

Publicato il 14/12/2020

N. 00649/2020 REG.PROV.CAU.
N. 01506/2020 REG.RIC.



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

Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

Il Presidente

ha pronunciato il presente

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 1506 del 2020, proposto da
-OMISSIS-, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Pitaro, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Crotona in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso
dall'Avv. Vittoria Sitra, dell'Avvocatura dell'Ente, in forza di procura in calce al
presente atto, ed elettivamente domiciliati in Crotona presso la sede del palazzo
comunale in Piazza della Resistenza, n.1;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia, anche ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

dell'ordinanza n. 2653 del 07.12.2020, avente ad oggetto: «Misure per la
prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai sensi
dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, in materia di igiene e

sanità pubblica. Sospensione delle attività scolastiche in presenza dal 09.12.2020 al 22.12.2020»

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista la memoria di costituzione del Comune di Crotona;

Considerato che le eccezioni in rito formulate devono essere respinte atteso ch :

-quanto a quella di difetto di legittimazione attiva e di carenza di interesse a ricorrere, va rilevato che i ricorrenti hanno depositato dichiarazioni sostitutive nelle quali viene certificato il rapporto di genitorialit  e la scuola frequentata dal minore nella citt  di Crotona;

-quanto a quella inerente l'omessa notifica ad almeno un controinteressato,   da escludere che nel caso di ricorso proposto per l'annullamento di un'ordinanza contingibile e urgente siano configurabili soggetti controinteressati nei confronti dei quali occorra a pena di inammissibilit  instaurare il contraddittorio; ci o finanche nell'ipotesi in cui la testuale menzione nel preambolo dell'impugnato provvedimento di soggetti nominativamente indicati renda palese che costoro sono titolari di un interesse di fatto, atteso che quest'ultimo potrebbe al pi  legittimare un intervento ad opponendum ma non conferisce la qualit  di controinteressato in senso tecnico spettando essa non a chiunque riceva, in senso lato, un beneficio dal provvedimento, ma solo al soggetto il cui soddisfacimento costituisca la funzione tipica e legale dell'atto (TAR Calabria, Catanzaro, I, 7/10/19 n. 1647)). In ogni caso per identificare il controinteressato nel processo amministrativo occorre l'identificazione diretta nel provvedimento di un soggetto la cui posizione   opposta a colui che agisce nel processo (cfr. Cons. Stato, VI, 23/10/20 n.6449);

Viste le disposizioni di cui al DPCM del 3/12/20 quelle del Ministero dell'Istruzione e della Regione Calabria e ci o:

-l'articolo 3 comma 4 lettera f) del DPCM con cui si ribadisce lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del D.Lgs. 13 aprile 2017 n.65 e del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado”, per le aree di contagio caratterizzate da uno “scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto”;

-l'articolo 1 (misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale) comma 9 lettera s) del medesimo Decreto, secondo cui la “attività didattica ed educativa per i servizi educativi per l'infanzia, per la scuola dell'infanzia e per il primo ciclo di istruzione continua a svolgersi integralmente in presenza”;

- il cd. protocollo COVID e D.M. n.39 del 26/6/20 di approvazione del Piano Scuola 2020/21 nonché la circolare citata in ricorso a pagina 5, configuranti modalità di gestione dell'impatto epidemico, sia a livello di prevenzione del rischio e sia in relazione ad eventuali casi di contagio riscontrati in ambito scolastico, volte a contemperare l'emergenza con l'ordinaria attività didattica in presenza per gli alunni in questione proprio al fine di prevenire il blocco delle attività didattiche in presenza a carico addirittura di interi istituti;

- l'ordinanza regionale n.90 del 29 novembre 2020, il Presidente f.f. della Regione Calabria ha, al punto 7 della stessa, <<confermato l'utilizzo dello screening gratuito, mediante tampone rapido antigenico, per le situazioni di necessità che dovessero manifestarsi all'interno del contesto scolastico>>;

Considerato pure l'inserimento della Calabria prima dal 29/11 u.s. in zona arancione (rischio medio-alto), -la quale consente la ripresa delle lezioni in presenza anche degli alunni di seconda e terza media- e, dalla giornata del 13 dicembre 2020 -per effetto della O.M. Salute dell'11/12/2020- in zona gialla (rischio medio) con ulteriore allentamento delle restrizioni in alcuni ambiti di attività (in particolare, cessa, ai sensi dell'art. comma 1 lettera b, l'applicazione

delle misure restrittive di cui all'art.2 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 3 dicembre 2020);

Considerato che il potere di ordinanza contingibile e urgente dei Sindaci non può essere utilizzato ad libitum, ma che i presupposti, finalità e limiti del potere di ordinanza d'urgenza rimangono quelli ordinari e cioè unicamente al fine di fronteggiare con immediatezza sia una situazione di natura eccezionale ed imprevedibile, sia una condizione di pericolo imminente al momento dell'adozione dell'ordinanza (cfr. da ultimo e tra le molte, Cons. Stato, Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474);

Considerato che il Sindaco di Crotone, nel preambolo motivazionale dell'atto impugnato, indica fra le circostanze giustificative del proprio intervento quanto segue: -“costante aumento di casi di positività in tutto il territorio provinciale”; - assenza di autosufficienza da parte dell'ASP di Crotone nella processazione dei tamponi molecolari eseguiti con “conseguenti lungaggini” che inducono a ritenere sottostimato il dato epidemiologico su base provinciale; -conseguente ritardo nell'adozione di provvedimenti restrittivi a carico di soggetti che, pur positivi, possono, nelle more, essere veicolo di contagio; - la parimenti conseguente assenza di un “quadro chiaro ed attualizzato in ordine alla presenza di focolai” all'interno delle scuole cittadine, “non agevolmente rilevabile nemmeno a livello presuntivo”, data la presenza di soggetti asintomatici; -l'esito di una riunione istruttoria in videoconferenza –con i competenti assessori, dirigenti scolastici, dipartimento prevenzione ASP e rappresentanze dei genitori presso le scuole- conclusasi con la decisione di “ridurre i rischi di contagio negli ambienti scolastici” mantenendo “per un ulteriore periodo” la didattica a distanza; in data 7/12/20 il comune di Crotone ha accertato tra la popolazione scolastica (tra i 5 e i 12 anni) 26 casi positivi e che tale dato, indipendentemente dalla causa e dal luogo di insorgenza della patologia va rapportato alla “capacità di contagio” all'interno delle scuole;

Considerato che le disposizioni statali citate, almeno in parte, in premessa, nonché quelle di carattere legislativo presupposte (cfr. d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. con mod. con l. 22 maggio 2020, n. 35, per come risultante dai successivi interventi modificativi e interpolativi prodotti dal d.l. maggio 2020, n. 33, conv. con mod. con l. 14 luglio 2020, n. 74, dal d.l. 30 luglio 2020, n. 83, conv. con mod. con l. 25 settembre 2020, n. 124, e dal d.l. 7 ottobre 2020, n. 125.) rappresentano il sistema stesso di risposta all'emergenza, con l'adozione di misure di mitigazione del rischio epidemico via via più restrittive a seconda della concreta situazione del territorio regionale, invernanti tutte assieme un paradigma ordinamentale -di cui i decreti governativi rappresentano la manifestazione più tangibile sul piano esecutivo- preordinato proprio ad evitare quel "vuoto" regolatorio che viceversa è alla base dell'esercizio del potere di ordinanza contingibile e urgente il quale pertanto non può sovrapporsi all'intervento normativo emergenziale statale e deve semmai, pur con il limite del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale, essere esercitato in presenza degli stringenti presupposti prima evidenziati e di specifiche esigenze locali la cui improvvisa insorgenza non sia stata considerata dalle misure adottate su scala nazionale e regionale;

Considerato che comunque il pur difficile bilanciamento fra diritti di rango costituzionale quale quello alla salute e all'istruzione non possa trovare un punto di equilibrio in un mero, astratto automatismo di prevalenza del primo sul secondo, prescindendo cioè dal doveroso previo accertamento dell'esistenza d'un effettivo conflitto fra essi non risolvibile che con la soccombenza di quello all'istruzione ma solo dopo avere valutato l'assenza di qualsiasi misura di contemperamento;

Ritenuto altresì che il principio di precauzione, espressione del diritto alla salute, debba essere contemperato con quello di proporzionalità che impone misure congrue rispetto al livello prescelto di protezione e un'analisi dei vantaggi e degli

oneri derivanti dalle stesse atteso che esse possono trovare applicazione solo se strettamente necessarie;

Considerato che in definitiva le problematiche sollevate nell'ordinanza impugnata, sono, in buona parte, non dissimili da quelle che toccano anche altre consistenti parti territoriali del Paese e che fra dette problematiche certamente ricorre il ruolo della scuola il cui "peso" all'interno delle dinamiche di diffusione del contagio è però oggetto di discussione anche nella comunità scientifica senza trascurare che, ciò non di meno, le scelte -ripetesi, interne alle finalità emergenziali perseguite- operate a livello statale sono costantemente orientate nel senso di garantire la didattica in presenza dalle materne alla prima media anche per i territori caratterizzati da rischio più grave;

Ritenuto, anche sulla base dei dati forniti dai ricorrenti in apposite tabelle (dati ISTAT su popolazione in età compresa fra 5 e 12 anni in Crotona, equivalente a poco meno di 5.000 unità e dati inerenti la percentuale di incidenza a livello provinciale dei contagi esibita dai ricorrenti alle pagg. 7 e 8 del ricorso, da cui si evince che la provincia di Crotona presenta dati non diversi da quelli delle altre province calabresi) alle quali l'amministrazione non ha opposto dati più precisi, che i 26 casi positivi rinvenuti nella popolazione scolastica interessata rappresentano un dato estremamente ridotto, senza dire che la causa del contagio sulla base della stessa istruttoria effettuata dal Comune, non è con certezza correlabile con la frequenza scolastica;

Considerato che a pagina 9 del gravame i ricorrenti ricordano come le misure di contenimento vigenti su scala nazionale indicano già i comportamenti cautelativi da adottare in caso di soggetti sottoposti a tampone per avere avuto un "contatto stretto" anche in caso di individuo in qualsiasi modo riconducibile all'ambiente scolastico (utente o dipendente);

Ritenuto pertanto che l'indiscriminata chiusura di tutte le scuole sul territorio del Comune di Crotona, sganciata pure dal citato dato dei 26 positivi, rappresenti

una misura non proporzionata e viziata da una istruttoria insufficiente e comunque non rispettosa dei principi giuridici richiamati nei capoversi che precedono;

Ritenuto che eventuali problematiche di concreta agibilità degli edifici scolastici, ai fini dello svolgimento della didattica in presenza, derivanti dal recente evento alluvionale che ha interessato anche la città di Crotone ben possono essere oggetto di separati, autonomi –rispetto al profilo epidemico- interventi da parte del Comune con gli strumenti previsti dalla legge;

Ritenuto che il periculum in termini di pregiudizio inerente il diritto allo studio, contrariamente a quanto ritenuto dalla difesa del Comune, sussista avuto riguardo:

-al fatto che, come osservato dai ricorrenti senza, sul punto, contestazione di controparte, la didattica in frequenza è da settimane preclusa in dipendenza di pregresse ordinanze adottate dalla metà del mese scorso e il numero di giorni che ancora manca prima della sospensione per le festività natalizie e di fine anno è da considerarsi non trascurabile;

-in ogni caso deve ribadirsi il dato inerente la sostanziale esclusione dal sopra richiamato diritto alla istruzione di quanti, fra gli studenti teoricamente avviati alla D.A.D., subiscono il cd. divario digitale, connesso a problematiche certo estranee alle problematiche sanitarie in atto, ma di cui appare doveroso tenere conto.

P.Q.M.

Accoglie la suindicata istanza di misure cautelari monocratiche provvisorie e per l'effetto sospende l'atto impugnato.

Fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 13 gennaio 2021.

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

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 nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone dei ricorrenti.

Così deciso in Catanzaro il giorno 14 dicembre 2020.

Il Presidente
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO

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