

Pubblicato il 13/02/2021

N. 00873/2021 REG.PROV.CAU.
N. 11506/2020 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 11506 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS- e -OMISSIS-, in proprio e quali genitori esercenti la potestà sulla minore -OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli [REDACTED]
[REDACTED], con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute, Ministero dell'Interno, Ministero dell'Istruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, [REDACTED];
Provincia Autonoma di Bolzano e Istituto Pluricomprendivo Bolzano-Europa 1, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso introduttivo:

- del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 dicembre 2020, 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» e 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», nonché del decreto-legge 2 dicembre 2020, n. 158, recante: «Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19», art. 1 comma 1 lett. b) e comma 9 lett. s), ove non prevede l'esenzione o le circostanze di esenzione

per i minori infradodicenni come previsto dalle indicazioni internazionali OMS e Unicef”;

quanto ai motivi aggiunti:

- del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 gennaio 2021 “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» e 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», nonché del decreto-legge 2 dicembre 2020, n. 158, recante: «Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19», art. 1 comma 1 lett. b) e comma 9 lett. s), ove non prevede l'esenzione o le circostanze di esenzione per i minori infradodicenni come previsto dalle indicazioni internazionali OMS e Unicef;
- dell'intero DPCM quale atto direttamente lesivo dei ricorrenti;
- di tutti gli atti impugnati con il ricorso introduttivo, quali atti presupposti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri con il Ministero della Salute, il Ministero dell'Interno e il Ministero dell'Istruzione;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visti gli atti di intervento;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatrice, nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2021, la dott.ssa Laura Marzano in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L.

25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, come specificato nel verbale;

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 intime 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 infradodicesenni, 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'obiettivo *“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 infradodicesenni, nulla esprimono sullo specifico punto oggetto di doglianza, sicchè 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. 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)*” 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;

Osservato inoltre:

- che deve essere autorizzato l'accesso al fascicolo digitale richiesto dalle [REDACTED] dovendo, peraltro, quest'ultima essere estromessa, allo stato, dal giudizio, avendo depositato una irrituale memoria di costituzione;

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.

Autorizza [REDACTED]
[REDACTED]

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, manda alla Segreteria di procedere, in caso di riproduzione in qualsiasi forma, all'oscuramento delle generalità dei due minori e dei rispettivi soggetti esercenti la potestà genitoriale, citati nel provvedimento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2021, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

Francesca Petrucciani, Consigliere

L'ESTENSORE

Laura Marzano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.