

Publicato il 09/08/2021



N. 09342/2021 REG.PROV.COLL.
N. 11506/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

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

per l'annullamento

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 primi 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.

quanto ai secondi motivi aggiunti:

del DPCM 2 marzo 2021.

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;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza del giorno 14 luglio 2021, i difensori delle parti, in collegamento da remoto, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 29 dicembre 2020 i ricorrenti, in proprio e quali esercenti la potestà parentale [redacted] hanno impugnato, unitamente ad una serie di atti presupposti ed esecutivi, il DPCM del 3 dicembre 2020 e, in particolare l'art. 1, comma 1, lett. b) e comma 9 lett. s), ove non prevede l'esenzione o le circostanze di esenzione per i minori infradodicesenni come previsto dalle indicazioni internazionali OMS e Unicef.

Espongono che [redacted] minore frequenta la scuola dell'obbligo, [redacted]

[redacted] ed è [redacted] 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: 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 nel successivo DPCM del 3 dicembre 2020, oggetto di impugnazione.

Sostengono che il DPCM in parola sia meritevole di annullamento non solo perché atto amministrativo viziato da eccesso di potere e violazione di legge, ma perché atto abnorme, che incide sui diritti inviolabili della persona in totale carenza di potere.

Aggiungono che tale provvedimento statuisce un obbligo uguale per tutte le regioni, a prescindere dal colore loro attribuito e dalla gravità della situazione epidemiologica locale.

Anzi, dal contenuto del decreto legge n. 158 del 2 dicembre 2020 emerge una disposizione di copertura, stabilita dal Governo, all'art. 1 comma 3, che sembrerebbe avvalorare l'assenza totale di valutazioni connesse alla gravità epidemiologica, laddove il Governo afferma: "3. Con riguardo all'intero territorio nazionale, nel periodo dal 21 dicembre 2020 al 6 gennaio 2021 i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 possono prevedere, anche indipendentemente dalla classificazione in livelli di rischio e di scenario, specifiche misure rientranti tra quelle previste dall'articolo 1,

comma 2, dello stesso decreto-legge”.

Ritengono che tale previsione, che svincola i poteri emergenziali quasi assoluti del Governo, autoassegnati, senza alcuna tassatività delle ipotesi e indipendentemente dalla classificazione in livelli di rischio e di scenario, sarebbe palesemente incostituzionale per violazione dell'art. 76 e 77 della Costituzione, quindi sollecitano la rimessione della questione alla Corte costituzionale. Analoga censura svolgono avverso il D.L. 172 del 2020, art. 1.

Nello specifico i ricorrenti espongono che il DPCM impugnato richiama il verbale n. 133 del Comitato tecnico-scientifico, relativo alla seduta del 3 dicembre 2020 e lamenta che tale organo non avrebbe effettuato alcuna valutazione della effettiva situazione epidemiologica locale e regionale.

Inoltre, quanto all'imposizione dell'obbligo di uso della mascherina per gli infradodicesenni, anche con il distanziamento ed in situazioni di staticità, il DPCM 3 dicembre 2020, come il precedente del 3 novembre 2020, si porrebbe in contrasto con le indicazioni internazionali OMS e Unicef, nonché con il parere del CTS del 10 agosto 2020, di cui al verbale n. 100, rubricato utilizzo delle mascherine, che ammetteva invece eccezioni. Né il successivo parere del CTS in data 8 novembre 2020, di cui al verbale n. 124 spiegherebbe perché il CTS stesso si discosti dall'obbligo internazionale di valutare in modo differenziato le situazioni dei minori infradodicesenni da quelle riguardanti gli adulti.

Quindi l'impugnata disposizione del DPCM sarebbe illogica, priva di motivazione, tecnicamente implausibile, dato che OMS e UNICEF chiedono espressamente di valutare in modo differenziato l'obbligo per i minori infradodicesenni rispetto a quello riguardante gli adulti.

Denunciano, inoltre, che il DPCM impugnato difetterebbe di trasparenza e sarebbe affetto da difetto di motivazione dal momento che l'Amministrazione non ha posto a disposizione tutta la documentazione necessaria a comprendere la *ratio* logica dei provvedimenti restrittivi adottati, segnatamente tutti i verbali del Comitato Tecnico

Scientifico, da cui si evinca con chiarezza il percorso logico/scientifico che ha portato a tale soluzione indifferenziata per i minori infradodicesenni.

Lamentano l'assenza di qualsiasi indicazione in merito a quale bilanciamento di valori costituzionalmente garantiti sia stato effettuato nel DPCM, bilanciamento imprescindibile laddove si voglia sacrificare, come nel caso di specie, diritti costituzionalmente garantiti.

Quindi chiedono l'annullamento del DPCM impugnato con espressa riserva di ogni azione risarcitoria dei danni subiti dai provvedimenti illegittimi.

Con decreto presidenziale n. 7964 del 31 dicembre 2020 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

Con motivi aggiunti notificati il 19 gennaio 2021 i ricorrenti hanno, poi, impugnato il DPCM del 14 gennaio 2021 il quale reitera le misure restrittive inerenti l'uso della mascherina incondizionato per gli infradodicesenni.

Lamentano che anche alla base del nuovo DPCM non vi sia stata alcuna considerazione delle indicazioni dell'OMS e dello stesso CTS sicchè anche il DPCM del 14 gennaio 2021 sarebbe affetto dai medesimi vizi di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione denunciati con il ricorso introduttivo.

Con decreto cautelare n. 384 del 21 gennaio 2021 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

L'amministrazione si è costituita in giudizio per resistere al gravame con memoria del 22 gennaio 2021 affermando la legittimità del DPCM 3 dicembre 2020 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.

Quanto alla tematica specifica dell'uso delle mascherine in ambito scolastico la difesa erariale richiama la nota del Ministero della Salute - Direzione Generale della Prevenzione del 29 dicembre 2020, 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, quindi ne ripercorre i contenuti.

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 C.T.S.) a ciò istituzionalmente preposti: vizi che non sussisterebbero nel caso in esame, specie tenuto conto del contesto di emergenza come quello attuale che non ha precedenti nella storia recente.

La parte ricorrente, con memoria del 28 gennaio 2021, nel prendere atto del contenuto del decreto cautelare di accoglimento, n. 304 del 26 gennaio 2021 del Presidente della Sez. III del Consiglio di Stato, ha brevemente replicato alle avverse argomentazioni insistendo per l'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza n. 873 del 13 febbraio 2021 l'istanza cautelare è stata accolta mediante un *remand*

all'amministrazione perché rivalutasse 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 in occasione della riedizione del potere, in vista della scadenza del DPCM del 14 gennaio 2021.

Con motivi aggiunti notificati il 5 marzo 2021 i ricorrenti hanno impugnato il DPCM del 2 marzo 2021 laddove agli artt. 1 e 21 non prevede e non motiva sulla mancata esenzione o le circostanze di esenzione per i minori infradodicesenni come previsto dalle indicazioni internazionali OMS e Unicef.

Sostengono che il nuovo DPCM sarebbe affetto dagli stessi vizi già denunciati, aggravati dal fatto che l'amministrazione non avrebbe adempiuto al *remand* disposto dal T.A.R. non avendo né disposto l'esonero dall'uso delle mascherine per

i bambini infradodicenni né motivato le ragioni poste alla base di tale decisione.

Con decreto n. 1438 del 5 marzo 2021 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

L'amministrazione si è difesa con memoria anche sul nuovo gravame.

Con ordinanza n. 2242 del 15 aprile 2021 l'istanza cautelare è stata respinta anche dal Collegio atteso che l'efficacia del DPCM impugnato era formalmente spirata sebbene alcune disposizioni, tra cui quella oggetto di doglianza, continuassero ad applicarsi in forza del D.L. 1 aprile 2021, n. 44 (art. 1, comma 1) che a tale atto espressamente rinvia, salvo quanto diversamente disposto dallo stesso decreto legge.


In vista della trattazione del merito le parti hanno depositato memorie conclusive.

La difesa erariale ha eccepito, *inter alia*, l'improcedibilità dei gravami avendo i DPCM impugnati ormai perso efficacia.

All'udienza del 14 luglio 2021, sentiti i difensori presenti in collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Preliminarmente il Collegio deve rilevare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della domanda di annullamento di tutti gli atti impugnati, che hanno cessato di produrre i loro effetti.

Cionondimeno, essendo stata formulata riserva di azione risarcitoria, sebbene in modo generico, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a. , ai fini del vaglio di legittimità dei suddetti atti, deve essere innanzitutto delimitato l'interesse azionato dalla parte ricorrente, sfrondandolo da tutte le doglianze che sono ultronee rispetto al *thema decidendum*.

3. In estrema sintesi i ricorrenti, in qualità di genitori di  minorenni che frequenta la scuola primaria, lamentano che l'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", sia immotivata e sia viziata da difetto di istruttoria in quanto adottata in contrasto con le indicazioni fornite dal Comitato tecnico Scientifico e dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, senza fornire alcun

supporto a sostegno di tale determinazione.

Lamentano che non sia stata adottata alcuna misura al fine di garantire che un minore, pur privo di patologie conclamate, possa essere esonerato dall'uso della mascherina in classe ove risenta di cali di ossigenazione o di altri disturbi o difficoltà.

Lamentano, inoltre, che la suddetta imposizione sia sproporzionata e irragionevole laddove gli istituti scolastici siano in grado di garantire il distanziamento fra i banchi. Censurano, infine, l'imposizione indiscriminata su tutto il territorio nazionale dell'uso della mascherina in parola, senza alcuna distinzione in base alla situazione epidemiologica delle singole realtà locali.

4. Sul punto il Collegio, per brevità, richiama e fa espresso rinvio alle considerazioni svolte nella sentenza n. 2102 del 19 febbraio 2021 su analoghe questioni, in cui è stata rilevata l'illegittimità del DPCM del 3 novembre 2020 per sostanziale difetto di istruttoria, per irragionevolezza e per contrasto con le indicazioni del CTS, dalle quali l'amministrazione si è discostata 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.

Si tratta di vizi ravvisabili anche nei successivi DPCM del 3 dicembre 2020 e del 14 gennaio 2021, la cui base istruttoria è rimasta sostanzialmente immodificata.

Quanto al DPCM del 2 marzo 2021 la Sezione ha già ripetutamente evidenziato l'effetto di formale legificazione delle misure in contestazione (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 28 maggio 2021, n. 6307) e, dunque, la loro non sindacabilità trattandosi di atti non amministrativi.

5. Le spese del giudizio in ragione della novità delle questioni trattate, possono essere integralmente compensate fra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima,

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo e i due atti di motivi aggiunti;
- ai soli fini risarcitori, dichiara l'illegittimità del DPCM del 3 dicembre 2020 e del DPCM del 14 gennaio 2021, nei limiti di cui in motivazione;
- compensa le spese del giudizio fra tutte le parti.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità dei minori e dei rispettivi soggetti esercenti la potestà genitoriale, citati nel provvedimento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 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

Roberta Ravasio, 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.