

È illegittima l'ordinanza della Regione Calabria che ha disposto, dal 16.11.2020 al 28.11.2020, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado con ricorso alla didattica a distanza
(T.A.R. Calabria, sez. I, sent. 16 dicembre 2020 – 18 dicembre 2020, n. 2075)

È illegittima l'ordinanza della Regione Calabria che ha disposto, dal 16.11.2020 al 28.11.2020, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado, con ricorso alla didattica a distanza, non potendo la Regione adottare un provvedimento *extra ordinem* in assenza di precipue specifiche situazioni sopravvenute rispetto al DPCM del 3.11.2020 di aggravamento del rischio sanitario nel territorio regionale che da un lato legittimano l'intervento in termini più restrittivi del quadro statale e che dall'altro ne condizionano l'esercizio.

Lo spazio di adottabilità delle ordinanze regionali di cui all'art. 32 l. n. 833/1978, già di per sé ristretto, trova ulteriori limiti di margine di esercizio dato *in primis* dalla precipua situazione di aggravamento del rischio sanitario sul territorio regionale. Il bilanciamento per la comunità scolastica degli allievi tra i 3 e gli 11 anni nelle zone rosse è stato effettuato ragionevolmente e proporzionalmente dallo Stato e la Regione non ha offerto un quadro di ulteriore picco della propagazione del virus in tale comunità che possa giustificare la restrizione della didattica in presenza. La Regione prescegliendo la strada del "rischio zero" per la comunità scolastica più giovane ha certamente violato il parametro della proporzionalità: la sospensione del servizio scolastico in presenza, il cui rischio risulta già sotto controllo con le misure nazionali in atto, ha leso oltre misura il diritto all'istruzione per i cittadini più giovani arrecando non solo pregiudizio formativo, ma anche psicologico, educativo e di socializzazione essendo la loro personalità in via di costruzione, costruzione che la Costituzione vuole avvenga anche ed obbligatoriamente nella "formazione sociale" della Scuola. La deroga regionale alla scelta governativa di preservare la didattica in presenza almeno per gli studenti tra i 3 e gli 11 anni deve essere ricordato, infine, vada particolarmente meditata in territori in cui, per possibili depressione economica, divario digitale e fenomeni criminali, la frequentazione della Scuola ha un valore ancor più fondamentale.

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 la Calabria
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1383 del 2020, proposto da
-OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avvocati Paolo Perrone e Nicola Cassano, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Calabria, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Falduto, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura regionale in Catanzaro, viale
Europa, loc. Germaneto (Cittadella regionale);

nei confronti

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa tutela cautelare,

dell'ordinanza del Presidente f.f. della Giunta regionale della Regione Calabria n. 87 del 14
novembre 2020, nella parte in cui ordina sull'intero territorio regionale, dal 16 novembre 2020 a tutto
il 28 novembre 2020, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado,
con ricorso alla didattica a distanza, rimettendo in capo alle autorità scolastiche la rimodulazione
delle stesse.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2020 la dott.ssa Francesca Goggiamani e
uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti, tutti genitori di allievi iscritti alle scuole elementari del territorio calabrese, hanno
impugnato, con richiesta di tutela cautelare, l'ordinanza del Presidente della Regione n. 87 del 14
novembre 2020, nella parte in cui è stata ordinata sull'intero territorio regionale, dal 16 al 28
novembre 2020, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado con
ricorso alla didattica a distanza lamentando 1) l'incompetenza del Presidente f.f., 2) la violazione dei
dd.ll. nn. 19 e 33/2020 sulle misure anti Covid-19, dell'art. 34 Cost. e dell'art. 3 l. n. 241/1990 nonchè
l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, per carenza dei presupposti, travisamento dei fatti,
perplexità, sproporzionalità e contraddittorietà tra atti e 3) la violazione dell'art. 32 della l. n.
833/1978 e degli artt. 3 e 5 della l.R. n. 30/1984 per il difetto di acquisizione del richiesto intervento
del servizio veterinario regionale.

Si è costituita la Regione chiedendo la denega della domanda cautelare ed il rigetto del ricorso per
infondatezza assumendo *in primis* l'essere l'O.P.G.R. n. 87/20 stata adottata il 14/11/20, allorquando
vi era evoluzione esponenziale delle curve denotanti pandemia in Calabria, e deducendo in punto
di legittimità -) che il quadro normativo legittima l'esercizio del potere d'ordinanza ex art. 32 co. 3
della l. n. 833/1978 per l'adozione di misure territoriali più restrittive rispetto a quelle previste in
sede governativa, -) che il diritto allo studio in presenza deve recedere rispetto al superiore bene
della salute ed essendo, comunque, garantita l'istruzione attraverso la didattica a distanza, -) che

l'aumento dei contagi, per come risulta dal Gruppo operativo di crisi e dalla riunione dei direttori dei dipartimenti di prevenzione delle ASP, giustifica la massima eliminazione dei rischi.

Con decreto cautelare n. 609/2020 è stata concessa dal Presidente del Tribunale, nelle more della celebrazione camera di consiglio collegiale, la sospensione dell'ordinanza impugnata in relazione al capo della chiusura delle scuole.

Con note di udienza depositate l'11.12.20 i ricorrenti hanno dichiarato di rinunciare alla richiesta cautelare, stante lo spirare del termine finale di efficacia indicato nell'ordinanza regionale qui impugnata, e di insistere nell'accoglimento del merito.

Alla camera di consiglio del 16.12.2020, trattata la controversia, è stato dato avviso di possibile definizione con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'Art. 60 c.p.a. e la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Due questioni preliminari in rito devono precedere la disamina del ricorso.

1.1. Nonostante la rinuncia alla domanda cautelare certa è la facoltà di adozione da parte del Collegio di sentenza immediata ex art. 60 c.p.a. che definisca la controversia nella fase cautelare senza che la sua trattazione debba essere differita alla fase del merito.

La giurisprudenza, infatti, costantemente insegna – senza obiezioni da parte della dottrina processualamministrativistica – che la rinuncia all'istanza cautelare non è prevista dall'art. 60 c.p.a. quale causa ostativa alla definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, tali essendo solo la proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza e regolamento di giurisdizione, mentre la definizione del giudizio con tale modalità risponde al canone costituzionale di ragionevole durata del processo ed al principio di economia processuale; dunque, la possibilità che il G.A. chiuda il processo con sentenza immediata presuppone, a ben vedere, solo la proposizione dell'istanza cautelare, ma non anche la permanenza dell'interesse della parte (o delle parti) alla decisione di tale domanda (v. tra le tantissime Tar Puglia, Bari, III, 13 gennaio 2012, n. 178; Cons. St., sez. V, 28 luglio 2015 n. 3718; Tar Veneto, III, 23 luglio 2018, n. 799; Tar Reggio Calabria, sez. I, 02/10/2018, n. 589; Tar Palermo n. 29/2017; Tar Torino n. 616/2020).

1.2 Osserva ancora preliminarmente il Collegio che sussiste l'interesse dei genitori ricorrenti – per come dagli stessi affermato – alla decisione nel merito nonostante lo spirare dell'efficacia dell'ordinanza impugnata.

Come noto, infatti, la sentenza del G.A. in ipotesi di provvedimento con effetti limitati nel tempo, ma destinato ad essere reiterato per contenuto da provvedimenti successivi, non si esaurisce nel solo annullamento dell'atto riscontrato illegittimo, ma contiene anche la regola alla quale l'Amministrazione deve attenersi nel futuro, sicchè non viene meno l'interesse all'impugnativa di un provvedimento reiterabile sul rilievo che, nel frattempo, il provvedimento contestato abbia esaurito i suoi effetti (v. tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 1993, n. 891; Consiglio di Stato sez. IV, 1/2/2001, n. 398 e v. di recente sull'annuale provvedimento regionale di adozione del calendario venatorio Tar Toscana n. 848/2020 e Tar Calabria n. 1470/2020).

Si badi che neppure l'Amministrazione resistente ha eccepito la sopravvenuta carenza di interesse. Nella specie, stante -) il permanere dello stato di emergenza per effetto della pandemia del Covid-19, -) le plurime intervenute ordinanze di sospensione da parte dei Sindaci della didattica sia prima che dopo l'intervento regionale, alcune delle quali riprendono pedissequamente la motivazione

regionale (quelle impugnate sono state sospese con decreti cautelari del Presidente del Tar nn. 632, 637, 640, 641, 649, 656, 657, 658), -) la possibile reiterazione di nuove ordinanze anche da parte della Regione al termine della naturale sospensione del servizio scolastico per le festività natalizie legittima ed anzi richiede, anche alla luce dei plurimi interessi costituzionali coinvolti, la necessità della verifica della legittimità del provvedimento emesso.

Tale verifica in termini di rispetto del quadro normativa e di riscontro dei presupposti di fatto e logicità, non è ultroneo rammentare, sarà eventualmente più rigorosa ove i nuovi provvedimenti intervengano a seguito dell'inserimento progressivamente attenuato della valutazione del rischio della circolazione del virus in Calabria con il passaggio da zona rossa (come al tempo dell'ordinanza impugnata) in zona dapprima arancione e poi gialla.

2. Ciò premesso in punto di rito, può passarsi al merito della controversia.

È portata all'attenzione del Tribunale la legittimità di ordinanza di sospensione di tutte le attività scolastiche in presenza delle scuole di ogni ordine e grado dal 16 al 28 novembre 2020 emessa dal Presidente f.f. della Regione Calabria ai sensi dell'art. 32, comma 3 l. n. 833/ 1978 che stabilisce il potere del Presidente della Giunta regionale di adottare ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene, sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa alla Regione.

L'impugnazione si inquadra nel grave momento che attraversa la Nazione per effetto della pandemia in atto e che legittima il frequente esercizio ("doloroso" e gravoso) di poteri straordinari dagli organi politici di vertice a tutela della salute con limitazione di libertà ed altri diritti, situazione da cui scaturiscono ora controversie giurisdizionali tra diversi livelli di governo, pur chiamati ad agire secondo il principio di leale collaborazione, ora, come nella specie, a controversie giurisdizionali tra gruppi di cittadini rappresentativi di (almeno parte di) classi più estese di essi ed Amministrazioni.

Premessa la palese infondatezza del primo motivo di ricorso - essendo certamente competente nella specie il Vicepresidente ad adottare il potere di ordinanza presidenziale di cui all'art. 32 l. n. 833/1978 stante il combinato disposto degli artt. 35 co. 3, 35 dello Statuto e 31 del Regolamento Consiglio Regionale, a mente del quale il Vicepresidente sostituisce il Presidente in caso di impedimento e ciò anche nel caso di impedimento permanente, per come è avvenuto con la morte del Presidente Santelli, cui consegue lo scioglimento del Consiglio e la permanenza della Giunta in regime di *prorogatio* per l'adozione degli atti necessari ed urgenti fino alla proclamazione del nuovo Consiglio, cfr. Corte Costituzionale, 22/11/2016, n. 243 - e del terzo motivo di censura - essendo evidente che l'istruttoria del servizio veterinario ex L.R. n. 30/1984 sia necessaria solo quando l'ordinanza ex l. n. 833/1978 sia adottata in materia di polizia veterinaria - attenzione particolare deve dedicarsi alla disamina del secondo motivo di impugnazione ove si lamenta la violazione delle fonti primarie vigenti per l'emergenza Covid -19, la violazione del diritto all'istruzione di cui all'art. 34 Cost., l'eccesso di potere per *deficit* motivazionale, erronea valutazione dei presupposti e dei fatti, sproporzionalità e contraddittorietà tra atti.

La disamina deve essere preceduta dal rammentare presupposti e limiti di un potere di tal fatta, utili a condurre il sindacato richiesto dai ricorrenti.

Come noto, tali ordinanze, espressione di un potere amministrativo *extra ordinem*, costituiscono straordinarie previsioni per casi eccezionali ed imprevedibili di pericolo di lesione imminente e

grave a preminenti interessi generali di rilevanza costituzionale, situazioni atipiche per i quali il legislatore non può configurare “a monte” poteri di intervento tipici.

Dunque, mentre in via ordinaria il potere di emanare atti amministrativi soggiace al rispetto del principio di legalità “sostanziale” (v. per tutte, proprio in relazione al potere di emettere le ordinanze in parola Corte Cost. n. 115/2011), a mente del quale la norma nel prevedere un potere amministrativo per la tutela di un certo interesse deve determinarne anche contenuto e modalità per evitare l'assoluta indeterminatezza di quanto attribuito all'autorità amministrativa, nelle ipotesi “emergenziali” l'ordinamento, in deroga al principio di legalità sostanziale, conferisce poteri innominati prevedendo soltanto l'Autorità competente ad emanarle e gli interessi cui essi sono preordinati.

È costante la giurisprudenza (prolifica per lo più per le ordinanze del Sindaco ex artt. 50 e 54 Tuel, le cui affermazioni sono valide anche per il potere regionale in esame), pertanto, nell'affermare che *“trattandosi di manifestazione di un potere residuale e atipico, a rischio di frizione con il principio di legalità dell'azione amministrativa, il suo esercizio legittimo è condizionato dall'esistenza dei presupposti tassativi, di stretta interpretazione, di pericolo per l'igiene, la sanità [...], pericolo che deve essere peraltro dotato del carattere di eccezionalità tale da rendere indispensabile interventi immediati ed indilazionabili”* (v. tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2010, 868; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 15 ottobre 2012, n. 2006; Tar Campania, Napoli, sez. V, 13 giugno 2012, 2799; Tar Sardegna, sez. I, 30 novembre 2012, n. 1080; Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2012, n. 904).

Consegue alla *ratio* della loro previsione che condizioni per l'adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente sono la *sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari* apprestati dall'ordinamento, *la provvisorietà e la temporaneità dei suoi effetti e la proporzionalità del provvedimento*; non è, quindi, legittimo adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della [salute]; aggiungasi che tale potere di ordinanza presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di *pericolo effettivo*, la cui sussistenza deve essere suffragata da *istruttoria adeguata e da congrua motivazione*, poiché solo in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, a chiusura del sistema, di tale tipologia provvedimento (tra le tantissime Consiglio di Stato, sez. V, 29/05/2019, n. 3580; Consiglio di Stato, sez. VI, 29/04/2019, n. 2696; Consiglio di Stato, sez. V, 21/02/2017, n. 774; Consiglio di Stato, sez. V, 04/02/2015, n. 533; Cons. St. sez. V, 3 giugno 2013, n. 3024; Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2013, n. 3007; Cons. St., sez. V, 25 maggio 2012, n. 3077, e da ultimo Cons. Stato, Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474 oltre la dottrina che se ne è occupata).

Ancora, pur in presenza di tale ampiezza di poteri, al limite “formale” (la motivazione e l'adeguata istruttoria) si aggiunge il rispetto di rigorose garanzie sostanziali costituite dai *principi generali dell'ordinamento* (v. Consiglio di Stato, sez. VI, 15/11/2016, n. 4705; Consiglio di Stato, sez. IV, 26/09/2013, n. 4817; Consiglio di Stato, sez. IV, 28/10/2011, n. 5799; Consiglio di Stato, sez. V, 02/04/2001, n. 1904).

La condizione della competenza ed il limite dei principi generali dell'ordinamento giuridico implicano, per lo specifico profilo qui rilevante, per le ordinanze straordinarie la necessità del

rispetto della ripartizione delle competenze in materia di potestà legislativa, regolamentare ed amministrativa tra Stato, Regioni ed Enti Locali prevista dagli artt. 117 e 118 Cost., non potendo, infatti, un organo di governo *sub* centrale adottare provvedimenti *extra ordinem* in settori di competenza statale a meno che non esista una norma che a ciò espressamente l'autorizzi in via del tutto eccezionale, come, ad esempio, l'art. 54 del D.Lgs. n. 267/2000 (così Tar Catania, 6.8.2018, n. 1671).

3. Il rilievo in punto di diritto impone, dunque, in prima battuta, la verifica delle condizioni di esercitabilità del potere regionale ed in via logicamente successiva la verifica della legittimità delle modalità del suo esercizio.

3.1. Essendo il presupposto di esercizio dell'emanazione dell'ordinanza contingibile impugnata costituito dall'emergenza Covid-19, deve verificarsi, nello specifico, lo spazio consentito a siffatto potere dalla normativa nazionale dettata per tale emergenza a partire da d.l. 25 marzo 2020 n. 19 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35/2020 e seguito dai successivi interventi dei d.l. 16 maggio 2020, n. 33 convertito con modificazioni dalla l. n. 74/2020, d.l. 30 luglio 2020, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. n. 124/2020, dal d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla l. n. 159/2020 e da ultimo dal d.l. 2 dicembre 2020, n. 158, non ancora convertito (decreto questo non applicabile in quanto sopravvenuta al provvedimento impugnato), tutti recanti misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 (sulle giustificazioni costituzionali di tale legislazione nazionale si veda Tar Calabria – Catanzaro, 9 maggio 2020, n. 841).

L'art. 1 del d.l. n. 19/20 prevede, per quel che in questa sede rileva, che, allo scopo di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso, possono essere adottate una o più misure che, *secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*, possono prevedere, tra l'altro, la sospensione dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del d.lgs. 13 aprile 2017, n. 65, e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado (art. 1 co. 2 lett. p).

Lo strumento attuativo previsto dal decreto legge è stato individuato nei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (in sigla d.P.C.M.) sentiti i Presidenti delle Regioni interessate nel caso in cui le misure ivi previste riguardino esclusivamente una Regione o alcune Regioni, ovvero sentito il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale.

L'art. 3 del d.l., poi, dispone che *“Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le Regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive (per quanto qui di interesse) rispetto a quelle attualmente vigenti, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale”*.

Precisa il legislatore nazionale che *“le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”*, dunque, anche alle ordinanze di cui all'art. 32 l. n. 833/1978.

A sua volta il d.l. n. 33/19 nel prevedere, a decorrere dal 18 maggio 2020, la cessazione delle misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale, ha analogamente previsto che nelle "more" dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre (per quanto qui di interesse) misure derogatorie restrittive rispetto a quelle disposte dal D.P.C.M..

Tale potere, deve sottolinearsi, si trova previsto a seguito dell'incarico alle Regioni di monitorare con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e, in relazione a tale andamento, le condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale con obbligo di comunicazione giornaliera al Ministero della salute, all'Istituto superiore di sanità e al Comitato tecnico-scientifico.

All'epoca dell'adozione dell'ordinanza impugnata il D.P.C.M. attuativo delle norme primarie dell'emergenza era il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 novembre 2020 che, dopo avere previsto in via generale (art. co. 9 lett. s) per tutto il territorio nazionale la conferma dell'ordinaria erogazione dell'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia e per il primo ciclo di istruzione (articolato come noto nella scuola primaria e nella scuola secondaria di primo grado), diversamente in relazione alle aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto (cd. zone rosse) come la Calabria, per effetto dell'Ordinanza del Ministro della Salute del 4 novembre 2020, prevedeva all'art. 3, comma 4, lett. f) in via più restrittiva "lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65 e del [solo] primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado".

Appare opportuno rammentare che tali previsioni hanno trovato conferma senza modificazione nel successivo D.P.C.M. del 3 dicembre 2020.

Estremamente puntuale risulta, dunque, la regolamentazione da parte dell'Autorità statale dello svolgimento della didattica con riconosciuto potere di adozione di interventi regionali più restrittivi solo in relazione a *specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario* verificatesi nel loro territorio e con limitazione di efficacia temporale di tali interventi sino alla adozione del successivo d.P.C.M. (nello stesso senso Tar Torino, 12/12/2020, n. 834 che sottolinea il carattere di "cedevolezza" dell'ordinanza regionale rispetto alla decretazione del Presidente del Consiglio dei Ministri).

La rassegnata ricostruzione delle fonti consente, dunque, anzitutto di affermare che lo spazio di adottabilità delle ordinanze regionali di cui all'art. 32 l. n. 833/1978, già di per sé ristretto, trova ulteriori limiti di margine di esercizio dato *in primis* dalla precipua situazione di aggravamento del rischio sanitario sul territorio regionale.

4. All'esame "in astratto" delle coordinate normative, deve ora seguire il vaglio in concreto da parte del Tribunale del terzo motivo del ricorso alla luce dell'impianto motivazionale dell'ordinanza impugnata.

In essa il Presidente della Regione Calabria, preso atto dell'entrata in vigore del DPCM del 3.11.2020 e dell'inserimento della Regione nelle aree con scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto (cd. zona rossa):

1) premette che “...- è indispensabile dare piena esecuzione a tutte le limitazioni fissate dalle normative nazionali e regionali vigenti, al fine di limitare ogni forma di spostamento non ritenuta essenziale e rallentare la curva di crescita del contagio; - è necessario ridurre le occasioni di spostamento delle persone fisiche per attività attualmente consentite, tra i quali gli spostamenti per assicurare l'attività didattica in presenza di cui all'art. 3 comma 4 lettera f);

- è opportuno valutare, mediante un'attività di screening rapido mirato, il possibile impatto del contagio familiare rispetto alla frequenza delle attività didattiche, in presenza, dei bambini, partendo dalle scuole primarie”,

2) assume che “dalle ultime analisi epidemiologiche elaborate dal personale del Gruppo Operativo dell'Unità di Crisi Regionale si registra un incremento nei valori di tutti gli indicatori di allerta quali: nuovi casi confermati; casi attivi; soggetti isolati a domicilio; ricoverati in reparti area medica; ricoverati in terapia intensiva; deceduti;

- in particolare, il valore in aumento della variabile “nuovi casi confermati negli ultimi 14 giorni per 100.000 abitanti” - che per valori superiore a 60 è tra i criteri di allerta individuati dall'ECDC - risulta essere di oltre 15 volte più grande, con trend in crescita, rispetto al valore registrato nel periodo di settembre, in cui si era mantenuto stabile. Lo stesso indicatore - sebbene ancora il più basso fra tutte le regioni - può ragionevolmente considerarsi in stretta correlazione con la ripresa delle attività scolastiche di ogni ordine e grado nei singoli territori regionali;

- nella riunione tecnica tenutasi in data 13 novembre 2020 con i Direttori dei Dipartimenti di Prevenzione delle Aziende Sanitarie Provinciali, è stata rappresentata, da questi, la problematica connessa ai numerosi contagi di studenti e operatori scolastici, che rischia di determinare un continuo aumento della diffusione epidemica, atteso che le scuole, soprattutto quelle dell'infanzia e primarie, rappresentano un luogo di aggregazione in cui il rispetto del distanziamento interpersonale è complicato e la possibilità di trasmissione del contagio di origine domiciliare è amplificata;

- in numerosi ambiti territoriali i Sindaci – soprattutto delle città capoluogo di provincia - hanno, con propri provvedimenti, disposto la sospensione delle attività didattiche in presenza, di ogni ordine e grado;

- studi scientifici internazionali evidenziano come la sospensione delle attività scolastiche possa nel medio periodo ridurre tra il 15 ed il 24 % la capacità di riproduzione del virus”;

3) conclude disponendo, in quanto misura ritenuta necessaria per ridurre l'incidenza di nuovi casi e migliorarne la gestione e la sorveglianza, la sospensione sull'intero territorio regionale della didattica in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado, con ricorso alla didattica a distanza e l'avvio di offerta dello screening gratuito, mediante tampone rapido antigenico, ai genitori degli alunni che frequentano la scuola primaria e la scuola dell'infanzia, da effettuarsi a cura della Aziende Sanitarie Provinciali.

Ebbene, il provvedimento impugnato, anche alla luce dell'assoluto difetto di produzione documentale da parte della Amministrazione resistente (ad es. delle richiamate analisi epidemiologiche elaborate dal personale del Gruppo Operativo dell'Unità di Crisi Regionale e del verbale della richiamata riunione del 13 novembre 2020 con i Direttori dei Dipartimenti di Prevenzione delle Aziende Sanitarie Provinciali o di altri atti delle autorità sanitarie antecedenti l'adozione dell'ordinanza n. 87), soffre per più profili delle illegittimità censurate.

4.1. Si riscontrano, in primo luogo, in via congiunta per la loro interconnessione, le censurate violazioni delle fonti primarie vigenti per l'emergenza Covid dd.ll. nn. 19 e 33/2020,

di *deficit* motivazionale, difetto di istruttoria, erronea valutazione dei presupposti e dei fatti, perplessità/contraddittorietà.

Innanzitutto, il Provvedimento regionale non dà specificamente conto di quelle precipue specifiche situazioni sopravvenute rispetto al DPCM del 3.11.2020 di aggravamento del rischio sanitario nel territorio regionale che da un lato legittimano l'intervento in termini più restrittivi del quadro statale e che dall'altro ne condizionano l'esercizio (v. al contrario molteplicità dati riportati in motivazione e produzione della Regione Piemonte nel giudizio terminato con il rigetto dell'impugnazione regionale con la sentenza citata del Tar Torino n. 834/2020).

L'Autorità Regionale calabrese pur ammettendo che, alla data di adozione dell'ordinanza, il valore di incidenza (per 100.000 abitanti) e numero di casi Covid-19 è *"il più basso"* tra tutte le Regioni italiane, in termini assiomatici inferisce il noto dato dell'incremento dei contagi alla ripresa delle attività scolastiche di ogni ordine e grado, senza tener conto nel giudizio eziologico, da un lato, del legame evidenziato da tutti gli scienziati della correlazione dell'aumento della circolazione del *virus* al passaggio dalla stagione estiva a quella autunnale e senza, dall'altro lato, in nessun modo considerare che alla data del 14.11 già da 9 giorni era in atto l'effetto di contenimento della chiusura governativa delle classi II[^] e III[^] della secondaria di primo grado (cd. scuola media) e di tutte quelle di secondo grado, classi frequentate da popolazione scolastica che, per quanto insegna la comunità scientifica, è interessata da percentuali di contagio più elevata e dall'essere possibile causa di veicolo della epidemia per l'eventuale uso dei mezzi pubblici e per comportamenti extra scolastici ben più rilevanti che non nella popolazione 3-11 anni.

L'unico dato istruttorio di tipo medico riferito a questa ultima classe di allievi risulta quello attinente alla riunione con i Direttori dei Dipartimenti di Prevenzione delle Aziende Sanitarie Provinciali che hanno riportato non già indicazioni di coefficienti e/o percentuali di contagio riferibili ad alunni e operatori scolastici, ma esclusivamente la mera rappresentazione della *"problematica"* connessa ai numerosi contagi di studenti e operatori scolastici (v. decreto Presidente Tar) così che le scuole dell'infanzia e primarie *"rappresentano un luogo di aggregazione in cui il rispetto del distanziamento interpersonale è complicato e la possibilità di trasmissione del contagio di origine domiciliare è amplificata"*: tale elemento, anche nel difetto di apposita documentazione, risulta generico e non apporta un dato di specifico rischio territoriale legittimante l'intervento aggravativo della Regione.

In particolare, nessun dato di contagio risulta essere stato fornito dalla P.A. resistente con riferimento alla popolazione scolastica 3-11 anni dall'avvio della scuola del 24 settembre alla data del 14.11, né si è tenuto in conto dell'efficacia delle misure della quarantena delle classi secondo i protocolli nazionali né sono stati acquisite informazioni o valutazioni da parte dei dirigenti degli istituti scolastici o dell'ufficio scolastico regionale.

Il riportato esito della riunione non ha, dunque, fornito la *"fotografia istruttoria"* di *specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario* relativa agli allievi più piccoli, ma costituisce, in assenza di dati specifici, una mera valutazione delle Asp di chiusura *"precauzionale"* che va a sovrapporsi a quelle già compiute dalla Autorità statale cui, secondo l'impianto normativo citato, è riservata la competenza, anche in ragione della possidenza di plurime e più attrezzate competenze.

La valutazione, tra l'altro, non tiene in nessun conto delle minuziose (e costose) misure adottate dalla Scuola proprio per prevenire e contenere il contagio (v. Documento per la pianificazione delle

attività scolastiche, educative e formative in tutte le Istituzioni del Sistema nazionale di Istruzione per l'anno scolastico 2020/2021, adottato dal Ministro in data 26 giugno 2020; Documento tecnico approvato in data 28 maggio 2020 dal Comitato Tecnico Scientifico insediato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri per la gestione dell'emergenza epidemica, cui fa rinvio il c.d. piano scuola 2020/2021 per ciò che concerne le misure contenitive e organizzative e di prevenzione e protezione da attuare nelle singole istituzioni scolastiche per la ripartenza; delle Indicazioni operative per la gestione di casi e focolai di SARS-CoV-2 nelle scuole e nei servizi educativi dell'infanzia, elaborato dall'Istituto Superiore della Sanità in data 28 agosto 2020 all'esito dei lavori del gruppo di lavoro con Ministero della Salute, Ministero dell'Istruzione, INAIL, Fondazione Bruno Kessler, Regione Emilia-Romagna, Regione Veneto e del protocollo di intesa stipulato con le organizzazioni sindacali in data 6 agosto 2020).

Infine nessuna valenza dirimente può essere conferita alla citazione di uno studio internazionale (non specificato tra i tanti pubblicati) da parte del Presidente della Regione, proprio in quanto la valutazione generale dei termini di chiusura delle scuole è stata compiuta dal Governo sulla base di competenze, dati e valutazione del Comitato tecnico scientifico, del Ministero della salute e dell'Istituto superiore di sanità, mentre lo studio nulla apporta alla specifica situazione calabrese.

4.2. Che la situazione calabrese non fosse poi dalla Regione ritenuta preoccupante nei massimi termini è, peraltro, evidenziato dalla circostanza, riportata e documentata dai ricorrenti, dell'aver la Regione impugnato l'ordinanza del Ministero della Salute che la qualificava zona rossa (v. decreto cautelare 6829/2020 del Tar Lazio e successivamente ordinanza n. 7157/2020 in r.g. n. 9106/2020).

4.3 La motivazione dell'ordinanza impugnata che conduce a chiusura generalizzata è, ancora, carente nell'analisi delle difformità dei diversi territori (in particolare tra grandi e piccoli centri), nel non considerare che -) anche nei grandi centri calabresi l'utilizzo dei mezzi pubblici da parte degli allievi di asili, elementari e prima media è estremamente ridotta, -) che la fruizione della didattica a distanza per i bambini è estremamente difficoltosa -) che essa sconta anche il *deficit* di digitalizzazione di parte della popolazione e di limiti di connettività a parti del territorio (v. depositata delibera del Consiglio Regionale della Calabria n. 9 del 26 maggio 2020, pag. 50 che pone in luce i limiti della digitalizzazione in ambito scolastico – doc. 15 fasc. ricorrenti).

5. Devono in ultimo affrontarsi i profili di censura di difetto di proporzionalità e di violazione dell'art. 34 Cost.

È a tutti noto che il diritto alla salute – unico ad essere anche dichiarato anche interesse della collettività – sia al vertice della scala dei valori costituzionali, in quanto consente la fruizione di libertà e diritti protetti dalla Costituzione, ma il diritto all'istruzione viene “poco dietro” in quanto permette l'accesso al lavoro su cui la Repubblica è fondata e perché è strumento ex art. 3 co. 2 Cost. con cui lo Stato, specie in ipotesi di territori più svantaggiati, rimuove le disuguaglianze, “*gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”.

Anzi, a rigore, la Corte Costituzionale ha precisato che l'essere il diritto alla salute primario non significa che abbia “carattere preminente” rispetto a tutti i diritti della persona in quanto a sommità di un ordine gerarchico assoluto, ma solo che la salute non possa essere sacrificata ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati.

Infatti, per come ha più volte ripetuto la Consulta *“Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”* *“Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”*. Ne consegue *“un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”* ed *“Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati”* (v. sentenze Corte Cost. n. 85 del 2013, n. 264 del 2012 n. 63 del 2016). Dunque, anche sul piano dell’intervento amministrativo in ipotesi di conflitto tra i diritti in parola l’esito non è di necessaria ed automatica soccombenza dell’istruzione a danno della salute, ma in primo luogo di bilanciamento con praticabilità di adozione di misure di contemperamento e solo a fronte di impossibilità di tale *“mediazione”* la soccombenza del diritto all’istruzione (in presenza) è ammissibile.

Il bilanciamento per la comunità scolastica degli allievi tra i 3 e gli 11 anni nelle zone rosse è stato effettuato ragionevolmente e proporzionalmente dallo Stato e la Regione non ha offerto un quadro di ulteriore picco della propagazione del virus in tale comunità che possa giustificare la restrizione della didattica in presenza.

Neppure l’avanzamento della tutela riconosciuto al diritto alla salute tramite il principio di precauzione (art. 191, Par. 2 Trattato FUE, art. 301 codice dell’ambiente, 107 del Codice del consumo), che consente l’intervento tutorio da parte di legislatore ed Amministrazione a fronte di solo rischi di danno, può essere invocato oltre ogni limite: l’intervento in precauzione deve caso essere adottato solo all’esito dell’esame dei vantaggi e degli oneri risultanti dall’azione o dall’assenza di azione e deve essere proporzionale e non discriminatorio (v. Corte di Giustizia UE, Sex I, 9 giugno 2016, n. c-78/16 e C-79/16; Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 e v. la sopra citata Corte Cost. 85/2013).

L’intervento amministrativo in precauzione presuppone, dunque, 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, all’esito dell’analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti (così Consiglio di Stato, sez. III, 03/10/2019, n. 6655; sez. V, 27/12/2013, n. 6250).

La Regione prescegliendo la strada del *“rischio zero”* per la comunità scolastica più giovane in esito ad istruttoria sommaria e carente in punto di specifica situazione di rischio - tra l’altro senza accompagnare la scelta a concorrenti misure di restrizione di sorta per le comunità adulte ove il virus circola maggiormente - ha certamente violato il parametro della proporzionalità: la sospensione del servizio scolastico in presenza, il cui rischio risulta già sotto controllo con le misure nazionali in atto, ha leso oltre misura il diritto all’istruzione per i cittadini più giovani arrecando non solo pregiudizio formativo, ma anche psicologico, educativo e di socializzazione (v. i rischi evidenziati dalla Società Italiana Pediatri) essendo la loro personalità in via di costruzione, costruzione che la Costituzione vuole avvenga anche ed obbligatoriamente nella *“formazione sociale”* della Scuola.

La deroga regionale alla scelta governativa di preservare la didattica in presenza almeno per gli studenti tra i 3 e gli 11 anni deve essere ricordato, infine, vada particolarmente meditata in territori in cui, per possibili depressione economica, divario digitale e fenomeni criminali, la frequentazione della Scuola ha un valore ancor più fondamentale.

6. Per gli interessi in gioco e per il comportamento della Regione successivo al decreto cautelare monocratico sussistono giusti motivi per la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, così provvede:

- 1) Accoglie il ricorso e per l'effetto annulla l'ordinanza impugnata nel capo relativo alla chiusura delle scuole;
- 2) Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

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 minori, dei soggetti esercenti la potestà genitoriale o la tutela e di ogni altro dato idoneo ad identificare i medesimi interessati riportato nella sentenza.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Francesca Goggiamani, Referendario, Estensore