tra il diritto fondamentale alla salute della collettività e tutti gli altri diritti inviolabili*" (TAR del Lazio ordinanza n. 7468/2020).

Con riferimento ai DPCM 9.3.2020, ad esempio, vi è un generico riferimento al precedente DPCM 8.3.2020, nel quale sono citati i verbali del CTS del 3 febbraio 2020, n. 630 e nelle sedute del 7 marzo 2020. Il verbale del 7.3.2020 proponeva in particolare di adottare due distinte zone, una relativa all'intero territorio nazionale, l'altra relativa ai territori in cui si era maggiormente osservata la diffusione del virus.

La giustificazione di tale dicotomica classificazione, così come le relative limitazioni ai diritti fondamentali, ad avviso di questo giudicante non sono però fornite di motivazione adeguata nel corpo del verbale del CTS (cui fa indirettamente rinvio il DPCM 9.3.2020 nel richiamare il precedente DPCM 8.3.2020), cioè di motivazione tale da far comprendere i termini dell'accertamento istruttorio ed il ragionamento logico della scelta dell'amministrazione, limitandosi il CTS ad enunciare assunti tautologici come "quanto più le misure di contenimento sono stringenti tanto più ci si attende una maggiore efficacia nella prevenzione della diffusione del virus" . In concreto andrebbe invece chiaramente spiegato al fine di consentire un pieno sindacato giurisdizionale l'iter logico–motivatorio sotteso alla scelta: tra i tanti esempi di dettaglio possibili, perché la apertura dei bar e dei ristoranti possa avvenire nel rispetto della distanza di almeno un metro (e quella degli altri esercizi commerciali garantendo genericamente l'evitamento di assembramenti, con ciò ritenendole misure idonee a contenere la diffusione) mentre le scuole di ogni ordine

e grado debbano restare chiuse per garantire il medesimo risultato. Inoltre andrebbe chiarito il perché di una classificazione uniforme per la quasi totalità del territorio nazionale (a fronte di dati statistici diversissimi, come ad esempio gli scarsissimi casi presenti in Umbria e Calabria nel periodo di riferimento) al fine di verificare se il provvedimento risponda ai criteri minimi di rispetto della legittimità sotto il profilo sia motivatorio (violazione di legge) che di eccesso di potere per difetto di istruttoria ed illogicità.

Tale iter motivatorio, del tutto generico, è quindi ad avviso di questo giudice insufficiente a rispettare i parametri richiesti per ogni provvedimento amministrativo ai sensi dell'art. 3 legge 241/ 1990, con conseguente illegittimità del provvedimento stesso, nel suo complesso: è indubbio infatti che il complessivo risultato del DPCM sulla limitazione delle libertà e dei diritti fondamentali sia il frutto del combinato disposto e del coordinato risultato delle varie e singole disposizioni.

A dimostrazione di ciò si consideri che alcune delle gravi compressioni dei diritti costituzionalmente e internazionalmente garantiti, peraltro, sono contraddittorie con le disposizioni degli stessi DPCM adottati successivamente sulla materia, nei quali molte prescrizioni sono state sostanzialmente modificate. Anche tali modifiche avrebbero dovuto essere spiegate e rese comprensibili con adeguata attivazione, con ciò consentendo al giudice di operare il sindacato tipico dei provvedimenti amministrativi, cioè sui vizi c.d. di eccesso di potere (che insieme alla incompetenza ed alla violazione di legge costituiscono i vizi di legittimità che il giudice deve verificare). Tale mancanza palesa dunque un possibile ulteriore vizio di eccesso di potere dei DPCM, per contraddittorietà con altri atti della medesima amministrazione destinati ad incidere sulla stessa situazione, non essendo possibile comprendere a pieno le ragioni del mutamento di indirizzo.

Si è già detto, del resto, che partendo dal dato di fatto "*che l'Organizzazione mondiale della sanità il 30 gennaio 2020 ha dichiarato l'epidemia da COVID– 19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale*" (cui è seguita la successiva dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della sanità dell'11 marzo 2020 con la quale l'epidemia da COVID–19 è stata valutata come «pandemia » in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale), il DPCM 9.3.2020 ha adottato limitazioni ben più incisive rispetto a moltissimi altri Paesi coinvolti dalla pandemia, con ciò rendendo evidente la possibilità che la stessa amministrazione (la Presidenza del Consiglio dei Ministri che ha emesso l'atto) aveva in astratto di adottare misure diverse e meno compressive dei diritti fondamentali.

Dalla lettura dei verbali delle sedute del CTS che si sono succedute, per quanto detto sopra, non emerge quindi con chiarezza quale sia la logica della scelta fortemente compressiva operata dalla PA e. sia nella parte in cui si configura come discrezionalità amministrativa che nelle parti in cui si ravvisa discrezionalità tecnica, l'opzione della amministrazione non appare univocamente determinata dalla situazione di fatto sottostante e, talvolta, appare addirittura contraddittoria, con ciò determinando ulteriori possibili vizi di eccesso di potere per illogicità (sul punto, ad esempio, ha già preso posizione il TAR del Lazio con la citata ordinanza n. 7468/2020 con

riferimento al DPCM 3.11.2020, nella parte in cui dispone l'obbligo di tenere le mascherine nelle aule scolastiche, ordinando accertamenti istruttori).

Ciò detto, va rilevato che le considerazioni sopra esposte possono essere agevolmente estese ai vari e numerosi DPCM che si sono succeduti. Si rammenta infatti che il Dpcm 9.3.2020 ha cessato di produrre effetti dalla data di efficacia delle disposizioni contenute nel Dpcm 10 aprile 2020. Tale DPCM del 10.4.2020 richiama il verbale del CTS n. 49 del 9 aprile 2020. A partire dal 4 maggio 2020 le disposizioni del Dpcm 10 aprile 2020 sono state invece sostituite da quelle del Dpcm 26 aprile 2020, che ha richiamato i verbali n. 57 del 22 aprile 2020 e n. 59 del 24–25 aprile 2020, e così via, sino ai più recenti DPCM cui corrispondono i relativi verbali delle sedute aggiornate del CTS. oltre che i rispettivi decreti legge "legittimanti" (sul punto si è già detto).

Anche il combinato disposto di tali atti, tuttavia, consente di ritenere che in tali casi i DPCM siano viziati da violazione di legge per difetto di motivazione, possibile sintomo di altri vizi quali l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà.

Sulla motivazione *per relationem* del resto si è già ampiamente detto.

Ma vi è di più.

Le disposizioni limitanti le libertà fondamentali in alcuni casi sono appaiono adottate in immediata conseguenza logica di un ragionamento chiaro e basato su dati ontologici fattuali certi (o almeno verificabili), ma previa esposizione di mere clausole di stile, come "*dopo aver accuratamente valutato gli scenari epidemiologici derivanti da una riapertura della attività didattica frontale nelle scuole*" (in base a cui il CTS mantiene ad esempio l'obbligo di formazione a distanza – verbale del CTS n. 49 del 9 aprile 2020), o con prescrizioni del tutto generiche come la "*garanzia di pulizia ed igiene ambientale con frequenza di almeno due volte al giorno*" (senza indicarne le modalità – verbale del CTS n. 49 del 9 aprile 2020), o con limitazioni motivate genericamente e senza alcuna spiegazione del perché (come l'accesso di al massimo una persona per locali fino a 40 mq senza che fosse stata inizialmente fatta una distinzione delle caratteristiche fisiche dell'immobile, della cubatura, dell'areazione, e comunque del perché la misura fosse ben diversa da quanto consentito sui mezzi di trasporto pubblici – verbale del CTS n. 49 del 9 aprile 2020).

Anche di tali scelte (e di numerose altre) non appare quindi comprensibile la motivazione e, in alcuni tratti, la logica sottesa.

La tecnica motivatoria del verbale CTS 22.4.2020 n. 57 (ed alcuni successivi) appare invece leggermente diversa.

Dalla lettura dei prospetti di cui a pag. 13 e 14 del verbale, si desume che siano state effettuate valutazioni di carattere diverso, con studio di possibili scenari in base ai quali garantire il rispetto del tasso di occupazione delle terapie intensive entro soglie di sicurezza idonee a garantire una occupazione massima (stabilite in 9.000 posti).

In base a tali diversi scenari, di cui però anche qui non è ad avviso di questo giudice chiaramente comprensibile l'origine e l'elaborazione (con ciò integrandosi un possibile vizio di difetto di istruttoria), non è comunque esplicitato perché venga prediletta l'una opzione rispetto all'altra (ad esempio chiusura delle scuole, ma contestuale apertura di alcune tipologie di imprese; ammissione di un numero massimo di partecipanti alle celebrazioni funebri, ma adozione di parametri diversi per l'assembramento nei mezzi di trasporto) e non risultano dal provvedimento le valutazioni di variabili essenziali (come ad esempio la entità della ipotetica variazione dei codici ATECO – laddove possibile in ragione del concreto oggetto di impresa – delle attività produttive vietate, al fine di rientrare in quelle consentite, con conseguente scostamento del dato predittivo).

Anche in questo caso l'assenza di parametri precisi e delle analitiche motivazioni della scelta tecnica rendono illegittimo il DPCM, in quanto basato su atti (ed in particolare i verbali del CTS) non idonei a tal fine.

4. Quanto ai profili di violazione di legge, anche di rango costituzionale, e di incompetenza si rinvia al tema della incostituzionalità già menzionato in precedenza.

   Tali considerazioni costituiscono solo alcuni esempi dei vizi ipotizzabili, ma rendono evidente come i DPCM che hanno compromesso il pieno godimento del bene oggi nei termini oggetto di pretesa dell'istante, siano in realtà atti viziati da molteplici profili di illegittimità e, come tali, caducatali.

   Ne consegue che, stante la illegittimità del provvedimento che di fatto ha creato le dette limitazioni e compressioni dei diritti fondamentali (le quali per quanto detto in premessa non sono "intrinseche" alla esistenza di una epidemia virale, ma conseguenza dell'impianto normativo provvedimentale che su tale situazione è intervenuto), e che sono poste alla base della pretesa, la parte ben avrebbe potuto (ed, anzi, dovuto) impugnare tale atto, con ciò eliminando in radice le conseguenze che ne sono derivate.

   La caducazione infatti avrebbe interessato l'intero DPCM, trattandosi di disposizioni correlate le une alle altre, in un rapporto di stretta connessione che le avrebbe travolte nella interezza.

   Si tratta quindi, a ben vedere, non di un danno "da emergenza sanitaria", ma di un danno da attività provvedimentale, che si reputa illegittima, e che la parte non si è attivata in alcun modo per rimuovere e, di conseguenza, eliminarne gli effetti dannosi, che dunque ben avrebbe potuto evitare.

   La pretesa invocata con la domanda, dunque, è basata su un presupposto di partenza già di per sé errato, tale da rendere infondata la richiesta.

7 L'ordinanza del Consiglio di Stato del 26/01/2021

Il **Consiglio di Stato con pronuncia del 26/01/2021 n. 00304/2021 REG.PROV.CAU.** ha disposto e osservato quanto segue.

Ritenuto che, nella vicenda in esame, risulta:

1) che l'Amministrazione resistente non ha ancora depositato agli atti, innanzi al T.A.R. Lazio, i documenti che il primo giudice aveva ordinato di produrre entro il termine di 15 giorni, ampiamente decorso;
2) che tali documenti, di cui si conferma la necessità di tempestivo deposito in atti, hanno rilevanza per ciò che attiene a profili decisivi nella controversia in esame;
3) che, nel caso posto all'attenzione di questo giudice, la minore rappresentata dagli odierni appellanti, genitori della stessa, ha documentato con certificati medici, ripetutamente, problemi di difetto di ossigenazione per l'uso prolungato del DPI durante tutto l'orario di lezione;
4) che, nella classe frequentata dalla minore, non risulta – o comunque dagli atti non risulta – essere disponibile neppure un apparecchio di controllo della ossigenazione – saturimetro, strumento di costo minimo e semplicissima utilizzabilità in casi come quello prospettato, ad opera di ogni insegnante, per intervenire ai primissimi segnali di difficoltà di respirazione con DPI da parte del giovanissimo alunno;

Ritenuto, perciò, che nelle more della camera di consiglio già fissata innanzi al T.A.R., alla minore non possa essere imposto l'uso del DPI per la durata delle lezioni, essendo il pericolo di affaticamento respiratorio – in mancanza di una costante verificabilità con saturimetro – troppo grave e immediato, né ovviamente si può ipotizzare una sospensione, sino alla decisione cautelare del T.A.R., del diritto costituzionalmente tutelato della giovane allieva di frequentare il corso scolastico;

P.Q.M.

Accoglie l'istanza cautelare, e sospende, nei confronti degli appellanti, con riguardo all'obbligo della minore –OMISSIS– di indossare il DPI durante l'orario scolastico, l'esecutività del DPCM impugnato per la parte relativa;

Restano ferme, a carico dell'istituto scolastico, che la stessa minore frequenta, le responsabilità connesse all'attuazione del presente decreto.

8 La sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 27/01/2021

Il **Tribunale di Reggio Emilia con sentenza N. 54/2021 del 27/01/2021** ha disposto e osservato quanto segue.

SENTENZA

nei confronti di:

[...]

(a) del reato p. e p. dall'art 483 C.P., perché, compilando atto formale di autocertificazione per dare contezza del loro essere al di fuori dell'abitazione in contrasto con l'obbligo imposto dal DCPM 08.03.2020, attestavano falsamente ai Carabinieri di Correggio: G. M. di essere andata a sottoporsi ad esami clinici; C. D. di averla accompagnata.

In Correggio il 13.03.2020

MOTIVAZIONE

Procedendo penalmente contro ciascun imputato per il reato in rubrica rispettivamente ascritto, il PM richiede l'emissione di decreto penale di condanna alla pena determinata nella misura di cui in atti.

Ritiene il GIP che la richiesta di emissione di decreto di condanna non possa essere accolta e che debba trovare luogo una sentenza di proscioglimento, ex art. 129 CPP, per effetto delle brevi considerazioni che seguono.

Infatti:

- premesso che viene contestato a ciascun imputato il delitto di cui all'art. 483 CP «...perché, compilando atto formale di autocertificazione per dare contezza del loro essere al di fuori dell'abitazione in contrasto con l'obbligo imposto dal DCPM 08.03.2020, attestavano falsamente ai Carabinieri di Correggio: G. R. di essere andata a sottoporsi ad esami clinici; C. D. di averla accompagnata...», avendo il personale in forza al Comando Carabinieri di Correggio accertato che la donna quel giorno non aveva fatto alcun accesso presso l'Ospedale di Correggio;
- evidenziato che la violazione contestata trova quale suo presupposto – al fine di giustificare il proprio allontanamento dall'abitazione – l'obbligo di compilare l'autocertificazione imposto in via generale per effetto del Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.) citato nell'autocertificazione stessa;
- **in via assorbente, deve rilevarsi la indiscutibile illegittimità del DPCM del 8.3.2020, evocato nell'autocertificazione sottoscritta da ciascun imputato – come pure di tutti quelli successivamente emanati dal Capo del Governo**, ove prevede che "1. Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 le misure di cui all'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 sono estese all'intero territorio nazionale", e del rinviato DPCM dei 8.3.2020, ove stabili-

sce che "Art. 1 Misure urgenti di contenimento del, contagio nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia.

- 1. Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus" COVID-19 nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia, sono adottate le seguenti misure:
- a) evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute".
- **Tale disposizione, stabilendo un divieto generale e assoluto di spostamento al di fuori della propria abitazione, con limitate e specifiche eccezioni, configura un vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare. Tuttavia, nel nostro ordinamento giuridico, l'obbligo di permanenza domiciliare consiste in una sanzione penale restrittiva della libertà personale che viene irrogata dal Giudice penale per alcuni reati all'esito del giudizio (ovvero, in via cautelare, in una misura di custodia cautelare disposta dal Giudice, nella ricorrenza dei rigidi presupposti di legge, all'esito di un procedimento disciplinato normativamente), in ogni caso nel rispetto del diritto di difesa. Sicuramente nella giurisprudenza è indiscusso che l'obbligo di permanenza domiciliare costituisca una misura restrittiva della libertà personale.**

Peraltro, la Corte Costituzionale ha ritenuto configurante una restrizione della libertà personale delle situazioni ben più lievi dell'obbligo di permanenza domiciliare come, ad esempio, il "prelievo ematico" (Sentenza n. 238 del 1996) ovvero l'obbligo di presentazione presso l'Autorità di PG in concomitanza con lo svolgimento delle manifestazioni sportive, in caso di applicazione del DASPO, tanto da richiedere una convalida del Giudice in termini ristrettissimi. Anche l'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero è stata ritenuta misura restrittiva della libertà personale, con conseguente dichiarazione d'illegittimità costituzionale della disciplina legislativa che non prevedeva il controllo del Giudice ordinario sulla misura, controllo poi introdotto dal legislatore in esecuzione della decisione della Corte Costituzionale; la disciplina sul trattamento sanitario obbligatorio, ugualmente, poiché impattante sulla libertà personale, prevede un controllo tempestivo del Giudice in merito alla sussistenza dei presupposti applicativi previsti tassativamente dalla legge: infatti, l'art. 13 Cost. stabilisce che le misure restrittive della libertà personale possono essere adottate solo su «...atto motivato dall1autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge»; primo corollario di tale principio costituzionale, dunque, è che un DPCM non può disporre alcuna limitazione della libertà personale, trattandosi di fonte meramente regolamentare di rango secondario e non già di un atto normativo avente forza di legge; secondo corollario dei medesimo principio costituzionale è quello secondo il quale neppure una legge (o un atto normativo avente forza di legge,

qual è il decreto-legge) potrebbe prevedere in via generale e astratta, nel nostro ordinamento, l'obbligo della permanenza domiciliare disposto nei confronti di una pluralità indeterminata di cittadini, posto che l'art. 13 Cost. postula una doppia riserva, di legge e di giurisdizione, implicando necessariamente un provvedimento individuale, diretto dunque nei confronti di uno specifico soggetto, in osservanza del dettato di cui al richiamato art. 13 Cost.

- Peraltro, nella fattispecie, poiché trattasi di DPCM, cioè di un atto amministrativo, il Giudice ordinario non deve rimettere la questione dì legittimità costituzionale alla Corte costituzionale, ma deve procedere, direttamente, alla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo per violazione di legge (Costituzionale),
- **Infine, non può neppure condividersi l'estremo tentativo dei sostenitori, ad ogni costo, della conformità a Costituzione dell'obbligo di permanenza domiciliare sulla base della considerazione che il DPCM sarebbe conforme a Costituzione, in quanto prevederebbe delle legittime limitazioni della libertà di circolazione ex art. 16 Cost. e non della libertà personale. Infatti, come ha chiarito la Corte Costituzionale la libertà di circolazione riguarda i limiti di accesso a determinati luoghi, come ad esempio, l'affermato divieto di accedere ad alcune zone, circoscritte che sarebbero infette, ma giammai può comportare un obbligo di permanenza domiciliare (Corte Cost., n. 68 del 1964). In sostanza la libertà di circolazione non può essere confusa con la libertà personale: i limiti della libertà di circolazione attengono a luoghi specifici il cui accesso può essere precluso, perché ad esempio pericolosi; quando invece il divieto di spostamento non riguarda i luoghi, ma le persone allora la limitazione si configura come vera e propria limitazione della libertà personale. Certamente quando il divieto di spostamento è assoluto, come nella specie, in cui si prevede che il cittadino non può recarsi in nessun luogo al di fuori della propria abitazione è indiscutibile che si versi in chiara e illegittima limitazione della libertà personale.**
- In conclusione, deve affermarsi la illegittimità del DPCM indicato per violazione dell'art. 13 Cost., con conseguente dovere del Giudice ordinario di disapplicare tale DPCM ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 All. E.
- Poiché, proprio in forza di tale decreto, ciascun imputato è stato "costretto" a sottoscrivere un'autocertificazione incompatibile con lo stato di diritto del nostro Paese e dunque illegittima, deriva dalla disapplicazione di tale norma che la condotta di falso, materialmente comprovata come in atti, non sia tuttavia punibile giacché nella specie le esposte circostanze escludono l'antigiuridicità in concreto della condotta e, comunque, perché la condotta concreta, previa la doverosa disapplicazione della norma che imponeva illegittimamente l'autocertificazione, integra un falso inutile, configurabile quando la falsità incide su un documento irrilevante o non influente ai fini della decisione da emettere in relazione alla situazione giuridica che viene in questione: al riguardo, è ampiamente condivisibile l'interpretazione giurisprudenziale, anche di legittimità, secondo la quale "Non integra il reato di falso ideologico in atto pubblico per induzione in errore del pubblico ufficiale l'allega-

zione alla domanda di rinnovo di un provvedimento concessorio di un falso documento che non abbia spiegato alcun effetto, in quanto privo di valenza probatoria, sull'esito della procedura amministrativa attivata. (Fattispecie relativa a rinnovo di una concessione mineraria)" [Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 11952 del 22/01/2010 (dep. 26/03/2010) Rv. 246548 – 01]: siccome, nella specie, è costituzionalmente illegittima, e va dunque disapplicata, la norma giuridica contenuta nel DPCM che imponeva la compilazione e sottoscrizione della autocertificazione, il falso ideologico contenuto in tale atto è, necessariamente, innocuo; dunque, la richiesta di decreto penale non può trovare accoglimento.

Alla luce di tutto quanto sin qui detto, deve pronunciarsi sentenza di proscioglimento, nei confronti di ciascun imputato, perché il fatto non costituisce reato,

P.Q.M.

Visto l'art. 129, 530, nonché 459 III CPP,

dichiara non luogo a procedere nei confronti di C. D. e G. M. in ordine al reato loro rispettivamente ascritto perché il fatto non costituisce reato.

9 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 13/02/2021

Il **Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con pronuncia del 13/12/2020 N. 00873/2021 REG.PROV.CAU. – N. 11506/2020 REG.RIC.** ha disposto ed osservato quanto segue.

Premesso:

- che i ricorrenti espongono che la loro figlia minore frequenta la scuola dell'obbligo ed è costretta ad usare la mascherina ininterrottamente a scuola senza eccezioni, con l'aggravante che il DPI viene imposto anche durante le ore di educazione fisica senza alcuna eccezione;
- che essi, nel ricordare che tale imposizione discende dall'art. 1 comma 1 lett. b) e comma 9 lett. s) del DPCM del 3 novembre 2020 che è stata esattamente replicata nei successivi DPCM del 3 dicembre 2020 e del 14 gennaio 2021, oggetto di impugnazione, ritengono che tali provvedimenti, quanto all'imposizione dell'uso delle mascherine ai bambini durante l'orario scolastico, siano affetti da numerosi vizi, tra cui anche quello di abnormità andando ad incidere su diritti inviolabili travalicando il potere attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri;
- che, in particolare, quanto alla misura in parola, essi lamentano il difetto di motivazione e di istruttoria non risultando effettuata alcuna valutazione della effettiva situazione epidemiologica locale e regionale né risultando le ragioni specifiche per le quali la mascherina non possa essere rimossa in condizioni di staticità, quando sia possibile garantire il distanziamento fra i banchi, come consigliato dall'OMS e dall'Unicef, oltre che dallo stesso Comitato Tecnico Scientifico (CTS);
- che, dunque, essi sostengono che l'impugnata disposizione del DPCM sarebbe illogica, priva di motivazione, tecnicamente implausibile e, altresì, foriera di potenziali danni alla salute psico–fisica dei bambini, richiamando alcuni studi scientifici che valutano la possibilità di ipossia causata dall'uso prolungato delle mascherine;
- che, sotto tale ultimo profilo, essi fanno presente che la loro figlia minore, pur non avendo patologie specifiche, ha palesato e palesa dei problemi di difetto di ossigenazione per l'uso prolungato del DPI durante tutto l'orario di lezione, come documentato da certificazione medica;
- che, inoltre, essi denunciano il difetto di istruttoria e di motivazione anche in ordine al bilanciamento di valori costituzionalmente garantiti, eventualmente posto alla base della misura impugnata;
- che, con motivi aggiunti, i ricorrenti, nell'impugnare la misura di identico tenore replicata nel DPCM del 14 gennaio 2021, le ascrivono gli stessi vizi;
- che l'amministrazione si è costituita in giudizio sostenendo la legittimità dei provvedimenti impugnati in base ai principi di precauzione, proporzionalità e adeguatezza in funzione del contesto epidemiologico in atto nonché soffermandosi sul tema della legittimità costituzionale della normativa emergenziale emanata per contenere i rischi derivanti dalla diffusione del contagio da Covid–19, segnatamente analizzando la natura di ordinanze *extra–ordinem* di necessità e urgenza dei

DPCM, affermandone il rispetto della riserva di legge assoluta e di giurisdizione, intrattenendosi sulla tematica del limite ai diritti fondamentali basato sul bilanciamento con altri diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione;

- che, quanto alla tematica specifica dell'uso delle mascherine in ambito scolastico, la difesa statale richiama la nota del Ministero della Salute – Direzione Generale della Prevenzione del 29 dicembre 2020, depositata in ottemperanza ad ordinanza istruttoria emessa in altro contenzioso ma versata in atti anche nel presente giudizio, la quale avrebbe escluso che l'utilizzo delle mascherine durante l'orario scolastico possa comportare pregiudizi alla salute fisica e psichica dei minori di età compresa tra 6 e 11 anni;
- che le amministrazioni intimate sostengono che la disposizione censurata sarebbe in linea con le indicazioni fornite sul tema dal CTS nel verbale n. 104 del 31 agosto 2020, nel quale sono state illustrate le raccomandazioni tecniche per l'uso della mascherina chirurgica a scuola e che il Ministero dell'Istruzione ha pubblicato sul proprio sito istituzionale una nota del 9 novembre 2020, indirizzata ai dirigenti scolastici al fine di fugare alcuni dubbi interpretativi sull'uso delle mascherine, in cui "viene richiamato il parere espresso dal CTS nel verbale n. 124 relativo alla seduta dell'8 novembre 2020;
- che inoltre il CTS, nel verbale n. 143 dell'8 gennaio 2021, avrebbe fatto proprio l'avviso espresso dal Ministero della Salute nella nota prot. n. 42458 del 29 dicembre 2020 e ricorda che il CTS si era già espresso nel verbale n. 124 della riunione dell'8 novembre 2020, chiarendo la portata dell'art. 1 comma 9, lett. s), del DPCM 3 novembre 2020 e richiamando il verbale n. 104 del 31 agosto 2020 del medesimo CTS;
- che, in ogni caso, la difesa statale sostiene l'insindacabilità delle valutazioni tecnico–scientifiche dell'Amministrazione di cui non sia provato l'errore manifesto e che si mantengano nell'ambito dell'opinabilità all'interno della comunità scientifica in quanto, vertendosi in ambito di discrezionalità tecnica, il sindacato giurisdizionale andrebbe limitato al vaglio di ragionevolezza "estrinseca" e di assenza di palese illogicità della motivazione dei provvedimenti adottati sulla base dei pareri degli organi (come il CTS) a ciò istituzionalmente preposti;
- che gli intervenienti, tutti genitori di bambini infradodicenni, nonché una ONLUS che ha quale scopo sociale la tutela e la promozione dei diritti dei minori, nell'aderire alle censure contenute nei motivi aggiunti, hanno formulato doglianze di analogo tenore con le quali, in estrema sintesi, censurano il DPCM del 14 gennaio 2021, nella parte di interesse, per difetto di istruttoria e di motivazione, per irragionevolezza e per assenza di proporzionalità laddove l'obbligo di indossare le mascherine è stato imposto ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, in assenza di studi scientifici che dimostrino l'utilità e l'assoluta necessità di tale obbligo generalizzato, anche laddove gli scolari siano seduti al banco e fra i banchi vi sia il distanziamento prescritto, in contrasto con le indicazioni dello stesso CTS;
- che tutte le parti denunciano il pericolo che l'uso prolungato della mascherina possa produrre conseguenze negative per la salute fisica e psichica dei bambini, richiamando, in proposito, studi scientifici che non escluderebbero tale rischio;

Rilevato:

- che, sebbene non sussistano esigenze cautelari relativamente agli atti impugnati con il ricorso introduttivo, i quali hanno perso efficacia, la disamina degli stessi si impone per ragioni di antecedenza logico–giuridica nonché ai fini risarcitori preannunciati dai ricorrenti;
- che la misura impugnata è stata imposta, per la prima volta, con il DPCM del 3 novembre 2020, il quale richiama i verbali nn. 122 e 123 delle sedute del CTS, rispettivamente, del 31 ottobre e del 3 novembre 2020;
- che il primo (n. 123) non ha riguardato le misure relative alla didattica in "presenza" e, nel secondo (n. 124) il CTS, chiamato ad esprimere un parere sulla bozza dell'adottando DPCM, si è limitato a valutare "congruo l'impianto generale del DPCM relativo all'adozione di ulteriori misure volte al contenimento del contagio dal virus Sars – coV–2 commisurate all'attuale fase epidemiologica" senza nulla indicare sullo specifico punto dell'uso delle mascherine a scuola;
- che nel verbale n. 124 dell'8 novembre 2020, successivo alla data del suddetto DPCM, nel rispondere ad alcuni quesiti posti da vari Ministeri, il CTS dopo aver riportato il testo della disposizione impugnata ha rilevato che "il medesimo DPCM non indica per il contesto scolastico eccezioni correlate al distanziamento" aggiungendo che "anche in considerazione dell'andamento della contingenza epidemiologica, il CTS ritiene auspicabile e opportuno confermare la misura adottata in coerenza con la scalabilità delle misure previste dalle "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020–2021" approvate nella seduta del CTS del 31/08/2020";
- che nel suddetto verbale n. 104, dedicato esclusivamente alla tematica della imminente riapertura di tutte le scuole, si legge: "*Il riavvio delle attività scolastiche, pertanto, dovrà continuare a tenere conto dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico, anche prevedendo una modularità e scalabilità delle azioni di prevenzione inclusa quella in esame [NDR l'uso della mascherina]. In particolare, l'Organizzazione Mondiale della Sanità, in un recente documento del 21 agosto fornisce indicazioni rispetto all'uso delle mascherine in ambito scolastico differenziandole per fasce di età: – Fra 6 e 11 anni: uso condizionato alla situazione epidemiologica locale, prestando, comunque, attenzione al contesto socio–culturale e a fattori come la compliance del bambino nell'utilizzo della mascherina e il suo impatto sulle capacità di apprendimento; – Dai 12 anni in poi: utilizzare le stesse previsioni di uso degli adulti*";
- che, sempre nel medesimo verbale il CTS afferma: "*Rimarcando l'importanza dell'uso di dette mascherine, si specifica che: –Nell'ambito della scuola primaria, per favorire l'apprendimento e lo sviluppo relazionale, la mascherina può essere rimossa in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)*";
- che, dunque, nello specifico documento in cui il CTS si è espresso in ordine alla tematica dell'uso delle mascherine a scuola, in via preventiva rispetto all'adozione di atti amministrativi (verbale n. 104 del 31 agosto 2020), tale organo tecnico–scientifico non ha consigliato di imporne l'uso, in modo indiscriminato, ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, affermando viceversa che "*la mascherina può essere*

rimossa in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)";

- che, sempre nel verbale n. 104, il CTS ha specificato che il riavvio delle attività scolastiche dovrà continuare a tenere conto dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico, anche prevedendo una "*modularità e scalabilità delle azioni di prevenzione*" inclusa quella dell'uso delle mascherine, dunque escludendo una imposizione indiscriminata dell'uso delle mascherine ma suggerendo di modulare e scalare le misure *in pejus* o *in melius* in considerazione sia dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico sia dell'oggettivo "rispetto della distanza di almeno un metro" fra i banchi;
- che, ancora, nel verbale in rassegna il CTS ha ribadito "*che il distanziamento fisico (inteso come distanza minima di 1 metro tra le rime buccali degli alunni e, a maggior tutela degli insegnanti, di due metri nella zona interattiva della cattedra tra l'insegnante stesso e i banchi) rimane uno dei punti di primaria importanza nelle azioni di prevenzione del contenimento epidemico ed è da intendersi nel contesto scolastico, in linea generale, sia in condizione statica che in movimento*";
- che, nel verbale n. 133 del 3 dicembre 2020, richiamato nel successivo DPCM del 3 dicembre 2020, il CTS ha valutato congruo l'impianto generale della bozza di DPCM sottoposta alla sua attenzione, ma non ha espresso alcunchè in ordine all'imposizione delle mascherine ai bambini durante l'orario scolastico;
- che, infine, anche nel verbale n. 144 del 12 gennaio 2021, richiamato nel DPCM del 14 gennaio 2021, il CTS non ha svolto alcuna osservazione sulla misura in parola, oggetto di impugnazione;

Considerato:

- che, sulla scorta della ricostruzione fin qui effettuata, il DPCM del 3 novembre 2020 pare essersi discostato dalle indicazioni preventive e specifiche fornite dal CTS nel verbale n. 104 citato, senza tuttavia motivare alcunchè sulle ragioni del diverso opinamento e senza addurre o richiamare evidenze istruttorie di diverso avviso, in ipotesi ritenute prevalenti rispetto al parere tecnico–scientifico del CTS;
- che, infatti, i due verbali del CTS (n. 122 e n. 123) richiamati nel DPCM del 3 novembre 2020 che, per la prima volta, ha imposto l'uso incondizionato della mascherina ai bambini infradodicenni, nulla esprimono sullo specifico punto oggetto di doglianza, sicché appare sussistere il dedotto difetto di motivazione e di istruttoria;
- che il medesimo vizio appare perpetuato nei successivi DPCM, nella parte in cui hanno reiterato la censurata misura senza prevedere la possibilità di rimuovere la mascherina "*in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)*", come consigliato dal CTS nel verbale n. 104, in assenza di un supporto istruttorio differente e/o prevalente;
- che, al fine di dare copertura ad una misura, che i ricorrenti ritengono fortemente invasiva e potenzialmente lesiva della salute psico–fisica dei minori, non pare sufficiente la mera valutazione di congruità dell'impianto generale dei successivi DPCM espressa dal CTS;

- che, viepiù, appare perplessa la posizione del CTS che, nel verbale n. 124 relativo alla seduta dell'8 novembre 2020, "ritiene auspicabile e opportuno confermare la misura adottata" ma "in coerenza con la scalabilità delle precauzioni" previste dalle "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020–2021", approvate nella seduta del CTS n. 104 del 31 agosto 2020;
- che, invero, poiché il suddetto documento indicava espressamente la possibilità di rimuovere la mascherina in condizione di staticità e con il distanziamento, appare intrinsecamente contraddittoria l'affermazione di auspicare la conferma di una misura che si era posta in distonia con il documento "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020–2021", continuando tuttavia a rinviare e, sostanzialmente, a confermare la piena validità di tale documento;
- che, infine, la nota del Ministero della Salute – Direzione Generale della Prevenzione del 29 dicembre 2020, non indica che determinate evidenze scientifiche siano state assunte a fondamento tecnico–scientifico dell'imposizione della misura impugnata, ma si limita a riferire di varia letteratura scientifica in cui si affronta la tematica delle possibili ricadute sulla salute psico–fisica dei bambini derivanti dall'uso prolungato della mascherina, in cui è stato rilevato il disagio psicologico provocato da tale uso ed è stato ritenuto "che i disagi percepiti e gli atteggiamenti negativi associati all'uso delle mascherine durante la pandemia COVID–19 possano essere almeno parzialmente spiegati dai tentativi di soddisfare tre bisogni psicologici di base (autonomia, relazione e comprensione), piuttosto che con un disagio fisiologico reale";
- che il CTS, nel verbale n. 143 dell'8 gennaio 2021, non ha "fatto proprio" l'avviso espresso dal Ministero della Salute nella nota prot. n. 42458 del 29 dicembre 2020, come sostiene la difesa erariale, ma si è limitato ad acquisirla e a ritrasmetterla al Servizio del Contenzioso del Dipartimento della Protezione Civile per i seguiti di competenza, senza fornire alcuna autonoma risposta alla richiesta istruttoria in funzione della quale tale nota era stata predisposta;
- che, dunque, appare complessivamente confermata la fondatezza del dedotto difetto di istruttoria e di motivazione;

Valutato:

- che le esigenze cautelari prospettate dai ricorrenti – fermo restando il legittimo esonero dall'uso del DPI "per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina", ove certificate, come previsto dall'art. 1, comma 9, lett. s) dei provvedimenti impugnati – possono trovare adeguata tutela in un *remand* all'amministrazione perché rivaluti la prescrizione in rassegna, riguardante l'obbligo per i minori di età compresa fra i 6 e gli 11 anni di indossare la mascherina in ambito scolastico, alla luce delle specifiche indicazioni dettate dal CTS nel documento "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020–2021", prevedendo se del caso la possibilità di rimuovere la mascherina "*in condizione di staticità (i.e. bam-*

bini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)" ed anche tenendo conto, eventualmente e alla luce dei dati scientifici, della situazione epidemiologica locale come suggerito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel documento del 21 agosto 2020 richiamato dal CTS nel citato verbale n. 104;

- che a tanto l'amministrazione dovrà provvedere in occasione della riedizione del potere, in vista della scadenza del DPCM del 14 gennaio 2021, il quale resta efficace anche nella parte oggetto di impugnazione e fino alle nuove determinazioni dell'autorità amministrativa, in ossequio al principio di precauzione;

Ritenuto:

- che deve essere fissata, per la trattazione del merito, l'udienza pubblica del 14 luglio 2021;
- che le spese della presente fase possono essere compensate in considerazione dell'assoluta novità delle questioni trattate;

[...]

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, accoglie la suindicata domanda cautelare nei sensi di cui in motivazione, mantenendo ferma l'efficacia del provvedimento impugnato.

Fissa, per la trattazione del merito, l'udienza pubblica del 14 luglio 2021.

Compensa fra tutte le parti le spese della presente fase.

[...]

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

10 La sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 19/02/2021

Il **Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con pronuncia del 19/02/2021 n. 02102/2021 REG.PROV.COLL. – N. 09424/2020 REG.RIC.** ha disposto ed osservato quanto segue.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 16 novembre 2020 i ricorrenti (una associazione che persegue finalità di solidarietà sociale e alcuni genitori di bimbi di età superiore ai 6 anni, tutti residenti nel Lazio) hanno impugnato, unitamente agli atti presupposti e conseguenti, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) del 3 novembre 2020, segnatamente nella parte in cui dispone l'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso, per bambini di età superiore ai 6 anni, e nella parte in cui all'art. 1, comma 9, lett. s), prevede che l'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie salvo che per i bambini di età inferiore ai 6 anni e per soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina.

   Essi lamentano che l'obbligo in parola, per gli scolari di età superiore ai 6 anni, sia stato imposto in modo indiscriminato, quindi anche quando gli scolari siano seduti al banco e per l'intera durata dell'attività didattica in presenza.

   In particolare, essi sostengono che, alla stregua delle indicazioni fornite dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e dal Comitato Tecnico Scientifico (CTS), il DPCM avrebbe dovuto calibrare il suddetto obbligo previa valutazione della situazione epidemiologica locale, nonché, per i bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, prestando attenzione al contesto socio–culturale e a fattori come la *compliance* del bambino nell'utilizzo della mascherina e il suo impatto sulle capacità di apprendimento, prevedendo, dunque, la possibilità di esonero dall'utilizzo della mascherina a scuola, per i suddetti minori, non solo in caso di patologie o disabilità incompatibili con tale uso, ma anche qualora l'uso della stessa provochi un "fastidio" o un "disturbo" di qualsivoglia natura e, comunque, quando sia garantita la distanza di un metro fra i banchi.

   Con decreto n. 7099 del 17 novembre 2020 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche fissandosi la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare al 16 dicembre 2020.

   Le amministrazioni intimate, nel costituirsi in giudizio, hanno eccepito preliminarmente l'improcedibilità del ricorso, avendo il DPCM perso efficacia e non avendo i ricorrenti impugnato il successivo DPCM del 3 dicembre 2020; nel merito, hanno

sostenuto la piena legittimità delle misure impugnate alla luce della notoria situazione epidemiologica.

Con memoria depositata il 10 dicembre 2020 i ricorrenti hanno replicato all'eccezione di improcedibilità evidenziando di non voler impugnare il successivo DPCM "salvo successive determinazioni e/o decisioni", "in primo luogo perché la durata di efficacia dei DPCM è incompatibile con la trattazione della domanda cautelare collegiale, posto che nel momento in cui verrebbe affrontata la questione ex art. 55 c.p.a. il nuovo DPCM sarebbe già "scaduto"" sicché "la "tempistica" non consentirebbe dunque una piena ed adeguata tutela giurisdizionale in quanto i ricorrenti si troverebbero a dover "rincorrere" i DPCM che si succederanno nel tempo senza poter mai trattare la questione oggetto di causa".

I ricorrenti hanno, in ogni caso, precisato di aver espressamente impugnato, oltre al DPCM del 3 novembre 2020, "ogni successivo DPCM... teso a recepire e comunque a determinare l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni, nell'ambito dell'attività didattica "in presenza"", ribadendo che la misura impugnata sarebbe irragionevole, eccessiva e risulterebbe adottata in difetto di istruttoria e in spregio alle evidenze scientifiche.

Nelle more, il Consiglio di Stato, con decreto monocratico n. 6795 del 26 novembre 2020, Sez. III, pur respingendo l'istanza cautelare dei ricorrenti, ha fornito indicazioni specifiche di cui tener conto in sede di decisione di merito.

Con ordinanza n. 7718 del 17 dicembre 2020 la Sezione ha respinto l'eccezione di improcedibilità del ricorso considerato che risultava dirimente il rilievo che non erano ancora scaduti i termini per l'impugnazione del DPCM del 3 dicembre 2020 e che, in ogni caso, con il ricorso è stata contestualmente proposta un'istanza risarcitoria, il cui esame postula necessariamente la delibazione della legittimità del provvedimento impugnato.

Con la stessa ordinanza la Sezione ha, inoltre, disposto incombenti istruttori senza sospendere l'atto impugnato, la cui efficacia era ormai spirata, ed ha fissato l'udienza per la trattazione del merito.

In vista dell'udienza di discussione l'amministrazione ha depositato la documentazione richiesta e, a seguire, entrambe le parti hanno depositato memorie conclusive con cui hanno insistito nelle rispettive difese.

La parte ricorrente ha replicato con memoria del 12 gennaio 2021 e, in data 28 gennaio 2021, ha anche depositato note di udienza ai sensi del D.L. 28/2020 e del D.L. 137/2020, chiedendo che la causa fosse decisa sugli scritti.

All'udienza del 10 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è affidato ai motivi di seguito sintetizzati.
   I) Illegittimità per violazione degli artt. 3, 4, 13, 31, 32, 33 e 34 cost.; violazione del diritto allo studio anche in rapporto all'art. 32 cost.; violazione di diritti e li-

bertà fondamentali dell'ordinamento nazionale e comunitario; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed ingiustizia manifesta e per contraddittorietà con le indicazioni dell'organizzazione mondiale della sanità; carenza di istruttoria e di motivazione; eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica, per mancata ponderazione degli interessi pubblici e dei singoli cittadini e per violazione del principio di adeguatezza e di proporzionalità; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta.

Con tale motivo la parte ricorrente fa rilevare che mentre il CTS, in vista della riapertura delle scuole, aveva fatto proprie le indicazioni dell'OMS, rispetto all'uso delle mascherine in ambito scolastico, differenziandole per fasce di età, il DPCM impugnato ha invece imposto l'uso della mascherina in modo incondizionato sul tutto il territorio nazionale, anche ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, specificando che tale obbligo permane durante tutto l'orario scolastico; dunque i ricorrenti lamentano che, in contrasto con le indicazioni del CTS e dell'OMS, nonché in difetto di istruttoria, l'atto impugnato avrebbe imposto una limitazione delle libertà personali sproporzionata e ingiustificata, anche alla luce delle misure già adottate nei singoli istituti per garantire il distanziamento fra i banchi; l'imposizione incondizionata di tale misura, inoltre, non terrebbe conto delle particolari esigenze di infanti in età evolutiva e si porrebbe in contraddizione con le stesse scelte dell'amministrazione, laddove ha inteso differenziare le misure restrittive da applicare nelle diverse regioni sulla base del contesto epidemiologico di ciascuna di esse.

II) Eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e per perplessità nell'esercizio del potere amministrativo.

La parte ricorrente evidenzia che il DPCM impugnato, nella parte di interesse, sarebbe stato anche interpretato in modo eccessivamente restrittivo dalle note applicative del Ministero dell'Istruzione del 5 novembre 2020 e del 9 novembre 2020, le quali avrebbero di fatto reso incontrovertibile l'obbligo generalizzato ed indistinto di utilizzo della mascherina in capo a tutti i bambini di ogni scuola su scala nazionale. Sostiene che, al contrario, una diversa interpretazione del DPCM in parola sarebbe stata possibile, alla luce del suo tenore tutt'altro che inequivoco, dal momento che ivi l'obbligo di tenere la mascherina è previsto con salvezza tuttavia dei protocolli e delle linee guida anti contagio già approvati per "le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande". Quindi osserva che l'interpretazione fornita dal Ministero dell'Istruzione nelle citate note, anch'esse impugnate, risulterebbe contrastante con il tenore del DPCM stesso che, per quanto dubbio, parrebbe comunque far salvi i protocolli e le linee guida già in vigore. Sicché le suddette note interpretative del MIUR giammai potrebbero dotare di efficacia cogente una distorta interpretazione delle previsioni del DPCM.

III) Sotto altro profilo: eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, irrazionalità ed inconferenza rispetto ai profili di carattere tecnicoscientifico applicabili alla fattispecie.

Con tale motivo la parte ricorrente, fermi restando i motivi già articolati in ordine all'illegittimità dell'imposizione indiscriminata dell'uso delle mascherine in classe ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, si sofferma ad analizzare anche la potenziale pericolosità per la salute dell'uso prolungato delle mascherine e, comunque, la mancanza di evidenze scientifiche circa l'utilità effettiva delle mascherine ai fini di evitare il contagio da covid: richiama, in proposito, un documento ufficiale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, pubblicato il 6 aprile 2020, nonché uno studio dello European Centre for Disease Prevention and Control dell'8 aprile 2020, che ha evidenziato che la rimozione impropria della mascherina, la manipolazione di una maschera contaminata o una maggiore tendenza a toccare il viso mentre si indossa una maschera da parte di persone sane possono effettivamente aumentare il rischio di trasmissione.

Quindi ritiene che, alla luce di tali evidenze scientifiche, risulterebbe non adeguatamente munita di supporto scientifico e, comunque, imprudente l'imposizione di mascherina alla popolazione pediatrica, che dovrebbe indossarla per molte ore al giorno, nella quasi certezza di una non corretta gestione della stessa e in presenza di non trascurabili rischi per la salute del bambino.

Conclude osservando che i pochi eventuali effetti protettivi della mascherina – la cui scelta è rimessa a ciascun utente anche fra quelle non omologate e non sicuramente filtranti – seppur non dimostrati scientificamente, verrebbero totalmente azzerati a fronte del quasi certo utilizzo errato della mascherina da parte della popolazione pediatrica.

Osserva inoltre che l'uso della mascherina non potrebbe essere ordinato senza aderire ai severi requisiti della legge sulla protezione del lavoro, evidenziando che le regole concepite per i lavoratori adulti, a maggior ragione andrebbero applicate agli studenti minori e infradodicenni, in quanto ancora più vulnerabili.

IV) Illegittimità per violazione del principio comunitario di precauzione; irragionevolezza del disposto obbligo; violazione del principio di proporzionalità sotto altro profilo.

La parte ricorrente evidenzia che, se alla base dell'imposizione della misura in parola vi fosse il principio di precauzione di derivazione comunitaria, nel caso di specie non ne risulterebbero rispettati i principi, ossia: 1) la proporzionalità tra le misure prese e il livello di protezione ricercato; 2) la non discriminazione nell'applicazione delle misure; 3) la coerenza delle misure con quelle già prese in situazioni analoghe o che fanno uso di approcci analoghi; 4) l'esame dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'assenza di azione; 5) il riesame delle misure alla luce dell'evoluzione scientifica.

I ricorrenti osservano che, nel caso di specie, non vi sarebbe stata alcuna analisi dei vantaggi e degli oneri derivanti dagli obblighi imposti dalla P.A., né vi sarebbe traccia alcuna di una valutazione completa che induca a concludere per un giudizio di stretta necessità della misura.

V) Sotto altro profilo: violazione degli artt. 3, 4, 13, 16, 32, cost.; violazione di diritti e libertà fondamentali dell'ordinamento interno e comunitario; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed ingiustizia manifesta, per contrasto con la disciplina emergenziale; carenza di istruttoria e di motivazione; incompetenza e carenza di potere.

La parte ricorrente denuncia che le previsioni contenute nel DPCM si porrebbero in contrasto con gli artt. 13, 16, 3, 4 e 32 della Costituzione, nella parte in cui l'omessa osservanza della prescrizione impugnata determina l'impossibilità di frequenza della scuola dell'obbligo per i minori, non potendosi adottare misure restrittive delle libertà fondamentali, come nel caso di specie, se non nei casi e nei modi previsti dalla legge a tal fine non essendo sufficiente un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Ciò a maggior ragione se si considera che il DPCM non fa alcuna distinzione tra le mascherine utilizzabili, alcune delle quali sono un presidio medico chirurgico e andrebbero considerate a tutti gli effetti un trattamento medico sanitario, la cui imposizione si porrebbe dunque anche in violazione del comma 2 dell'art. 32 della Costituzione, secondo cui "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

Aggiunge che l'obbligo di utilizzo della mascherina per i minori, nel corso di tutta l'attività didattica in presenza, potrebbe comportare conseguenze sul piano dei rischi per la salute del discente.

Dunque, considerato che il diritto alla salute è tutelato dall'art. 32 Cost., non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, e che l'art. 13 della Costituzione stabilisce che la libertà personale è inviolabile e che non è ammessa alcuna sua forma di restrizione o di coercizione se non per atto motivato dall'autorità Giudiziaria, nei soli casi previsti dalla legge, la parte ricorrente osserva che la scelta dei modi con i quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive è affidata alla discrezionalità del legislatore (non dell'esecutivo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri); aggiunge che anche tale discrezionalità del legislatore non è illimitata, ma deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte e sulla base delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che devono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia: presupposti nel caso di specie non rispettati con riferimento alla misura impugnata.

3. La difesa statale, nella memoria del 12 dicembre 2020, dopo aver tratteggiato il contesto nel quale è stato adottato il DPCM impugnato, sostiene che le contestazioni dei ricorrenti sarebbero destituite di fondamento, specie se esaminate alla luce della

situazione corrente ed a fronte del difficile compito di contrasto all'epidemia da covid–19.

Richiama l'art. 1, comma 2, del D.L. n. 19/2020, conv. in L. n. 35/2020, ha previsto, per quanto di interesse, alla lett. hh–*bis*), l'"*obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti–contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi: 1) i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva; 2) i bambini di età inferiore ai sei anni; 3) i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità*". Quindi l'obbligo delle mascherine anche in ambito scolastico sarebbe stato introdotto in conformità alla richiamata previsione di rango legislativo, tra le misure urgenti e straordinarie, adottate secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente.

Sostiene che la disposizione impugnata, adottata in ossequio al principio di precauzione, non avrebbe introdotto un uso obbligatorio generalizzato della mascherina in quanto, in relazione a coloro che hanno più di sei anni, ha escluso i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della stessa ed ha concesso, nello svolgimento dell'attività musicale degli strumenti a fiato e del canto, limitatamente alla lezione singola, la possibilità di abbassare la mascherina durante l'esecuzione.

Contesta che si tratti di un trattamento sanitario obbligatorio cui dovrebbero applicarsi le garanzie dell'art. 13 Cost.. Afferma che, in ogni caso, la disposizione del DPCM in argomento sarebbe in linea con le indicazioni fornite sul tema dal CTS, nel verbale n. 104 del 31 agosto 2020, nel quale sono state illustrate le Raccomandazioni tecniche per l'uso della mascherina chirurgica a scuola: quindi la difesa erariale sostiene che la misura contestata sarebbe stata adottata "in conformità a quanto previsto dall'OMS che, nella fascia di età tra i 6 e gli 11 anni, condiziona l'uso delle mascherine alla situazione epidemiologia locale nonché alle indicazioni riportate nel documento intitolato "Prevenzione e risposta a COVID–19. Evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione autunno–invernale".

La difesa erariale, a sostegno della correttezza della misura, richiama anche la nota del 9 novembre 2020 del Ministero dell'Istruzione, indirizzata ai dirigenti scolastici al fine di fugare alcuni dubbi interpretativi sull'uso delle mascherine, la quale, a sua volta, richiama il parere espresso dal CTS nel verbale n. 124 dell'8 novembre 2020.

A seguire la memoria dell'Avvocatura si sofferma su considerazioni generali in ordine all'epidemia da covid e conclude che la previsione dell'obbligatorietà delle mascherine in ambito scolastico, introdotta sulla scorta dei pareri delle Istituzioni

sanitarie e della comunità scientifica, si sottrarrebbe alle censure sollevate dai ricorrenti, il cui spazio di verifica in sede giurisdizionale, vertendosi in ambito di discrezionalità tecnica, è limitato al vaglio di ragionevolezza "estrinseca" e logicità della motivazione dei provvedimenti adottati.

4. Nella memoria del 23 dicembre 2020 la parte ricorrente, oltre a ribadire le proprie argomentazioni, che ritiene suffragate anche dal contenuto dei decreti cautelari adottati dal Consiglio di Stato in subjecta materia, ha evidenziato che una scelta ponderata, come suggerito dal CTS, avrebbe dovuto condurre a prevedere che le istituzioni scolastiche potessero escludere o confermare l'obbligo per il singolo bambino, tenendo conto delle singole posizioni senza dover ricorrere a documentazione medica attestante la presenza di "patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina" (ex art. 1, comma 1, lett. c, del DPCM 3 novembre 2020), che, soprattutto nell'attuale momento di emergenza sanitaria, sarebbe quasi impossibile ottenere.

   Aggiunge di aver documentato, con la produzione dell'ultimo *report* sui contagi del Ministero della Salute, che la curva epidemiologica è in notevole calo e che l'indice RT si è notevolmente abbassato, sicché risulterebbe ancor più irragionevole la scelta adottata dall'amministrazione con il nuovo DPCM del 3 dicembre 2020, laddove ha confermato *tout court* l'obbligo delle mascherine per i bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni.

   Osserva che gli atti amministrativi impugnati e quelli ivi richiamati *per relationem* non consentirebbero di inquadrare le evidenze scientifiche sulle quali si basano le decisioni adottate dall'Amministrazione, sicché, qualunque ulteriore giustificazione addotta in giudizio rappresenterebbe una inammissibile motivazione postuma delle determinazioni assunte.

   Sostiene che, se vi fossero state evidenze scientifiche significative, queste sarebbero state specificate negli atti impugnati e nei verbali del CTS, i quali, invece, risultano, a dire di parte ricorrente, carenti sotto il profilo istruttorio e motivazionale.

   Quanto alla domanda risarcitoria, la parte ricorrente ha precisato che il bene della vita azionato, per le sue intrinseche peculiarità, sarebbe ristorabile soltanto in via equitativa, ex art. 1226 c.c., oppure secondo i criteri di giustizia che il T.A.R. ritenesse applicabili alla fattispecie.

5. La difesa erariale, con la memoria depositata in data 8 gennaio 2021, nel ribadire le proprie argomentazioni, si è soffermata a lungo a contestare i contenuti dell'ordinanza istruttoria n. 7716/2020 la quale avrebbe "travalicato i limiti" del sindacato "sulle valutazioni tecnico–scientifiche dell'Amministrazione" (così a pag. 9 della memoria).

   Aggiunge che il giudice "non può sostituire la decisione assunta dal DPCM impugnato sulla base di un apprezzamento del C.T.S. a ciò istituzionalmente preposto

(che, al più, può ritenersi) scientificamente opinabile, ma non errato, con altra valutazione scientifica (che, a tutto voler concedere, può ritenersi, se non errata) parimenti opinabile, come quella propugnata dai ricorrenti" (pag. 10 id.).

Continua affermando che "Gli elementi probatori addotti dai ricorrenti, ad una valutazione rigorosa e obiettiva, dovrebbero essere bollati come inconsistenti" pur ammettendo vi possa essere "qualche dubbio sul fatto che l'imposizione delle mascherine nella fascia di età tra 6 e 11 anni, durante l'orario scolastico, in qualche limitato caso potrebbe avere – come asserito dai ricorrenti – riflessi sfavorevoli per la salute fisica e psichica del minore".

Quanto al merito, la difesa erariale afferma che, in adempimento della disposta istruttoria, il Ministero della Salute – Direzione Generale della Prevenzione, con nota prot. n. 42458 del 29 dicembre 2020 (doc. 14), avrebbe escluso "in modo chiaro e netto", che l'utilizzo delle mascherine durante l'orario scolastico possa comportare pregiudizi alla salute fisica e psichica dei minori di età compresa tra 6 e 11 anni, a seguire ripercorrendo i contenuti del citato documento.

Evidenzia che il CTS si è già espresso nel verbale n. 124 della riunione dell'8 novembre 2020 (doc. 10), chiarendo la portata dell'art. 1 comma 9, lett. s), del D.P.C.M. 3 novembre 2020 e del verbale n. 104 del 31 agosto 2020 del medesimo Comitato (doc. 5), nella parte in cui si determina l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni, nell'ambito dell'attività didattica "in presenza".

Infine si sofferma a lungo (pagg. 22–33) sul tema della legittimità costituzionale della normativa emergenziale emanata per contenere i rischi derivanti dalla diffusione del contagio da Covid–19, segnatamente analizzando la natura di ordinanze *extra–ordinem* di necessità e urgenza dei DPCM, sostenendo che tali provvedimenti rispetterebbero la riserva di legge assoluta e di giurisdizione, intrattenendosi sulla tematica del limite ai diritti fondamentali basato sul bilanciamento con altri diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione.

6. La parte ricorrente ha replicato con memoria depositata il 12 gennaio 2021, sinteticamente osservando: che la difesa dell'amministrazione sminuirebbe la letteratura medica e scientifica prodotta dai ricorrenti, la quale avrebbe enorme valenza tecnica; che i verbali del CTS prodotti in atti nulla aggiungerebbero rispetto al quadro delineato da parte ricorrente; che proprio il documento allegato dal Ministero della Salute, Direzione Generale della Prevenzione, in esecuzione degli incombenti disposti dal T.A.R., confermerebbe la tesi di parte ricorrente.

7. Tratteggiate le posizioni delle parti, preliminarmente il Collegio deve rilevare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della domanda di annullamento, essendo pacifico che il DPCM impugnato, datato 3 novembre 2020, ha perso efficacia il 3 dicembre 2020, essendo stato sostituito dal DPCM del 3 dicembre 2020, anch'esso nelle more scaduto e sostituito dal DPCM del 14 gennaio 2021, provvedimenti tutti che hanno riproposto la medesima misura censurata dalla parte ricorrente i quali, tuttavia, non sono stati impugnati.

L'estensione del *thema decidendum* del presente giudizio a "ogni successivo DPCM... teso a recepire e comunque a determinare l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni nell'ambito dell'attività didattica 'in presenza'", auspicata dalla parte ricorrente per le ragioni precisate nella memoria del 10 dicembre 2020, rappresenta una soluzione non percorribile.

In proposito il Collegio osserva che la doglianza della parte ricorrente sulla "tempistica" dei DPCM – che non consentirebbe una piena ed adeguata tutela giurisdizionale "in quanto i ricorrenti si troverebbero a dover "rincorrere" i DPCM che si succederanno nel tempo senza poter mai trattare la questione oggetto di causa" – meriterebbe *de jure condendo* una riflessione sui rimedi giurisdizionali che l'ordinamento dovrebbe apprestare, a fronte di situazioni del tutto *extra ordinem* in cui, come nell'attualità, si è in presenza di atti amministrativi che reiterano più volte le stesse misure ma che sono dotati di efficacia temporale talmente limitata da compromettere, nella sostanza, il diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Invero i rimedi che attualmente l'ordinamento appresta, quali la richiesta di decreto cautelare e la richiesta di abbreviazione dei termini, non appaiono idonei a rendere effettivo il diritto di difesa: ciò in quanto l'adozione del decreto cautelare non è compatibile con la complessità delle numerose questioni, spesso anche di illegittimità costituzionale, che le parti ricorrenti prospettano; l'abbreviazione dei termini, anche quando concessa, non sempre è idonea a garantire il conseguimento di una pronuncia cautelare in tempo utile, ove l'impugnazione riguardi un DPCM che abbia durata estremamente limitata: si pensi alle disposizioni del DPCM del 24 ottobre 2020 che si sarebbero dovute applicare fino al 24 novembre 2020 ma che hanno, invece, perso efficacia anticipatamente in forza del DPCM del 3 novembre 2020, così restando in vigore per soli 16 giorni; del pari il DPCM del 13 ottobre 2020, la cui efficacia è stata inizialmente prevista fino al 13 novembre 2020, è stata successivamente anticipata al 25 ottobre in forza del DPCM del 24 ottobre 2020, così restando in vigore per soli 12 giorni.

Fermi restando i rilievi che precedono, deve tuttavia affermarsi, *de jure condito*, che la mancata impugnazione espressa dei successivi DPCM con il rimedio dei motivi aggiunti, ne preclude l'esame da parte del Giudice; invero, quantunque, in astratto, le argomentazioni spese in giudizio dall'amministrazione per sostenere la legittimità del DPCM impugnato, ben potrebbero attagliarsi ad analoga difesa dei successivi DPCM, i quali hanno reiterato testualmente la medesima misura in questa sede censurata, dal punto di vista formale deve essere garantito all'amministrazione il diritto di difesa in giudizio, che è presidiato dall'art. 24 cost..

8. Cionondimeno, in presenza di domanda risarcitoria, l'art. 34, comma 3, c.p.a. impone lo scrutinio di legittimità degli atti impugnati.

   Richiamando e condividendo quanto affermato da una recente pronuncia del Consiglio di Stato "*Il Collegio non ignora che sul tema dell'interpretazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. si registra un contrasto tra l'orientamento più recente, per il quale la di-*

sposizione normativa non può essere interpretata nel senso che, in seguito ad una semplice generica indicazione della parte e in mancanza di una specifica domanda in tal senso, il giudice debba verificare la sussistenza di un interesse a fini risarcitori, anche perché, sul piano sistematico, diversamente opinando, perderebbe di senso il principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria enucleato dall' art. 30 dello stesso c.p.a. e verrebbe svalutato anche il principio dispositivo che informa il giudizio amministrativo e che preclude la mutabilità ex officio del giudizio di annullamento, una volta azionato (cfr. Cons. Stato, III, 29 gennaio 2020, n. 736; IV, 17 gennaio 2020, n. 418; III, 8 gennaio 2018, n. 5771) e quello tradizionale, per il quale, ai sensi dell'art. 34 comma 3, c.p.a., l'improcedibilità del ricorso non fa venir meno l'interesse ad una decisione che dichiari ed accerti l'illegittimità del provvedimento impugnato, in vista della proposizione della autonoma domanda risarcitoria: si tratterebbe, invero, di una regula iuris che si connette al più grande principio di effettività della tutela giurisdizionale ed al corollario che da tale principio deriva, costituito dall'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche (cfr. Cons. Stato, V, 28 febbraio 2018, n. 1214; IV, 5 dicembre 2016, n. 5102; IV, 16 giugno 2015, n. 2979; V, 28 luglio 2014, n. 3997; V, 24 luglio 2014, n. 3957)" (Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2020, n. 4597).

Nel caso di specie la domanda risarcitoria è stata formulata già nel presente giudizio, sicché l'improcedibilità della domanda caducatoria ne comporta la conversione in domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto.

9. Si devono pertanto esaminare le censure formulate in ricorso.

L'ampia esposizione delle tesi difensive delle parti, contenuta nella narrativa, va opportunamente sintetizzata al fine di inquadrare il nocciolo delle rispettive posizioni.

9.1. Con il primo motivo, con riferimento all'imposizione dell'obbligo per i bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, di indossare la mascherina per tutto il tempo delle lezioni "in presenza", come già visto, la parte ricorrente lamenta che la misura sia stata adottata in contrasto con le indicazioni fornite dal CTS e dall'OMS, senza fornire alcun supporto a sostegno di tale determinazione, la quale risulterebbe, pertanto viziata per difetto di motivazione e di istruttoria.

Lamenta, inoltre, che la suddetta imposizione sia sproporzionata e irragionevole, tenuto conto che gli istituti scolastici avevano già adottato misure per garantire il distanziamento fra i banchi.

Censura, infine, l'imposizione indiscriminata su tutto il territorio nazionale dell'uso della mascherina in parola, per contraddittorietà con le stesse scelte dell'amministrazione, laddove ha inteso differenziare le misure restrittive da applicare nelle diverse regioni proprio sulla base del contesto epidemiologico di ciascuna di esse.

Il motivo è fondato nei termini che seguono.

9.1.1. Il DPCM del 3 novembre 2020 richiama i verbali nn. 122 e 123 delle sedute, rispettivamente, del 31 ottobre e del 3 novembre 2020 del CTS.

Dalla lettura dei suddetti verbali risulta che il primo (n. 123) non ha riguardato le misure relative alla didattica in "presenza"; nel secondo (n. 124) il CTS, chiamato ad esprimere un parere sulla bozza dell'adottando DPCM, ha valutato "congruo l'impianto generale del DPCM relativo all'adozione di ulteriori misure volte al contenimento del contagio dal virus Sars – coV–2 commisurate all'attuale fase epidemiologica", limitandosi, per quanto di interesse, a ricordare l'importanza della didattica "in presenza" nelle scuole di ogni ordine e grado.

In definitiva, i due verbali del CTS richiamati nel DPCM impugnato, nulla esprimono sullo specifico punto oggetto di doglianza.

La difesa erariale, a sostegno della legittimità della misura in rassegna, invoca non già i suddetti verbali, bensì il verbale del n. 124 relativo alla riunione dell'8 novembre 2020 e il verbale n. 104 del 31 agosto 2020.

Infine l'amministrazione nelle sue difese richiama anche la nota del Ministero dell'Istruzione del 9 novembre 2020, pubblicata sul proprio sito istituzionale e indirizzata ai dirigenti scolastici al fine di fugare alcuni dubbi interpretativi sull'uso delle mascherine, in cui viene richiamato il parere espresso dal CTS nel verbale n. 124 relativo alla seduta dell'8 novembre 2020, il quale, "anche in considerazione dell'andamento della contingenza epidemiologica, ritiene auspicabile e opportuno confermare la misura adottata, in coerenza con la scalabilità delle precauzioni previste dalle "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020–2021", approvate nella seduta del CTS n. 104 del 31 agosto 2020" (così a pag. 14 id).

Il verbale n. 124 è relativo ad una seduta del CTS in data successiva alla pubblicazione del DPCM impugnato, sicché lo stesso, in disparte le considerazioni che seguono, non è utile a rappresentare la eventuale base istruttoria del DPCM del 3 novembre 2020.

Tale verbale è stato redatto per rispondere ad alcuni quesiti posti da vari Ministeri, tra cui i quesiti posti dal Ministero dell'Istruzione relativi al contesto scolastico.

Per quanto in questa sede di interesse, al seguente quesito: "Le mascherine devono essere indossate anche qualora si rispetti il metro di distanza? Ciò è auspicabile?", il CTS dopo aver trascritto il testo dell'art. 1, comma 9, lett. s), del DPCM del 3 novembre 2020, ha risposto affermando "il medesimo DPCM non indica per il contesto scolastico eccezioni correlate al distanziamento. Al riguardo, anche in considerazione dell'andamento della contingenza epidemiologica, il CTS ritiene auspicabile e opportuno confermare la misura adottata *in coerenza con la scalabilità delle misure previste dalle "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno*

scolastico 2020–2021" [corsivo di evidenziazione] approvate nella seduta del CTS del 31/08/2020".

In proposito valgano due considerazioni: la prima è che nel riportato verbale, successivo al DPCM impugnato, il CTS si limita a prendere atto della misura (oggi in contestazione) ormai già vigente; la seconda, di maggior rilievo, è che il parere del CTS appare perplesso laddove, auspica il mantenimento della misura (obbligo *tout court* di indossare le mascherine anche al banco e nel rispetto del distanziamento) facendo, al contempo, espresso rinvio alle "*Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020–2021*" approvate nella seduta del CTS del 31 agosto 2020.

Il verbale n. 104 del 31 agosto 2020, infatti, è dedicato esclusivamente alla tematica della (si pensava generale) imminente riapertura di tutte le scuole. In esso si legge: "*Il riavvio delle attività scolastiche, pertanto, dovrà continuare a tenere conto dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico, anche prevedendo una modularità e scalabilità delle azioni di prevenzione inclusa quella in esame [NDR l'uso della mascherina]. In particolare, l'Organizzazione Mondiale della Sanità, in un recente documento del 21 agosto fornisce indicazioni rispetto all'uso delle mascherine in ambito scolastico differenziandole per fasce di età: – Fra 6 e 11 anni: uso condizionato alla situazione epidemiologica locale, prestando, comunque, attenzione al contesto socioculturale e a fattori come la compliance del bambino nell'utilizzo della mascherina e il suo impatto sulle capacità di apprendimento; – Dai 12 anni in poi: utilizzare le stesse previsioni di uso degli adulti*" (pag. 6).

A seguire il CTS afferma: "*Rimarcando l'importanza dell'uso di dette mascherine, si specifica che: –Nell'ambito della scuola primaria, per favorire l'apprendimento e lo sviluppo relazionale, la mascherina può essere rimossa in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)*" (pag. 7 id.).

9.1.2. A ben vedere, dunque, il documento in cui il CTS si è espresso in ordine alla tematica dell'uso delle mascherine a scuola, in via preventiva rispetto all'adozione di atti amministrativi, è il verbale n. 104 del 31 agosto 2020, tanto che lo stesso è richiamato anche nei verbali successivi al DPCM impugnato.

In tale documento, tuttavia, il CTS non ha consigliato di imporre in modo indiscriminato l'uso delle mascherine a scuola, per i bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni ma, al contrario, dopo aver richiamato un documento dell'OMS del 21 agosto 2020, ne ha condiviso le indicazioni rispetto all'uso delle mascherine in ambito scolastico differenziate per fasce di età, prevedendo che, per i bambini di età compresa fra 6 e 11 anni, "*per favorire l'apprendimento e lo sviluppo relazionale, la mascherina può*

essere rimossa in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)".

Sempre nel verbale n. 104 il CTS ha specificato che il riavvio delle attività scolastiche dovrà continuare a tenere conto dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico, anche prevedendo una "*modularità e scalabilità delle azioni di prevenzione*" inclusa quella dell'uso delle mascherine, dunque escludendo una imposizione indiscriminata dell'uso delle mascherine.

Ancora, nel verbale in rassegna il CTS ha ribadito "*che il distanziamento fisico (inteso come distanza minima di 1 metro tra le rime buccali degli alunni e, a maggior tutela degli insegnanti, di due metri nella zona interattiva della cattedra tra l'insegnante stesso e i banchi) rimane uno dei punti di primaria importanza nelle azioni di prevenzione del contenimento epidemico ed è da intendersi nel contesto scolastico, in linea generale, sia in condizione statica che in movimento*".

A fronte di tali indicazioni il DPCM impugnato ha imposto l'uso della mascherina ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, specificando che tale obbligo permane durante l'orario scolastico (art. 1 comma 9, lett. s), così discostandosi dalle indicazioni specifiche fornite dal CTS, senza tuttavia motivare alcunché sulle ragioni del diverso opinamento e senza addurre o richiamare evidenze istruttorie di diverso avviso, in ipotesi ritenute prevalenti rispetto al parere tecnico–scientifico del CTS.

Il superiore rilevo era stato posto in evidenza già in sede cautelare, laddove si segnalava che il DPCM impugnato, quanto alla misura contestata, era andato in direzione contraria alle indicazioni tecnico–scientifiche dell'organo di cui ha inteso avvalersi, senza tuttavia motivarne le ragioni o allegare evidenze scientifiche diverse da quelle del CTS, in ipotesi ritenute prevalenti.

Fermo restando che ogni censura inerente l'eventuale erroneità della decisione del giudice di prime cure va svolta nella sua sede naturale, che è il giudizio di appello, a ciò essendo deputata la garanzia ordinamentale del doppio grado di giudizio, il Collegio osserva che, ad una serena lettura dell'ordinanza istruttoria n. 7718 del 17 dicembre 2020, emerge che il giudice non ha "sindacato" le valutazioni tecnico–scientifiche dell'amministrazione, come sostenuto dalla difesa statale, ma si è limitato, invece, a rilevare come l'amministrazione abbia trascurato le "valutazioni tecnico–scientifiche" contenute negli atti istruttori a tal fine adottati, così finendo con l'esercitare in modo non corretto il potere tecnico–discrezionale che alla stessa spetta in modo esclusivo, incorrendo nelle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Deve anche ricordarsi che, con riferimento alla fattispecie in esame, il Consiglio di Stato ha affermato che "*non sembrano esistere, a livello di dati statistici – che, ove sussistano, dovrebbero essere acquisiti agli atti, né a livello di indirizzi operativi pratici per le singole classi, raccomandazioni per un monitoraggio ove possibile costante, e immediato per gli scolari che diano segno di affaticamento, del livello di ossigenazione individuale dopo l'uso prolungato della mascherina; e ciò, sia perché esistono in commercio apparecchi di misurazione di semplicissima utilizzabilità per ciascun maestro, sia perché tale attività costituirebbe forse una utile base statistica per contribuire alle valutazioni scientifiche degli organi preposti. Ciò potrebbe anche consentire una valutazione esplicita, delle autorità scientifiche, su uno dei punti di cui al ricorso, relativo alla ragionevolezza dell'uso obbligatorio della mascherina anche "al banco" e con distanziamento adeguato*" (Cons. stato, Sez. III, decreto n. 26 novembre 2020, n. 6795).

A ben vedere l'ordinanza n. 7718 del 17 dicembre 2020 ha sostanzialmente ripreso le surriportate osservazioni del Consiglio di Stato e, concordando con il giudice di appello, ha rilevato che il DPCM non ha condizionato l'imposizione della misura in rassegna alla verifica di quella serie di variabili oggettive e soggettive segnalate proprio dal CTS nel verbale n. 104.

9.1.3. Né coglie nel segno la tesi della difesa erariale secondo cui la misura in parola sarebbe stata introdotta in conformità alla previsione di rango legislativo di cui all'art. 1, comma 2, D.L. 19/2020, convertito in L. 35/2020.

Detta norma, invero, per quanto di interesse, ha previsto alla lett. hh–*bis*), l'"obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, *con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private* [corsivo di evidenziazione] e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti–contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi: 1) i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva; 2) i bambini di età inferiore ai sei anni; 3) i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità". Tale disposizione, invero, contempla solo la "possibilità" di prevederne l'obbligatorietà nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto, ma sempre fatta "*eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi*".

Tale ultima eccezione, espressamente contemplata dalla surriportata disposizione di rango legislativo, dunque, condizionava la prescrizione generalizzata dell'uso delle mascherine all'impossibilità di garantire il distanziamento; viceversa, l'aver imposto l'uso della mascherina, nel caso di specie ai bambini fra i 6 e gli 11 anni in ambito scolastico, anche laddove sia garantita la distanza di un metro, appare non in linea con il principio di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente, contemplato dalla norma in rassegna.

9.2. Da quanto precede discende la fondatezza anche della censura che ritiene irragionevole l'imposizione indiscriminata della mascherina anche negli istituti scolastici che avevano già adottato misure per garantire il distanziamento fra i banchi. Invero il CTS ha affermato, sempre nel verbale n. 104, che il riavvio delle attività scolastiche dovrà continuare a tenere conto dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico, anche prevedendo una "*modularità e scalabilità delle azioni di prevenzione*" inclusa quella dell'uso delle mascherine.

A parere del Collegio, con l'espressione "modularità e scalabilità" delle misure, il CTS ha inteso escludere una imposizione indiscriminata dell'uso delle mascherine avendo, al contrario, suggerito di "modularle" e "scalarle" *in pejus* o *in melius* in considerazione dell'evoluzione sia dell'andamento epidemiologico sia dell'oggettivo "rispetto della distanza di almeno un metro" fra i banchi.

Non è superfluo ricordare che, sempre nel medesimo verbale, il CTS ha ribadito "*che il distanziamento fisico (inteso come distanza minima di 1 metro tra le rime buccali degli alunni e, a maggior tutela degli insegnanti, di due metri nella zona interattiva della cattedra tra l'insegnante stesso e i banchi) rimane uno dei punti di primaria importanza nelle azioni di prevenzione del contenimento epidemico ed è da intendersi nel contesto scolastico, in linea generale, sia in condizione statica che in movimento*" (pag. 3 id.). In generale, sempre nel verbale n. 104, è precisato "che il CTS nella seduta n. 100 del 10/08/2020 così come ribadito nella seduta n. 101 del 19/08/2020, in risposta a specifico quesito del Ministero dell'Istruzione, al solo scopo di garantire l'avvio dell'anno scolastico e in via emergenziale, si è espresso sulla possibilità che *in eventuali situazioni (transitorie o emergenziali) "in cui non sia possibile garantire nello svolgimento delle attività scolastiche il distanziamento fisico prescritto, sarà necessario assicurare l'uso della mascherina,* [corsivo di evidenziazione] preferibilmente di tipo chirurgico, garantendo periodici e frequenti ricambi d'aria insieme con le consuete norme igieniche".

In tale verbale, peraltro, il CTS si era espresso non solo affermando che l'imposizione della mascherina sarebbe dovuta essere l'*extrema ratio* soltanto in caso "*non sia possibile garantire nello svolgimento delle attività scolastiche il distanziamento fisico prescritto*", ma evidenziando che una tale situazione dovesse essere corretta "prima possibile, anche attraverso l'utilizzo di soluzioni

strutturali provvisorie già utilizzate in altri contesti emergenziali per periodi temporanei, al fine di garantire il distanziamento prescritto"(pag. 4 id.).

9.3. Da ultimo si evidenzia che, sebbene il CTS abbia richiamato le indicazioni dell'OMS ma non abbia espressamente suggerito, nelle sue prescrizioni, di tener conto anche della situazione epidemiologica locale, l'aver imposto in modo indiscriminato su tutto il territorio nazionale l'uso della mascherina ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni a scuola, anche al banco in condizione di staticità – appare non del tutto coerente con la scelta dell'amministrazione, richiamata nello stesso DPCM all'art. 2, di differenziare le misure restrittive da applicare nelle diverse regioni, sulla base del contesto epidemiologico di ciascuna di esse, come determinato da apposita ordinanza del Ministro della Salute.

10. Le considerazioni che precedono non risultano essere smentite dalla relazione depositata all'esito dell'ordinanza istruttoria.

Invero, la relazione a firma del Direttore dell'Ufficio I della Direzione Generale della prevenzione del Ministero della Salute del 29 dicembre 2020 non indica che determinate evidenze scientifiche siano state assunte a fondamento tecnico–scientifico dell'imposizione della misura impugnata, ma si limita a riferire di varia letteratura scientifica (di segno in parte contrario a quella prodotta dai ricorrenti) ove si affronta la tematica delle possibili ricadute sulla salute psico–fisica dei bambini derivanti dall'uso prolungato della mascherina, in cui è stato rilevato il disagio psicologico provocato da tale uso ed è stato ritenuto "che i disagi percepiti e gli atteggiamenti negativi associati all'uso delle mascherine durante la pandemia COVID–19 possano essere almeno parzialmente spiegati dai tentativi di soddisfare tre bisogni psicologici di base (autonomia, relazione e comprensione), piuttosto che con un disagio fisiologico reale".

A sua volta, nello stralcio del verbale n. 143 del CTS relativo alla riunione dell'8 gennaio 2021, il CTS non ha fatto proprio l'avviso espresso dal Ministero della Salute nella nota prot. n. 42458 del 29 dicembre 2020, come sostiene la difesa erariale, ma si è limitato ad acquisirla e a ritrasmetterla al Servizio del Contenzioso del Dipartimento della Protezione Civile per i seguiti di competenza, senza fornire alcuna autonoma indicazione sul punto.

10.1. Osserva il Collegio che la citata relazione del Ministero della Salute non ha fornito risposta alla richiesta istruttoria in cui la Sezione manifestava l'esigenza di disporre di "una sintetica relazione in cui si chiariscano le evidenze scientifiche, poste alla base dell'imposizione dell'uso della mascherina anche ai bambini di età superiore ai 6 anni, anche durante l'orario scolastico ... dalle quali possa ritenersi scongiurato il pericolo che si verifichi un calo di ossigenazione per apparati polmonari assai giovani, causato dall'uso prolungato della mascherina, o che vi siano ricadute di tale imposizione sulla salute psico–fisica dei minori in una fase della crescita particolarmente delicata".

Gli studi scientifici che la citata relazione richiama non risultano richiamati nel DPCM impugnato per motivare l'imposizione dell'uso della mascherina ai bambini dai 6 agli 11 anni, anche al banco e con il rispetto della distanza di un metro, nonostante le diverse indicazioni del CTS.

Ne discende che, fermo restando che le considerazioni svolte dal Ministero della Salute nella citata relazione rappresenterebbero comunque una forma di integrazione postuma della motivazione, di per sé inammissibile, il DPCM del 3 novembre 2020, nella parte oggetto di censura nel presente giudizio (art. 1, comma 9, lett. s), continua a presentare, anche dopo la disposta acquisizione istruttoria, i vizii di difetto motivazione e di difetto di istruttoria.

10.2. Si deve ricordare che, per giurisprudenza granitica, il provvedimento amministrativo può essere motivato *per relationem*, a condizione, tuttavia, che siano indicati e resi disponibili gli atti cui l'amministrazione pubblica fa rinvio, garantendo all'interessato la possibilità di prenderne visione (*ex multis*: T.A.R. Toscana, sez. I, 14 ottobre 2020, n. 1205).

Invero nell'ambito del provvedimento amministrativo, la motivazione *per relationem* deve intendersi ammessa nelle ipotesi in cui il provvedimento sia preceduto e giustificato da atti istruttori in esso espressamente richiamati (Cons. Stato, Sez. VI, 9 ottobre 2020, n. 5990).

Tuttavia, nel caso di specie, gli atti che il DPCM impugnato ha indicato quali atti presupposti ai cui contenuti fa rinvio, ossia i verbali n. 123 e n. 124 del CTS, come già visto, nulla dicono sul punto.

Ne risulta, dunque, il non corretto esercizio della discrezionalità amministrativa sotto forma di eccesso di potere.

Vieppiù nelle materie in cui l'amministrazione, come nel caso di specie, gode di amplissima discrezionalità, il sindacato per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento amministrativo, anche quando questo rimandi *per relationem* agli atti istruttori, scongiura il rischio che la portata della discrezionalità amministrativa sconfini nel puro arbitrio (Cons. Stato, Sez. III, 2 novembre 2020, n. 6740). Dunque, nelle materie connotate da lata discrezionalità amministrativa, il sindacato del giudice amministrativo deve essere condotto attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, nello specifico nella forma della motivazione insufficiente, dell'errore di fatto, dell'ingiustizia grave e manifesta, della contraddittorietà interna ed esterna, nonché, più radicalmente, dello sviamento di potere (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 976).

11. La parte ricorrente sostiene, inoltre, che la misura censurata, quand'anche ispirata al principio di precauzione, non ne rispetterebbe i parametri; l'amministrazione, viceversa, ritiene che tale misura si giustifichi proprio in ragione di detto principio.

Posta la differenza concettuale che intercorre tra precauzione (limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi) e prevenzione (limitazione di rischi, oggettivi e provati)

– il principio di precauzione, dettato in *primis* dall'art. 191 del TFUE e a seguire recepito da ulteriori fonti comunitarie e dai singoli ordinamenti nazionali, fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto.

L'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525; id. Sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495). In proposito la Commissione Europea in una Comunicazione del 2 febbraio 2000 ha affermato che "*Nel caso in cui si ritenga necessario agire, le misure basate sul principio di precauzione dovrebbero essere, tra l'altro: • proporzionali rispetto al livello prescelto di protezione, • non discriminatorie nella loro applicazione, • coerenti con misure analoghe già adottate, • basate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri dell'azione o dell'inazione (compresa, ove ciò sia possibile e adeguato, un'analisi economica costi/benefici), • soggette a revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici, e • in grado di attribuire la responsabilità per la produzione delle prove scientifiche necessarie per una più completa valutazione del rischio*" (par. 6). Ha, inoltre, chiarito, a proposito della "proporzionalità" che "*Non sempre un divieto totale può essere una risposta proporzionale al rischio potenziale*".

In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità, la Commissione suggerisce di modulare l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di "revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici" (par. 6 e 6.3.5).

11.1. Condividendo questa linea di pensiero, anche la costante giurisprudenza ha ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi – carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura (*ex multis*, Cons. stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655 che richiama id., sez. IV, n. 1240/2018, Cons. Giust. Amm. Sicilia Sez. Giurisd., n. 581/2015 e Cons. Stato, Sez. V, n. 6250/2013).

Pur essendo innegabile che le misure adottare per fronteggiare l'emergenza sanitaria in corso siano nel complesso ispirate al principio di precauzione, tuttavia, coniugando le carenze istruttorie e motivazionali di cui si è dato conto nei punti che precedono con le superiori coordinate ermeneutiche, il Collegio

dubita che, con riferimento alla censurata misura, possa dirsi compiuto appieno quel giudizio di "stretta necessità" attraverso (anche) il quale si declina il principio di precauzione.

Conclusivamente, alla luce della fondatezza delle censure di difetto di istruttoria e di motivazione, ai fini che in questa sede rilevano, va dichiarata l'illegittimità dell'atto impugnato, nella parte oggetto di doglianza, con conseguente esonero dallo scrutinio delle ulteriori censure.

12. La domanda risarcitoria, purtuttavia, per come formulata in ricorso, è inammissibile per genericità.

    La parte ricorrente, invero, non ha chiarito in cosa risieda il danno, né ha indicato la sussistenza di tutti gli altri elementi di cui all'art. 2043 c.c., in base ai quali la giurisprudenza ritiene configurabile la responsabilità aquiliana dell'amministrazione da illegittima attività provvedimentale.

    Anche il processo amministrativo, infatti, è regolato dal principio dell'onere della prova, contenuto nell'art. 2697 c.c., in base al quale chi vuole far valere in giudizio un diritto deve indicare e provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, come chiaramente disposto dall' art. 64 c.p.a.. Grava, conseguentemente, sul danneggiato il preciso onere di allegare e provare i citati elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito, dato che la condanna all'effettivo risarcimento non è conseguenza automatica dell'illegittimità dell'atto (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 6 aprile 2020, n. 115).

    Nel caso di specie la domanda risarcitoria è stata meramente enunciata, sicché la stessa va dichiarata inammissibile.

13. Le spese del giudizio, in considerazione della novità delle questioni trattate, possono essere compensate integralmente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- dichiara improcedibile la domanda di annullamento del DPCM 3 novembre 2020;
- dichiara l'illegittimità dell'art. 1, comma 9, lett. s), del suddetto DPCM nei sensi di cui in motivazione;
- dichiara inammissibile la domanda risarcitoria;
- compensa integralmente le spese del giudizio.

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

11 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 26/02/2021

Il **Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con pronuncia del 26/02/2021 N. 01222/2021 REG.PROV.CAU. – N. 01383/2021 REG.RIC.** ha disposto ed osservato quanto segue.

Premesso:

- che i ricorrenti, tutti studenti delle scuole primarie e secondarie (con i relativi soggetti esercenti la potestà parentale), impugnano la disposizione contenuta nell'art. 1 comma 1 lett. b) e comma 9 lett. s) del DPCM del 14 gennaio 2021 che obbliga gli studenti ad indossare le mascherine a scuola anche in situazione di staticità al banco nel rispetto delle distanze previste dalla normativa emergenziale;
- che, in particolare, quanto alla misura in parola, essi ne lamentano l'abnormità e illogicità nonché il difetto di motivazione e di istruttoria non risultando, a loro dire, le ragioni specifiche per le quali la mascherina non possa essere rimossa in condizioni di staticità, quando sia possibile garantire il distanziamento fra i banchi, come consigliato dall'OMS e dall'Unicef, oltre che dallo stesso Comitato Tecnico Scientifico (CTS);
- che, dunque, essi sostengono che l'impugnata disposizione del DPCM sarebbe illogica, priva di motivazione, tecnicamente implausibile e, altresì, foriera di potenziali danni alla salute psico–fisica dei bambini, richiamando in proposito alcuni studi scientifici;
- che l'amministrazione si è costituita in giudizio sostenendo la legittimità dei provvedimenti impugnati in base ai principi di precauzione, proporzionalità e adeguatezza in funzione del contesto epidemiologico;
- che, con memoria depositata il 19 febbraio 2021, la parte ricorrente, pur invocando espressamente le considerazioni in diritto svolte dalla Sezione nell'ordinanza cautelare n. 873 del 13 febbraio 2021, resa nel giudizio R.G. 11506/2020, non ne condivide, tuttavia, la soluzione prescelta, laddove si è affermato che le esigenze cautelari possono trovare adeguata tutela in un *remand* all'amministrazione perché rivaluti la prescrizione in rassegna, pur mantenendo ferma la misura, in ossequio al principio di precauzione, fino alle nuove determinazioni;
- che, a tale proposito i ricorrenti osservano che proprio il principio di precauzione dovrebbe condurre a sospendere le misura, attesa la forte incognita sui potenziali danni alla salute individuale dei minori derivanti dall'uso prolungato della mascherina;
- che i due gruppi di intervenienti, tutti parimenti genitori di studenti della scuola primaria e secondaria, hanno formulato doglianze di analogo tenore;

Considerato:

- che il Collegio non ravvisa, allo stato, motivi per discostarsi dalla precedente decisione, resa in analogo giudizio, recata dall'ordinanza n. 873/2021, alla quale, pertanto, per esigenze di sintesi, rinvia espressamente, con la precisazione che le

considerazioni ivi svolte relativamente agli scolari della scuola primaria valgono, altresì, per gli studenti della scuola secondaria, atteso che il CTS, anche per gli alunni di tale fascia di età, nelle "raccomandazioni tecniche" aveva indicato quanto segue: "Nella scuola secondaria, anche considerando una trasmissibilità analoga a quella degli adulti, la mascherina potrà essere rimossa in condizione di staticità con il rispetto della distanza di almeno un metro, l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto) e in situazione epidemiologica di bassa circolazione virale come definita dalla autorità sanitaria" (verbale del CTS n. 104 del 31 agosto 2020, pag. 8);

- che, pertanto, anche nella presente fattispecie le esigenze cautelari prospettate dai ricorrenti possono trovare adeguata tutela in un *remand* all'amministrazione perché rivaluti la prescrizione in rassegna, nei sensi di cui alla richiamata ordinanza n. 873/2021;

Ritenuto:

- che deve essere fissata, per la trattazione del merito, l'udienza pubblica del 14 luglio 2021;
- che le spese della presente fase possono essere compensate;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, accoglie la suindicata domanda cautelare nei sensi di cui in motivazione, mantenendo ferma l'efficacia del provvedimento impugnato.

Fissa, per la trattazione del merito, l'udienza pubblica del 14 luglio 2021.

Compensa fra tutte le parti le spese della presente fase.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

12 Il decreto del Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato del 01/03/2021

Il **Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato con decreto del 01/03/2021 n. 01006/2021 REG.PROV.CAU. – n. 01791/2021 REG.RIC.** ha disposto e osservato quanto segue.

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute, Ministero dell'Interno, Ministero dell'Istruzione, Provincia Autonoma di Bolzano, Dirigente Scolastico –OMISSIS–, non costituiti in giudizio;

per la riforma dell'ordinanza cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. –OMISSIS–, resa tra le parti, concernente l'obbligo di mascherina a scuola continuativo per minori infradodicenni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi degli artt. 56, 62, co. 2 e 98, co. 2, cod. proc. amm.;

Considerato che l'ordinanza appellata, dopo una articolata disamina delle disposizioni contestate, ha rilevato che l'obbligo indiscriminato per tutti gli scolari di età compresa tra 6 e 12 anni non trova, nella documentazione scientifica e nei verbali C.T.S. indicati quale fondamento della misura, una risposta certa e univoca;

Rilevato, in particolare, che la stessa ordinanza richiama le prescrizioni, che certamente i pareri scientifici a supporto degli atti impugnati non avrebbero potuto ignorare, con cui l'Organizzazione Mondiale per la Sanità ha posto condizioni e fornito approfondite indicazioni tali da non poter rendere "misura normale e incondizionata" l'uso del DPI per i minori di anni 12 durante l'intera durata della permanenza in classe;

Considerato, oltre a quanto chiarito dalla ordinanza appellata, che le prescrizioni O.M.S. male o solo parzialmente valutate nella loro puntuale specificità, mirano alla tutela di valori costituzionalmente tutelati degli scolari più giovani, ed in particolare la salute e la capacità di pieno apprendimento oltreché di sviluppo psicosociale, assumendo così il ruolo di criteri di valutazione che ben eccedono l'ambito della azione amministrativa o della valutazione tecnico–scientifica generica, quale emerge, sul tema in esame, dai successivi verbali CTS che la stessa ordinanza considera espressione di motivazione perplessa e non esaustiva;

Ritenuto che, in merito alla censura proposta dagli appellanti, secondo cui la ordinanza si sarebbe limitata ad un "remand" all'Amministrazione invece che sospendere per intero l'obbligo di DPI, occorre stabilire che l'obbligo derivante dagli atti impugnati sia sospeso nei confronti della minore –OMISSIS–, come già stabilito con decreto presidenziale n. –OMISSIS–, trattandosi di tutelare il bene primario della vita della ricorrente e dei suoi genitori quali tutori della potestà genitoriale;

Rilevato, invece, che per la ulteriore e generale popolazione studentesca di minori di anni 12 – a differenza della odierna appellante, che ha dimostrato positivamente le difficoltà respiratorie connesse all'uso del DPI – la sospensione "erga omnes" dell'obbligo è stata rimessa, correttamente, alle competenti autorità emananti; ciò, ad integrazione di quanto affermato dal TAR, non può in alcun modo consentire agli organi responsabili la dilazione o il mero richiamo a precedenti – e dal T.A.R. ritenuti insufficienti – documenti scientifici anche del CTS, occorrendo invece una nuova, urgente, motivata rilevazione specifica dell'impatto dell'uso prolungato del DPI anche alla luce dei criteri dettati dall'O.M.S. restando evidente che l'imposizione non giustificata di un dispositivo come il DPI su scolari giovanissimi presuppone l'onere per l'autorità emanante di provare scientificamente che l'utilizzo non abbia impatto nocivo sulla salute psico–fisica dei destinatari, salvo – una volta che il Giudice abbia ordinato tale nuovo accertamento, con la pronuncia del T.A.R. e il decreto odierno – il prodursi della responsabilità per il ritardo, l'omissione o comunque le conseguenze dannose prodottesi nell'eventualità, che si scongiura fortemente, di una persistente carenza di istruttoria scientifica, cui peraltro il Giudice non può sostituirsi in nessun caso;

P.Q.M.

In parziale accoglimento dell'istanza cautelare, sospende l'esecutorietà degli atti impugnati, e in particolare l'obbligo di indossare il DPI per l'intera durata della giornata scolastica, nei confronti della appellante minore –OMISSIS–, come rappresentata dai genitori appellanti anch'essi in atti.

Conferma per il resto l'ordinanza appellata, con particolare riguardo al "remand" ivi disposto e alle conseguenze che ne derivano.

Fissa per la discussione collegiale la Camera di Consiglio del 25 marzo 2021.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

13 La sentenza della Corte Suprema di Cassazione – Sezione Quarta Penale del 01/03/2021

La **Corte Suprema di Cassazione – Sezione Quarta Penale con sentenza n. 7988 del 01/03/2021** ha disposto e osservato quanto segue.

[...]

Svolgimento del processo

1. Con sentenza resa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., in data 25 marzo 2020, il Tribunale di Bergamo applicava a F.F. e C.M. la pena concordata tra le parti in relazione ai reati di cui agli artt. 81 cpv. e 110 c.p., art. 61 c.p., n. 5, artt. 624 bis, 650 e 497 c.p., e L. n. 110 del 1975, art. 4.
2. Hanno proposto ricorso per cassazione entrambi gli imputati.

   Il difensore di F.F. lamenta con un unico motivo, erronea applicazione della legge penale, per mancata assoluzione dalla contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., richiamata dal D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 4, comma 2, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato. Osserva che il Tribunale di Bergamo è pervenuto alla declaratoria di responsabilità dell'imputato anche con riferimento al reato di cui all'art. 650 c.p., in applicazione di quanto disposto dal D.P.C.M. richiamato (secondo cui "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mancato rispetto degli obblighi di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'art. 650 c.p., come previsto dal D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, art. 3, comma 4"), senza considerare che a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, in applicazione del combinato disposto dai commi 1 e 8 dell'art. 4, la condotta attribuita al ricorrente è divenuta illecito amministrativo, anche con riguardo alle condotte antecedenti l'entrata in vigore del decreto medesimo, ossia il 26 marzo 2020.

   La difesa di C.M. deduce invece erronea interpretazione ed applicazione dell'art. 61 c.p., n. 5, mancata esclusione dell'aggravante della minorata difesa ed erronea qualificazione giuridica del fatto ex art. 448 c.p.p., comma 2 bis.

3. Il Procuratore Generale in sede, con requisitoria scritta, ha concluso per l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata

Motivi della decisione

1. Il ricorso del F. è fondato.
2. La disposizione del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, art. 3, comma 4, - che qualificava "reato" punibile ai sensi dell'art. 650 c.p., il mancato rispetto delle misure di contenimento emanate per fronteggiare lo stato di emergenza dovuto alla diffusione del Covid-19 - è stata sostituita dal D.L. 25 marzo 2020, n. 19, art. 4, comma 1, in vigore dal giorno successivo e convertito con modificazioni dalla L. 22 maggio 2020, n. 35, che ha depenalizzato, trasformandola in illecito amministrativo, la condotta di mancato rispetto delle citate misure di contenimento.

Poiché nella sentenza impugnata non è dato comprendere la porzione di pena applicata dal Tribunale per tale condotta e comunque non vi è possibilità di modificare il patto intervenuto tra le parti, la sentenza medesima deve essere annullata senza rinvio e gli atti restituiti al Tribunale di Bergamo per l'ulteriore corso.

3. Quanto al ricorso della C., se ne deve rilevare la originaria inammissibilità.

   Giova infatti ricordare che in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti, la possibilità di ricorrere per cassazione deducendo, ai sensi dell'art. 448 c.p.p., comma 2 bis, l'erronea qualificazione del fatto contenuto in sentenza, è limitata ai soli casi di errore manifesto, con conseguente inammissibilità della denuncia di errori valutativi in diritto che non risultino evidenti dal testo del provvedimento impugnato

   Deve trattarsi cioè di un caso in cui tale qualificazione risulti, con indiscussa immediatezza, palesemente eccentrica rispetto al contenuto del capo di imputazione, dovendosi in particolare escludere l'ammissibilità dell'impugnazione che richiami, quale necessario passaggio logico del motivo di ricorso, aspetti in fatto e probatori che non risultino con immediatezza dalla contestazione (Sez. 7, ord.n. 39600 del 10/09/2015, Rv.264766 e ord.n. 3108 del 08/01/2018, Rv.272252; Sez.5, n. 33145 del 08/10/2020, Rv.279842).

   Tuttavia, il motivo di ricorso del F. riverbera i suoi effetti anche sulla posizione della coimputata.

   Ciò per due considerazioni.

   La prima riguarda l'interpretazione data dalla Corte di legittimità all'art. 609 c.p.p., comma 2, secondo cui "L'inammissibilità del ricorso per cassazione, per qualunque causa essa sia ritenuta, non impedisce la possibilità di dichiarare la depenalizzazione del reato nel frattempo intervenuta" (Sez.2, n. 48552 del 10/09/2018, Rv.274241), così da superare, nel caso di specie, la disparità di trattamento che altrimenti si attuerebbe tra i due coimputati.

   La seconda attiene al principio generale di cui all'art. 587 c.p.p., intitolato alla estensione dell'impugnazione, secondo cui, ai fini della operatività di tale istituto "deve considerarsi non ricorrente anche il coimputato presente nel giudizio di cognizione che non abbia impugnato il punto della decisione annullata dalla Suprema Corte in accoglimento di motivi non esclusivamente personali proposti da altro imputato" (Sez.2, n. 41 59 del 12/11/2019, Rv.278226).

4. Ne deriva l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata nei confronti di entrambi gli imputati e la restituzione degli atti al Tribunale di Bergamo per l'ulteriore corso.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata e dispone trasmettersi gli atti al Tribunale di Bergamo per l'ulteriore corso.

14 Il decreto del Presidente della I Sezione del Tribunale Amministrativo per la Calabria del 09/03/2021

Il **Presidente della I Sezione del Tribunale Amministrativo per la Calabria con decreto del 09/03/2021 n. 00132/2021 REG.PROV.CAU. n. 00382/2021 REG.RIC.** ha disposto e osservato quanto segue.

contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Falduto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'ordinanza del Presidente f.f. della Regione n. 10 del 05.03.2021, avente ad oggetto: «Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID– 2019. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica. Disposizioni relative alle attività scolastiche e universitarie in presenza» nonché della ordinanza del Presidente f.f. della Regione n.11 del 6/3/21, integrativa della precedente con la quale è stata disposta la sospensione delle attività didattiche in presenza per i servizi educativi per la scuola dell'infanzia e delle ludoteche.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dai ricorrenti, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm.;

Considerato che, come già ripetutamente affermato da questo Tribunale (TAR Calabria, I, Catanzaro, n.354/21; id. 2175/20), il potere di cui all'art. 32 della legge n.833/78, richiamato nell'atto impugnato è riservato, quanto al suo esercizio, a casi eccezionali e imprevedibili di pericolo di lesione imminente e grave ed è – anche nel vigore del nuovo DPCM del 2/3/21 – limitato ulteriormente dal legislatore nazionale ai soli casi in cui sia necessaria una risposta urgente a specifiche situazioni che interessino il territorio regionale, situazioni che per l'evolversi del virus non siano state già apprezzate ed amministrate dall'Autorità governativa e con limitazione di efficacia temporale di tali interventi sino alla adozione del successivo D.P.C.M.;

Considerato che, come osservato in ricorso, la normativa statale (art. 43 DPCM cit.) contempla esclusivamente per le aree in zona rossa la sospensione delle attività scolastiche e didattiche delle scuole di ogni ordine e grado in presenza prevedendone esclusivamente la prosecuzione con modalità a distanza laddove la Calabria, nel quadro classificatorio stabilito a seguito dell'art. 1 del D.L.n.15/21 è collocata in zona gialla dal 29/1 u.s. per la quale resta confermata la didattica in presenza delle attività scolastiche, oltre che –giova ricordarlo – gli esercizi commerciali (bar, ristoranti) e le attività produttive;

Considerato che le ipotesi previste dall'art. 21 co.2 del citato DPCM che rendono possibili le misure di cui al primo periodo dell'art. 43 non ricorrono nel caso di specie e che pertanto la giustificazione del potere esercitato dal Presidente della Regione avrebbe semmai dovuto trovare fondamento in un quadro epidemiologico orientato nettamente verso un peggioramento dei parametri di cui tenere conto e del cui conseguente accertamento l'istruttoria procedimentale avrebbe dovuto farsi carico e di cui la motivazione del provvedimento avrebbe dovuto dare contezza;

Ritenuto viceversa che dal preambolo motivazionale dell'ordinanza impugnata si evince che:

- il verbale dell'Unità di Crisi del 5/3/21, successivamente depositato in giudizio, diversamente da quanto riportato nel provvedimento impugnato, al netto delle discussioni 9/3/2021 N. 00382/2021 REG.RIC. 3/5 inerenti l'attuazione del piano vaccinale, non sembra riportare un vero confronto collegiale sulle questioni inerenti la chiusura delle scuole, trattate dal Presidente in apertura di seduta per indicarle quale "luogo di grande assembramento e di potenziale contagio" e –nelle conclusioni finali– per chiedere la predisposizione di una ordinanza di chiusura delle stesse;
- non si rinviene nel verbale e comunque nei restanti capi di premessa dell'ordinanza impugnata una specifica istruttoria volta a stabilire se, quali e quanti contagi abbiano in concreto interessato le scuole calabresi a prescindere dagli interventi sindacali posti in essere su base locale con sospensione delle attività didattiche in presenza "in molti comuni" nonché quali siano stati gli effetti dei contenimenti rilevati dall'ordinaria applicazione dei protocolli Covid della scuola (quarantena della classe con o senza propagazione dei contagi);
- conseguentemente, va rilevato, così come evidenziato in ricorso, che:
  a. il trend di aumento dei contagi in Calabria è al momento considerevolmente inferiore rispetto a quello nazionale riferito alla medesima settimana sopraindicata e pertanto non costituisce dato sopravvenuto rispetto alle valutazioni di cui al DPCM mentre il fatto che in alcuni specifici territori (province di Vibo Valentia e Reggio Calabria) la proporzione di nuovi casi sia il doppio della media regionale (comunque sempre lontana dalla media nazionale), a tutto voler concedere potrebbe giustificare al più interventi mirati su comuni di quelle aree e non la chiusura dell'intero sistema di istruzione calabrese;
  b. l'incremento di posti letto COVID e quelli di terapia intensiva occupati resta comunque sotto la soglia di allerta rispetto al rischio saturazione per quanto nello stesso atto impugnato dichiarato;
  c. il coefficiente del 9,1% di prevalenza (studio VOC202012/01) delle varianti sul territorio regionale calabrese alla data del 18/2/21, richiamato nell'atto impugnato, è –su scala nazionale– il più basso in assoluto;
  d. il report di monitoraggio n.42 dell'I.S.S. richiamato nell'atto impugnato per via della classificazione complessiva di rischio "moderata con alta probabilità di progressione" (peggiorativa rispetto a quella del report precedente) da solo non

sembra poter giustificare l'adozione dell'ordinanza contingibile e urgente impugnata atteso che trattasi comunque di 9/3/2021 N. 00382/2021 REG.RIC. 4/5 situazione comune a non poche altre regioni e che saranno a breve verificabili sul successivo report dell'ISS;

Ritenuto pertanto sussistente il dedotto vizio di carente autonoma istruttoria da parte della Regione;

Ritenuto altresì non conferente il richiamo operato dalla difesa regionale nella propria memoria al decreto presidenziale della III sezione del Consiglio di Stato n.1034 del 3 marzo 2021 perché, come precisato dai ricorrenti, relativo a diversa concreta fattispecie;

Richiamata altresì l'ordinanza della Corte Costituzionale n. 4 del 2021, sia pure resa in fattispecie afferente legge regionale di Regione a statuto speciale, dalla quale si evince oltre al richiamo alla competenza esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale, anche il principio secondo cui le Regioni devono «esercitare i propri poteri in materia sanitaria in modo da non contraddire il contenuto delle misure statali, se del caso specificandolo a livello operativo»;

Ritenuto conclusivamente che le due radicali ed indifferenziate misure (ordinanze nn.10 e 11, rispettivamente del 5 e del 6 marzo 2021) adottate dal Presidente della Regione, per le ragioni sopra illustrate oltre che per l'evidente discostamento dalle indicazioni fornite da questo TAR con le precedenti pronunce prima menzionate inerenti gli ambiti, i presupposti di fatto e di diritto e i limiti di esercizio dei poteri straordinari di cui al sopramenzionato art. 32 sembrano "prima facie" viziate in diritto alla luce di quanto sopra illustrato sulla base delle censure dedotte;

Ritenuto comunque sussistente il requisito del periculum, nella consistenza e con l'urgenza richieste dall'art. 56 c.p.a. avuto riguardo al notevole numero di giorni di didattica in presenza sottratti –in un anno scolastico, finora provato da precedenti provvedimenti di chiusura delle scuole adottati su base regionale e su base locale– al diritto all'istruzione finanche degli scolari più piccoli notoriamente meno attrezzati per una didattica a distanza e che comunque anche per i semiadolescenti e gli adolescenti costituisce in via generale una modalità di insegnamento meno efficace di quella in presenza anche sotto il profilo della socializzazione;

P.Q.M.

Accoglie la suindicata istanza di misure cautelari monocratiche provvisorie e per l'effetto sospende le ordinanze impugnate con riferimento al punto 1 di ambedue i dispositivi delle stesse.

Fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 14 aprile 2021.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

15 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 26/03/2021

Il **Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con pronuncia del 26/03/2020 N. 01946/2021 REG.PROV.CAU. – N. 01909/2021 REG.RIC.** ha disposto ed osservato quanto segue.

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute, Ministero dell'Istruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Liceo Scientifico Statale "Vittorio Veneto" non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

dell'art. 3, comma 4, lett. f) del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 gennaio 2021 recante "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 14 gennaio 2021 n. 2, recante «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e di svolgimento delle elezioni per l'anno 2021»", pubblicato in G.U. n. 11 del 15 gennaio 2021, Suppl. Ordinario n. 2, nella parte in cui prevede un meccanismo automatico di applicazione della sospensione totale della didattica in presenza nelle scuole secondarie di primo e secondo grado (eccetto le classe prime delle scuole secondarie di primo grado), nell'intero territorio di regioni caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto (cd. 'zona rossa'); accertamento della illegittimità del medesimo D.P.C.M. e conseguente condanna al risarcimento del danno.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 9/3/2021:

dell'art.43, primo periodo, del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 marzo 2021, nella parte in cui prevede un meccanismo automatico di applicazione della sospensione totale della didattica in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado, nell'intero territorio di regioni classificate come "zona rossa", nonché dell'art. 21, comma 2, del medesimo DPCM nella parte in cui conferisce ai Presidenti delle Regioni o Province autonome il potere di disporre la sospensione totale della didattica in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado.

[...]

Considerato che con il gravame introduttivo è stato impugnato il DPCM del 14 gennaio 2021, nella parte in cui ha previsto la sospensione totale della didattica in presenza nelle scuole secondarie di primo e secondo grado (eccetto le classi prime delle scuole secondarie di primo grado), nell'intero territorio di regioni caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto (cd. "zona rossa");

Rilevato che con motivi aggiunti viene impugnato il DPCM del 2 marzo 2021, nella parte in cui ha disposto nelle medesime zone la sospensione delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado, censurato sotto il profilo della carenza di proporzionalità ed adeguatezza e avuto riguardo a questioni di legittimità costituzionale prospettate in relazione ai decreti legge che hanno autorizzato l'emanazione del DPCM;

Dato atto, preliminarmente, quanto alle eccezioni in rito sollevate dalla difesa erariale:

- che i ricorrenti sono studenti e genitori di figli minori iscritti a istituzioni scolastiche site in regioni interessate dalla applicazione delle misure contestate;

- che il D.L. n. 30/2021 non ha inciso sulla disciplina propria delle zone "zone rosse" come determinata nel DPCM gravato con motivi aggiunti;

Osservato che i ricorrenti deducono anche sull'insufficienza dell'istruttoria sottesa alle previsioni impugnate, argomentando che la scuola non dovrebbe essere considerata quale luogo privilegiato di contagio e producendo una serie di ricerche che evidenziano come l'interruzione della didattica in presenza abbia rappresentato e rappresenti un moltiplicatore delle diseguaglianze discendenti da ostacoli di ordine sociale ed economico;

Considerato che il DPCM impugnato con motivi aggiunti richiama i verbali del Comitato Tecnico Scientifico nn. 157, 158, 159 e 160 nonché le osservazioni tecniche inviate il 27 febbraio 2021 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, e che peraltro dai predetti documenti non emergono indicazioni specifiche ostative alla riapertura delle scuole;

Considerato che il DPCM richiama anche il parere rilasciato dal Comitato Tecnico Scientifico in occasione della seduta del 27 febbraio 2021, documentato dal verbale n. 161, il quale ha raccomandato il mantenimento dell'attività scolastica in presenza nelle zone bianche, gialle ed arancioni, affermando che "*possa prendersi in considerazione la possibilità di prevedere la sospensione delle attività didattiche...nelle aree territoriali regionali, sub-regionali, provinciali, comunali, in cui la situazione epidemiologica sia compatibile con scenari da zona rossa prevista dal Capo V della bozza del DPCM di prossima emanazione, o in aree in cui l'incidenza cumulativa a 7 giorni sia superiore a 250 casi ogni 100.000 abitanti, o nelle quali vengano adottate misure stringenti di isolamento in ragione di circolazione di varianti di SARS-CoV-2 connotate da alto rischio di diffusività/resistenza a vaccino/capacità di indurre malattia grave*" e che il CTS non sembra avere valutato la possibilità, nelle zone rosse, di disporre la sospensione delle attività didattiche solo per aree territoriali circoscritte, in ragione del possibile andamento diversificato dell'epidemia nella regione;

Considerato, peraltro, che le ricordate considerazioni del CTS si fondano su dati forniti dall'Istituto di Sanità e dalla Fondazione Bruno Kessler e **dalla documentazione offerta in giudizio non si evince in che modo ed in quale sede tali informazioni siano state analizzate ed interpretate dal Comitato Tecnico Scientifico**;

Ritenuto, alla luce delle considerazioni che precedono, che le impugnate previsioni del DPCM 2.3.21 non appaiono supportate da una adeguata istruttoria e che in tal senso si apprezzano profili di fondatezza dei motivi aggiunti depositati da parte ricorrente;

Considerato, per quanto attiene al *periculum in mora*, che nel bilanciamento degli interessi in gioco l'esigenza cautelare prospettata dai ricorrenti possa trovare adeguata tutela ordinando alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di riesaminare le misure impugnate adottando, all'esito del riesame, un provvedimento specificamente motivato;

Ritenuto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri dovrà provvedere all'indicato riesame prima che il DPCM 2.3.21 perda efficacia, e che a tal fine si ritiene congruo assegnare il termine del 2 aprile 2021;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), accoglie la suindicata domanda cautelare ai soli fini del riesame da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri delle impugnate previsioni contenute nel DPCM 2.3.2021 nei termini e nei sensi di cui in motivazione.

Spese della fase compensate.

Fissa per la decisione del merito l'udienza del 14 luglio 2021.

16 L'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio del 26/03/2021

Il **Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con pronuncia del 26/03/2020 N. 01947/2021 REG.PROV.CAU. – N. 00872/2021 REG.RIC.** ha disposto ed osservato quanto segue.

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Istruzione, Ministero della Salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del D.P.C.M. in data 14.1.2021, pubblicato sulla G.U. n. 11 del 15.1.2021, S.O. n. 2, nella parte in cui prevede che "*le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 275, in modo che a decorrere dal 18 gennaio 2021, almeno al 50 per cento e fino a un massimo del 75 per cento della popolazione studentesca delle predette istituzioni sia garantita l'attività didattica in presenza. La restante parte dell'attività didattica è svolta tramite il ricorso alla didattica a distanza*" (art. 1, co. X, lett. s), con conseguente ripristino, nelle scuole secondarie di secondo grado, della didattica in presenza al 100%, da attuarsi nel rispetto dei protocolli di sicurezza finalizzati a prevenire la diffusione della epidemia COVID-19.

B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da-OMISSIS-il 9/3/2021:

previa sospensione e concessione di misure cautelari monocratiche ex art. 56 del D.Lgs. n. 104/2010, del D.P.C.M. in data 2.3.2021, pubblicato sulla G.U. n. 52 del 2.3.2021 (S.O. n. 17), nella parte in cui prevede che:

- nelle zone qualificate, in base al livello di rischio epidemiologico da Covid-19, come "gialle", "*Le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 275, in modo che almeno al 50 per cento e fino a un massimo del 75 per cento della popolazione studentesca delle predette istituzioni sia garantita l'attività didattica in presenza. La restante parte della popolazione studentesca si avvale della didattica a distanza*" (art. 21, comma I, parte I);

- nelle zone qualificate, in base al livello di rischio epidemiologico da Covid-19, come "arancioni", "*A far data dal primo giorno non festivo successivo alla pubblicazione nella*

Gazzetta Ufficiale delle ordinanze di cui all'art. 33, comma 1, nelle zone arancioni si applicano, oltre alle misure previste per l'intero territorio nazionale, le misure di cui al Capo III, ove non siano previste misure più rigorose ai sensi del presente Capo" (art. 34);

- nelle zone qualificate, in base al livello di rischio epidemiologico da Covid-19, come "gialle" o "arancioni", "*La misura di cui al primo periodo dell'art. 43 è disposta dai Presidenti delle regioni o province autonome nelle aree, anche di ambito comunale, nelle quali gli stessi Presidenti delle regioni abbiano adottato misure stringenti di isolamento in ragione della circolazione di varianti di SARS-CoV-2 connotate da alto rischio di diffusività o da resistenza al vaccino o da capacità di indurre malattia grave; la stessa misura può altresì essere disposta dai Presidenti delle regioni o province autonome in tutte le aree regionali o provinciali nelle quali l'incidenza cumulativa settimanale dei contagi sia superiore a 250 casi ogni 100.000 abitanti oppure in caso di motivata ed eccezionale situazione di peggioramento del quadro epidemiologico*" (art. 21, comma II);

- nelle zone qualificate, in base al livello di rischio epidemiologico da Covid-19, come "rosse", "*Sono sospese le attività dei servizi educativi dell'infanzia di cui all'art. 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, e le attività scolastiche e didattiche delle scuole di ogni ordine e grado si svolgono esclusivamente con modalità a distanza"* (art. 43, comma I, parte I);

con conseguente ripristino della didattica in presenza al 100%, da attuarsi nel rispetto dei protocolli di sicurezza finalizzati a prevenire la diffusione della epidemia COVID-19.

[...]

Il Collegio,

Premesso che con atto di motivi aggiunti, depositato il 9 marzo 2020, i ricorrenti, tutti genitori di studenti frequentanti scuole secondarie superiori, hanno impugnato il D.P.C.M. 2.3.2021, pubblicato sulla G.U. n. 52 del 2.3.2021, nelle parti meglio in epigrafe indicate, nella misura in cui le stesse comportano la automatica chiusura di tutte le scuole di ogni ordine a grado nelle "zone rosse" e continuano a prevedere il ricorso alla Didattica A Distanza (DAD) nelle "zone gialle" e nelle "zone arancioni", fatto salvo il potere dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome, di disporre la chiusura delle scuole in presenza di determinate condizioni; di rischio;

Dato atto, preliminarmente, che persiste l'interesse dei ricorrenti alla decisione sul ricorso, in quanto il D.L. n. 30/2021 non incide minimamente sulla disciplina propria delle "zone gialle", "zone arancioni" e "zone rosse", e, dunque, in tal senso il D.L. n. 30/2021 non contiene una disciplina che si sarebbe sovrapposta a quella determinata dall'approvazione del D.P.C.M. impugnato;

Dato atto che i ricorrenti fondano il ricorso, *inter alia*, anche sull'insufficienza dell'istruttoria sottesa alle previsioni impugnate, argomentando che la Scuola, tuttora, non dovrebbe essere considerata quale luogo privilegiato di contagio;

Considerato che i ricorrenti hanno prodotto, a sostegno del ricorso, svariati studi scientifici pubblicati da prestigiose riviste mediche, reports sui dati di contagio in ambito scolastico rilevati in Toscana ed in Sicilia, nonché relazioni scientifiche, (depositate in data 9.3 e 23.3.2021) rilasciate da esperti in epidemiologia, in biomedica e in biostatistica, nelle quali si analizzano *funditus* i dati forniti dall'Istituto Superiore di Sanità: tali relazioni pervengono alla conclusione che non esistono evidenze scientifiche solide e incontrovertibili circa il fatto (i) che il contagio avvenuto in classe influisca sull'andamento generale del contagio, (ii) che l'aumento del contagio tra i soggetti in età scolastica sia legato all'apertura delle scuole, (iii) che la c.d. variante inglese si diffonda maggiormente nelle sole fasce d'età scolastiche, (iv) che le diverse varianti circolanti nel Paese siano resistenti ai vaccini in uso in Italia, e affermano che "*Le analisi qui condotte non dimostrano una situazione di aumentata pericolosità a livello di aumento di contagi, diffusione di focolai scolastici, trasmissione secondaria in ambito scolastico, aumentato rischio per individui in età scolare di trasmettere la cd variante inglese rispetto alla popolazione. Rappresentano invece un'invidiabile situazione a livello europeo di capacità di tracciamento dei casi e pertanto nella classificazione dello scenario italiano secondo OMS*";

Considerato che il DPCM impugnato richiama i verbali del Comitato Tecnico Scientifico nn. 157, 158, 159 e 160 nonché le osservazioni tecniche inviate il 27 febbraio 2021 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, e che peraltro **dai predetti documenti non emergono indicazioni specifiche ostative alla riapertura delle scuole**;

Considerato che il D.P.C.M. impugnato richiama anche il parere rilasciato dal Comitato Tecnico Scientifico in occasione della seduta del 27 febbraio 2021, documentato dal verbale n. 161, il quale ha raccomandato il mantenimento dell'attività scolastica in presenza nelle zone bianche, gialle ed arancioni, affermando che "*possa prendersi in considerazione la possibilità di prevedere la sospensione delle attività didattiche ….nelle aree territoriali regionali, subregionali, provinciali, comunali, in cui la situazione epidemiologica sia compatibile con scenari da zona rossa prevista dal Capo V della bozza del DPCM di prossima emanazione, o aree in cui l'incidenza cumulativa a 7 giorni sia superiore a 250 casi ogni 100.000 abitanti, o nelle quali nelle quali vengano adottate misure stringenti di isolamento in ragione di circolazione di varianti del virus connotate da alto rischio di diffusività/resistenza a vaccino/capacità di indurre malattia grave"*; tuttavia il CTS non sembra avere valutato la possibilità, nelle zone rosse, di disporre la sospensione delle attività didattiche solo per aree territoriali circoscritte, in ragione del possibile andamento diversificato dell'epidemia nella regione;

Considerato, peraltro, che le ricordate considerazioni del CTS si fondano su dati forniti dall'Istituto di Sanità e dalla Fondazione Bruno Kessler, e **dalla documentazione offerta in giudizio non si evince in che modo tali informazioni siano state analizzate ed interpretate dal Comitato Tecnico Scientifico**;

Ritenuto, alla luce delle considerazioni che precedono, che **le impugnate previsioni del D.P.C.M. 2.3.21 non risultano supportate da una adeguata istruttoria** e che in tal senso si apprezzano profili di fondatezza dei motivi aggiunti depositati da parte ricorrente il 9 marzo 2021;

Considerato, per quanto attiene al *periculum in mora*, che i ricorrenti hanno prodotto pubblicazioni che sembrerebbero comprovare, rispetto all'inizio della pandemia (marzo 2020), un significativo aumento dei ricoveri ospedalieri di adolescenti per gravi disordini alimentari e tentativi di suicidio (cfr. in particolari documenti nn. 131 e 146 di parte ricorrente), quale effetto del progressivo isolamento sociale indotto dalle misure di contenimento del contagio, ragione per cui appare urgente una approfondita valutazione della situazione al fine di ripristinare l'attività didattica ordinaria, cioè in presenza;

Ritenuto conclusivamente che sussistono gli estremi per la concessione della tutela cautelare invocata da parte ricorrente, e che a tal fine **il Collegio ritiene di dover ordinare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di riesaminare le misure impugnate alla luce di tutta la documentazione prodotta in giudizio da parte ricorrente, e in particolare di quanto emerge dagli studi medico-scientifici e dalle relazioni scientifiche da essa depositate in giudizio in data 9 e 23 marzo 2021, adottando, all'esito del riesame, un provvedimento specificamente motivato**;

Ritenuto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri dovrà provvedere all'indicato riesame prima che il D.P.C.M. 2.3.21 perda efficacia e che a tal fine si ritiene congruo assegnare il termine del 2 aprile 2021;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) accoglie la suindicata domanda cautelare ai soli fini del riesame, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, delle impugnate previsioni contenute nel D.P.C.M. 2.3.2021, nei termini e nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

Fissa per la discussione del merito l'udienza del 14 luglio 2021.