

Publicato il 13/01/2021

N. 00032/2021 REG.PROV.CAU.

N. 00030/2021 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 Lombardia

(Sezione Prima)

Il Presidente

ha pronunciato il presente

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 30 del 2021, proposto da -OMISSIS- -OMISSIS- in proprio e in qualità di genitori della minore -OMISSIS- nonché di rappresentanti del Comitato denominato “AScuola”, -OMISSIS- in proprio e in qualità di genitori del minore -OMISSIS-, -OMISSIS- in proprio e in qualità di genitori del minore -OMISSIS-, -OMISSIS- in proprio e in qualità di genitore del minore -OMISSIS-, -OMISSIS- in proprio e in qualità di genitori del minore -OMISSIS-, -OMISSIS- in proprio e in qualità di genitore della minore -OMISSIS-, -OMISSIS- in proprio e in qualità di genitori della minore -OMISSIS-, -OMISSIS- in proprio e in qualità di genitori della minore -OMISSIS-, tutti

rappresentati e difesi dagli avvocati Angela Francesca Canta, Eva Maschietto ed Elena Felici, nonché limitatamente ai ricorrenti -OMISSIS- e -OMISSIS- anche dagli avv.ti Carmen Leo, Stefano Nespor, Antonio Papi Rossi, Massimo Sanguini, Ruggero Tumbiolo, Stefano Bonatti e Federico Boezio, tutti con domicilio digitale eletto presso la PEC dell'avv. Eva Maschietto, come da Registri di Giustizia;

contro

Presidente della Giunta della Regione Lombardia, Regione Lombardia non costituiti in giudizio;

nei confronti

Comitato Tecnico Scientifico Covid-19 di Regione Lombardia, Istituto Superiore Severi Correnti, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute, Ministero degli Affari Regionali, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Ministero dell'Istruzione non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
-OMISSIS-, rappresentata e difesa in proprio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia e richiesta di emissione di decreto cautelare ai sensi dell'art.

56 c.p.a.,

dell'Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 676 dell'8 gennaio 2021, pubblicata sul BURL Supplemento n. 1 – venerdì 8 gennaio 2021, avente ad oggetto “Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della

legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica, dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 e dell'art. 1 comma 16 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33", e dei provvedimenti alla stessa preordinati e presupposti tra i quali la rappresentazione dell'opinione (o il parere, se esistente) del Comitato Tecnico Scientifico del 7 gennaio 2021 menzionato nell'Ordinanza ovvero degli altri organi "sentiti",

Visto il ricorso notificato e depositato in data 11 gennaio 2021 con i relativi allegati;

Vista l'istanza di fissazione udienza,

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dai ricorrenti ai sensi dell'art. 56 c.p.a.;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* proposto dall'avv. -OMISSIS- nell'interesse del minore di cui la stessa è affidataria, in forza di decreto n. -OMISSIS- del Tribunale dei minorenni di Milano;

Considerato che:

l'art. 1, primo comma, dell'ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 676 dell'8 gennaio 2021 ha disposto, per tutto il territorio regionale, il ricorso alla didattica a distanza per il 100% della popolazione studentesca degli istituti scolastici secondari di secondo grado e degli istituti formativi professionali di secondo grado, salvo quanto previsto al comma 2, in relazione alla possibilità di svolgere attività in presenza qualora sia necessario l'uso di laboratori o per mantenere una relazione educativa che realizzi l'effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali;

l'art. 2 dell'ordinanza prevede che le misure disposte abbiano efficacia dalla data dell'11 gennaio 2021 e fino al 24 gennaio 2021;

l'ordinanza richiama i dati relativi al monitoraggio dei casi Covid e, in particolare, le seguenti circostanze:

- l'incremento dei contagi e dei ricoveri ospedalieri registrati nei periodi dal 20 al 26 dicembre 2020 e dal 27 dicembre 2020 al 2 gennaio 2021;
- l'incremento medio giornaliero dei nuovi casi nei periodi suindicati;
- l'andamento epidemiologico in crescita con inizio precoce in particolare nella fascia di età 14-18 anni;
- il numero delle persone positive (53.969), delle quali 3363 in terapia non intensiva e 473 in terapia intensiva, con percentuale di occupazione rispettivamente al 28% e al 39% dei posti letto;
- l'incidenza cumulativa di 4916 casi per 100.000 abitanti;
- i dati emergenti dall'ultimo monitoraggio dell'ISS aggiornato al 5 gennaio 2021;

poste queste premesse e rilevato che le misure già adottate non hanno determinato un significativo contenimento dell'epidemia, l'ordinanza considera che:

- il trend dei contagi sul territorio rende necessaria l'adozione di urgenti misure restrittive specifiche finalizzate al contenimento della diffusione epidemiologica, limitando le occasioni di spostamento di studenti, docenti e personale ATA per attività didattiche in presenza;
- la ripresa dell'attività scolastica in presenza "comporterebbe probabili assembramenti nei pressi dei plessi scolastici", con correlato rischio di diffusione dei contagi in ambito familiare;

- la limitazione alla mobilità degli studenti consente di contenere il carico dell'utenza del trasporto pubblico locale e i rischi di congestionamento dei mezzi pubblici.

Ritenuto che:

- per il periodo compreso tra l'11 gennaio e il 15 gennaio 2021, risulta fondata la censura di incompetenza, in quanto il quadro normativo rilevante non attribuisce, per tale periodo, un potere di ordinanza alle Regioni;

Ritenuto, in particolare, che:

- l'art. 1 del d.l. n. 19/2020, conv. in l. 22 maggio 2020 n. 35, prevede che per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale, ovvero, sulla totalità di esso, possono essere adottate una o più misure tra quelle di cui al comma 2, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a cinquanta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 gennaio 2021;

- il successivo comma 2, lett. p), contempla, tra le misure adottabili, la “sospensione dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado, nonché delle istituzioni di formazione superiore, comprese le università e le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica, di corsi professionali, master, corsi per le professioni sanitarie e università per anziani, nonché dei corsi professionali e delle attività formative svolti da altri enti pubblici, anche territoriali e locali, e da soggetti privati, o di altri analoghi corsi, attività formative o prove di esame, ferma la possibilità del loro svolgimento di attività in modalità a distanza”;

- l'art. 2 del d.l. cit. attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la competenza ad adottare le misure di cui all'art. 1, compresa quella diretta a disporre la didattica a distanza;
- nondimeno, l'art. 3 del d.l. cit. stabilisce 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 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”;
- la norma ora indicata individua, quindi, una competenza regionale, condizionata alla mancata adozione dei DPCM previsti e limita l'efficacia delle eventuali misure regionali fino all'intervento dei DPCM stessi;
- in tale contesto, è intervenuto il d.l. n. 33/2020, conv. in l. 14 luglio 2020 n. 74, che all'art. 1, comma 13, stabilisce che “le attività dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, e le attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché la frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, comprese le Università e le Istituzioni di Alta Formazione Artistica Musicale e Coreutica, di corsi professionali, master, corsi per le professioni sanitarie e università per anziani, nonché i corsi professionali e le attività formative svolte da altri enti pubblici, anche territoriali e locali e da soggetti privati, sono svolte con modalità definite con provvedimento adottato ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del

2020”, con ciò confermando che le misure in questione, relative alla didattica, sono rimesse ad appositi DPCM;

- il successivo comma 16 dell’art. 1 cit. ritaglia un ambito di competenza regionale - con ciò ribadendo il criterio già introdotto dal d.l. n. 19/2020 – stabilendo che “in relazione all’andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 112 del 2 maggio 2020, e sue eventuali modificazioni, 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 misure derogatorie restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d’intesa con il Ministro della salute, anche ampliative”;

- anche la disposizione citata ribadisce che la competenza regionale sussiste solo nelle more dell’adozione dei DPCM di cui all’art. 2 del d.l. n. 19/2020;

- in tale contesto normativo, e in sostituzione del DPCM del 3 novembre 2020, è intervenuto il DPCM 3 dicembre 2020, che ex art. 14 ha delimitato la propria efficacia al solo periodo compreso tra il 4 dicembre 2020 e il 15 gennaio 2021;

- l’art. 1, comma 10, del DPCM datato 3 dicembre 2020 disciplina, alla lett. s), lo svolgimento dell’attività didattica, stabilendo che le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell’organizzazione dell’attività didattica ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 275, “in modo che il 100 per cento delle attività siano svolte tramite il ricorso alla didattica digitale integrata e che, a decorrere dal 7 gennaio 2021, al 75 per cento della popolazione studentesca delle predette istituzioni sia garantita l’attività didattica in presenza”;

- la stessa norma, al fine di consentire lo svolgimento dell'attività didattica in presenza senza che gli spostamenti necessari possano innescare situazioni di pericolo per la salute pubblica, in dipendenza della diffusione del Covid-19, ha previsto che “presso ciascuna prefettura - UTG e nell'ambito della Conferenza provinciale permanente di cui all'art. 11, comma 3, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, è istituito un tavolo di coordinamento, presieduto dal Prefetto, per la definizione del più idoneo raccordo tra gli orari di inizio e termine delle attività didattiche e gli orari dei servizi di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, in funzione della disponibilità di mezzi di trasporto a tal fine utilizzabili, volto ad agevolare la frequenza scolastica anche in considerazione del carico derivante dal rientro in classe di tutti gli studenti delle scuole secondarie di secondo grado”;

- sempre il DPCM del 3 dicembre 2020 prevede un meccanismo *ad hoc* di irrigidimento delle misure in dipendenza dell'aggravarsi della situazione epidemiologica, distinguendo due ipotesi, disciplinate rispettivamente dall'art. 2 e dall'art. 3;

- in particolare, ai sensi dell'art. 2, spetta al Ministro della Salute individuare le Regioni che si collocano in uno “scenario di tipo 3” e con un livello di rischio “alto”, secondo quanto stabilito dal documento di Prevenzione e risposta a COVID-19, con conseguente applicazione delle diverse misure già stabilite dal medesimo articolo 2;

- il successivo art. 3 assegna sempre al Ministro della Salute il compito di individuare le Regioni che si collocano in uno “scenario di tipo 4” e con un livello di rischio “alto”, e solo in tale caso, il comma 4 lett. f), prevede che “fermo restando lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'art. 2 del decreto

legislativo 13 aprile 2017, n. 65 e del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado, le attività scolastiche e didattiche si svolgono esclusivamente con modalità a distanza”;

- il successivo d.l. n. 1 del 5 gennaio 2021 è intervenuto nel complesso quadro normativo, dettando all’art. 4 una disciplina per la “progressiva ripresa dell’attività scolastica in presenza”, stabilendo che “dal giorno 11 gennaio 2021 al 16 gennaio 2021 le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell’organizzazione dell’attività didattica ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 275, garantendo almeno al 50 per cento della popolazione studentesca delle predette istituzioni l’attività didattica in presenza”;

- la norma quindi introduce una disciplina dell’attività scolastica in presenza diversa da quella dettata dal DPCM 3 dicembre 2020, perché mentre quest’ultimo prevede che dal 7 gennaio 2021 – e sino al 15 gennaio 2021, data di cessazione di efficacia delle misure poste dal DPCM stesso - deve essere garantita la didattica in presenza al 75% della popolazione studentesca, per contro il d.l. n. 1/2021 impone di garantire l’attività didattica in presenza almeno al 50% della popolazione studentesca, così abbassando la soglia percentuale minima di attività in presenza;

- in tale contesto e sino al 15 gennaio 2020, data di cessazione dell’efficacia del DPCM 3 dicembre 2020, non c’è spazio per una competenza regionale diretta ad introdurre misure più restrittive, perché i già richiamati d.l. n. 19/2020 e n. 33/2020 delimitano temporalmente tale competenza, escludendola una volta entrati in vigore i DPCM previsti dai medesimi d.l.;

- sino alla permanenza dell’efficacia del DPCM 3 dicembre 2020, il quadro normativo esclude la possibilità di un intervento regionale in tema di disciplina

dell'attività didattica, tanto che il DPCM stesso prevede l'applicazione di misure più restrittive solo qualora il Ministro della salute abbia accertato la sussistenza in un certo ambito territoriale regionale di uno "scenario di tipo 4" e di un livello di rischio "alto", senza fare salvo alcun potere di disciplina regionale;

- vale precisare sul punto che il Ministro della Salute, con l'ordinanza datata 11 dicembre 2020, ha previsto per la Regione Lombardia l'applicazione delle misure di cui all'art. 2 e non all'art. 3 del DPCM 3 dicembre 2020, sicché non è stata accertata alcuna situazione tale da imporre in via esclusiva la didattica a distanza;

- la ricognizione sinora svolta consente di evidenziare quanto segue: dal 7 gennaio al 10 gennaio 2021 la didattica trova disciplina nel DPCM 3 dicembre 2020, che la prescrive in presenza per il 75% degli studenti; dall'11 gennaio 2021 al 16 gennaio 2021 la didattica è disciplinata dal d.l. n. 1/2021, che impone di garantire l'attività in presenza almeno al 50 per cento della popolazione studentesca delle istituzioni secondarie; solo per il periodo successivo al 15 gennaio, essendo cessata l'efficacia del DPCM 3 dicembre 2020 e trattandosi di un periodo non disciplinato dal d.l. n. 1/2021, trova nuovamente applicazione il meccanismo introdotto dai d.l. n. 19/2020 e n. 33/2020, in forza del quale, nelle more dell'adozione di un nuovo DPCM – già annunciato dall'Autorità Governativa – si riattiva la competenza regionale, per l'adozione di misure più restrittive di quelle dettate direttamente dai d.l. n. 19 e 33/2020;

- è, pertanto, solo in parte fondata la censura con la quale si lamenta il vizio di incompetenza, in quanto, se fino al 15 gennaio 2021 non sussiste alcuna competenza regionale, viceversa tale competenza si riespande dal 16 gennaio, per effetto della cessazione dell'efficacia del DPCM datato 3 dicembre 2020 e

per la mancanza di una disciplina primaria nel d.l. n. 1/2021 riferibile a tale periodo;

- di conseguenza deve essere sospesa l'ordinanza impugnata nella parte in cui disciplina la didattica a distanza, imponendola al 100%, nel periodo compreso tra i giorni 11 gennaio e 15 gennaio 2021;

- il giudicante è bensì consapevole che il quadro normativo è in via di imminente integrazione o modifica e che l'incidenza dei dati epidemiologici in Regione Lombardia potrà indurre ad una diversa classificazione del livello di rischio, ma non può esimersi dallo scrutinio del provvedimento regionale alla stregua della legislazione attualmente vigente e applicabile;

Ritenuta la fondatezza anche delle censure con le quali si lamenta la contraddittorietà e l'irragionevolezza dell'ordinanza impugnata, laddove nel disciplinare l'attività scolastica nel periodo compreso tra l'11 e il 24 gennaio 2021 ha previsto che le istituzioni scolastiche di secondo grado e le istituzioni formative professionali di secondo grado assicurano il ricorso alla didattica a distanza per il 100% della popolazione studentesca;

Ritenuto in particolare che:

- l'ordinanza evidenzia la crescita del valore RT , anche ospedaliero, nelle due settimane dal 20 al 26 dicembre 2020 e dal 27 dicembre 2020 al 2 gennaio 2021, precisando che risulta un inizio precoce della patologia “in particolare nella fascia d'età 14-18, fascia che si caratterizza per significativa attività sociale e bassa manifestazione clinica di malattia”;

- dopodiché, afferma che la didattica in presenza comporterebbe “probabili assembramenti nei pressi dei plessi scolastici, con correlato rischio di diffusione del contagio presso le famiglie”;

- in sostanza, il pericolo che l'ordinanza vuole fronteggiare non è legato alla didattica in presenza in sé e per sé considerata, ma al rischio di assembramenti correlati agli spostamenti degli studenti;
- emerge così l'irragionevolezza della misura disposta, che, a fronte di un rischio solo ipotetico di formazione di assembramenti, anziché intervenire su siffatto ipotizzato fenomeno, vieta radicalmente la didattica in presenza per le scuole di secondo grado, didattica che l'ordinanza neppure indica come causa in sé di un possibile contagio;
- in proposito, non va dimenticato che, proprio in relazione agli spostamenti, le Prefetture di Milano e di altre Province lombarde hanno adottato un piano *ad hoc*, concordato con le Autorità competenti, finalizzato a consentire la riapertura delle scuole e la didattica in presenza, attività previste dal DPCM 3 dicembre 2020 e dal d.l. n. 1/2021;
- in tale quadro, l'ordinanza, da un lato, interviene per gestire un rischio di assembramenti solo ipotizzato, dall'altro, affronta tale rischio adottando una misura che paralizza la didattica in presenza, ma senza incidere sugli assembramenti, che, anche se riferiti agli studenti, non dipendono dalla didattica svolta in classe e, comunque, sono risolvibili mediante misure di altra natura;
- sul punto, il provvedimento regionale non tiene neppure conto dei piani sopra richiamati, adottati dalle Autorità competenti per consentire la progressiva ripresa in sicurezza della didattica frontale proprio in relazione agli spostamenti ad essa correlati;
- vale anche sottolineare, in una prospettiva di necessaria proporzionalità di misure incidenti su diritti fondamentali, che il provvedimento regionale palesa

un'intrinseca irragionevolezza, in quanto adotta la misura radicale della chiusura generalizzata delle scuole per fronteggiare rischi solo "probabili";

- in tale contesto risalta anche il deficit istruttorio dedotto dai ricorrenti, che trova indiretta conferma nella mancata produzione del parere CTS, nonostante l'ordine istruttorio impartito con il decreto n. 19 pubblicato in data odierna;

- l'ordinanza regionale denota, infine, una specifica contraddittorietà, perché per contenere gli assembramenti adotta misure incidenti sulla didattica in presenza, rispetto alla quale non evidenzia alcun peculiare pericolo di diffusione epidemiologica, in ragione delle concrete modalità di effettuazione della didattica stessa;

Ritenuta, altresì, la sussistenza del pregiudizio grave e irreparabile, tenuto conto della compressione del diritto fondamentale all'istruzione e della oggettiva ricaduta delle misure adottate sulla crescita, maturazione e socializzazione degli studenti, obiettivi propri dell'attività scolastica, che risultano vanificati senza alcuna possibilità di effettivo "ristoro";

Ritenuta, infine, la presenza delle ragioni di urgenza richieste dall'art. 53 c.p.a. per l'abbreviazione dei termini richiesta dalle parti ricorrenti.

Ritenuto, in conclusione, che la domanda cautelare debba essere accolta.

P.Q.M.

Accoglie l'istanza in premessa e, per l'effetto, sospende l'efficacia dell'ordinanza impugnata.

Abbrevia alla metà i termini di cui all'art. 55, quinto comma, c.p.a.

Manda alle parti ricorrenti di procedere alla notifica del presente decreto, ai fini della decorrenza del termine abbreviato.

Fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 27 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 Milano il giorno 13 gennaio 2021.

Il Presidente
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

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