

Publicato il 10/01/2022

N. 00019/2022 REG.PROV.CAU.
N. 00090/2022 REG.RIC.



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

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

Il Presidente

ha pronunciato il presente

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 90 del 2022, proposto da -OMISSIS-, nella qualità di genitori dei minori rispettivamente sottoposti alla loro potestà genitoriale, rappresentati e difesi dagli avvocati Giacomo Profeta, Luca Rubinacci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Rubinacci in Napoli, via Santa Lucia n. 15;

contro

Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Almerina Bove, Michele Cioffi, Tiziana Monti, Massimo Consoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ad opponendum:

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'ordinanza del Presidente della Giunta Regionale della Campania n. 1 del 7 gennaio 2022, con 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 e dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. Disposizioni per il contenimento dell'ampia diffusione della variante omicron sul territorio regionale", nella parte in cui stabilisce che, fino al 29 gennaio 2022, "è disposta la sospensione delle attività in presenza dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, e dell'attività scolastica e didattica in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado. Resta sempre garantita la 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";

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, laddove lesivi dei diritti e interessi delle ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dai ricorrenti, ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm., con istanza accessiva al ricorso depositato in data 8 gennaio 2022 (ore 2,04 a.m.);

Visto il proprio decreto interlocutorio n.11/2022, con il quale si chiedeva alla Regione resistente di depositare in atti ogni documentazione utile alla decisione cautelare oltre che di dedurre quanto opportuno e necessario a tali fini, nel termine delle ore 11 del giorno 10 gennaio 2022, reputato compatibile con la fase in questione e tuttavia pienamente rispettoso delle esigenze di difesa;

Vista la ulteriore memoria di parte ricorrente (depositata in data 9 gennaio 2022, ore 15, 48);

Visto l'intervento ad adiuvandum della Djanco S.r.l. (depositato in data 10 gennaio 2022, ore 8,53);

Visto l'atto di costituzione della Regione Campania (depositato in data 10 gennaio 2022, ore 10,51), con l'allegata documentazione;

Visto l'atto di intervento ad opponendum della ANCI Campania (depositato in data 10 gennaio 2022, ore 12,06);

Ritenuto, preliminarmente, di aver consentito ogni utile contraddittorio alle parti del giudizio, mediante la concessione di un termine a difesa, peraltro ampiamente utilizzato, con il deposito di memoria e documenti, non solo dalla resistente Regione Campania, ma anche da soggetti altri dalle originarie parti del giudizio, e pertanto di non poter accordare la richiesta audizione delle parti (come formulata dalla difesa della Regione), evidentemente ultronea in ragione delle già spiegate difese e non compatibile con la richiesta urgente da esitare;

Considerato che i ricorrenti in epigrafe, genitori di minori frequentanti la scuola dell'obbligo (elementari e medie), impugnano l'ordinanza sopra indicata, chiedendone la sospensione dell'esecutività in via cautelare monocratica, nella parte in cui dispone la sospensione delle attività in presenza dei servizi educativi per l'infanzia e dell'attività scolastica e didattica in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado in tutte le scuole della Regione Campania fino al 29 gennaio 2022;

Considerato che l'ordinanza impugnata, richiamando espressamente il disposto di cui al d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. in L. 22 maggio 2020, n. 35 e s.m.i., in ragione della estrema contagiosità della nuova variante denominata "omicron", intenderebbe "contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19", sul presupposto della sua astratta ammissibilità, legittimità e riconducibilità al genus delle ordinanze contingibili e urgenti a tutela della salute, mediante le quali sarebbe possibile individuare misure più restrittive rispetto a quelle assunte a livello generale in presenza di accertato aggravamento del rischio sanitario;

Considerato che i presupposti fattuali che giustificerebbero la misura assunta, peraltro esplicitati ulteriormente nelle difese regionali, che al riguardo richiamano e depositano documentazione comprovante gli stessi, sono individuati, nell'ordinanza impugnata:

a) nell'aumento del dato (aggiornato al 28.12.2021, giusta report di Monitoraggio n. 85) relativo al valore Rt, pari a 1,2, "rispetto alle precedenti rilevazioni di cui al report n. 84 della settimana precedente";

- b) nella necessità, rappresentata nello stesso report n. 85, alla luce della elevata incidenza e della circolazione della variante “omicron” di SARS-Cov-2, del “rigoroso rispetto delle misure comportamentali individuali e collettive, ed in particolare distanziamento interpersonale, uso della mascherina, aereazione dei locali, igiene delle mani” e, in generale, della riduzione delle “occasioni di contatto ed evitando in particolare situazioni di assembramento”, oltre a una più elevata copertura vaccinale, in tutte le fasce di età, anche quella 5-11 anni, al completamento dei cicli di vaccinazione e al mantenimento di una elevata risposta immunitaria attraverso la dose di richiamo, con particolare riguardo alle categorie indicate della disposizioni ministeriali, quali “strumenti necessari a contenere l’impatto dell’epidemia anche sostenuta da varianti emergenti”;
- c) nell’ulteriore peggioramento del dato sui contagi attestato dal successivo report n. 86 (periodo di riferimento 27/12-2/1/2022) su scala nazionale, determinante, tra l’altro, “segnali plurimi di allerta a livello regionale nelle attività di sorveglianza e indagine dei contatti che porta in numerose regioni il non raggiungimento della qualità minima dei dati sufficiente alla valutazione del rischio e la conseguente classificazione a rischio non valutabile che equivale a rischio alto”;
- d) nelle risultanze della seduta della Cabina di regia del Ministero della Salute in data 7 gennaio 2022, che classifica dieci regioni, tra cui la Campania, a rischio alto (o tale equiparabile, in quanto non valutabile) di una epidemia non controllata e non gestibile; in particolare la Campania presenterebbe “una trasmissibilità compatibile con uno scenario di tipo 4”;

- e) nella massiva richiesta di molti dirigenti scolastici di sospendere le attività didattiche in presenza stante l'impossibilità, per le ASL, di garantire la sorveglianza sanitaria e i tracciamenti previsti dalla normativa e in ragione di plurime criticità segnalate in relazione alla concreta applicabilità (e complessiva ragionevolezza) delle misure apprestate a livello centrale (effettuazione obbligatoria dei tamponi, uso delle mascherine FFP2, acquisizione dei dati circa lo stato vaccinale degli alunni, sanificazione delle aule in assenza di adeguati dispositivi);
- f) nella richiesta del Presidente di ANCI Campania, del pari volta a richiedere la sospensione temporanea delle attività didattiche in presenza per accelerare la campagna vaccinale sui minori e per attivare "uno screening serio sulle fasce d'età scolastica";
- g) nell'aumento dei ricoveri nella fascia pediatrica per pazienti Sars - Covid positivi sintomatici con età inferiore ai 10 anni e del dato relativo all'occupazione di posti letto in terapia intensiva e in area medica, con conseguente probabile saturazione nei prossimi trenta giorni;
- h) nella rappresentata impossibilità di "assicurare il rispetto delle disposizioni introdotte dal Governo con il preannunciato decreto-legge del 5 gennaio 2022, fondato sull'autosorveglianza e sugli screening";
- i) nella già intervenuta sospensione, a far data dal 10 gennaio 2022 a fino a nuova espressa disposizione, dei ricoveri programmati sia medici che chirurgici presso le strutture sanitarie pubbliche, se non per i ricoveri con carattere d'urgenza non differibili provenienti del Pronto soccorso e per trasferimento da altri ospedali, con le limitate eccezioni previste (ricoveri per pazienti oncologici, oncoematologici,

ecc.), e delle attività di specialistica ambulatoriale se non urgenti o indifferibili;

l) nella richiesta, non ancora esitata, proveniente dalla Conferenza delle Regioni e rivolta al Governo, di una complessiva rivalutazione della situazione, previo parere del comitato tecnico scientifico, circa l'introduzione dell'obbligo vaccinale, dell'estensione dell'utilizzo del green pass rafforzato, e, specificamente, circa l'effettiva ricaduta della riapertura delle scuole, anche incidente sugli altri contesti (trasporti) con la individuazione di misure in grado finalmente di contrastare efficacemente l'effetto della detta riapertura;

Considerato che, sui presupposti fattuali sopra sintetizzati, l'ordinanza, in via contingibile e urgente, disponeva dunque la sospensione delle attività didattiche in presenza al fine di "scongiurare il collasso del sistema sanitario regionale", paventato dalla già disposta sospensione di plurime attività di ricovero ed ambulatoriali, e ravvisata la ricorrenza di "circostanze di eccezionale e straordinaria necessità dovuta all'insorgenza di focolai o al rischio estremamente elevato di diffusione del virus SARS-CoV-2 o di sue varianti nella popolazione scolastica", che, ai sensi del d.l. 6 agosto 2021, n.111, consentirebbero eccezioni allo svolgimento in presenza delle attività educative e scolastiche anche nelle regioni non collocate in "zona rossa" e stante la asserita impossibilità di garantire il rispetto delle misure previste dalle disposizioni statali "di cui al preannunciato decreto-legge del 5 gennaio 2022" per la ripresa delle attività scolastiche in presenza;

Considerato che il D.L. 7 gennaio 2022 n.1 ("Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione primaria"),

pubblicato in G.U. 7 gennaio 2022, n.4, in sostanziale concomitanza con l'ordinanza impugnata, sul presupposto della "straordinaria necessità ed urgenza di rafforzare il quadro delle vigenti misure di contenimento della diffusione del virus adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica" e di "rafforzare il quadro delle vigenti misure di contenimento della diffusione del virus", ha dettato disposizioni uniformi per tutto il territorio nazionale nei settori contemplati (tra l'altro accogliendo talune delle istanze veicolate nella Conferenza Stato-Regioni), imponendo, per quanto rileva, l'estensione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 agli ultracinquantenni, salve le eccezioni ivi previste (art. 1); l'estensione dell'obbligo vaccinale al personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori (art. 2); l'estensione dell'impiego delle certificazioni verdi COVID-19 (c.d. Green pass), tra l'altro, per l'accesso ai servizi alla persona ai pubblici uffici, servizi postali, bancari e finanziari, attività commerciali, con le eccezioni ivi previste (art. 3), e, per quanto specificamente rileva, individuando, all'art. 4, puntualmente, la disciplina per la "gestione dei casi di positività all'infezione da SARS-CoV-2 nel sistema educativo, scolastico e formativo" (e, segnatamente: sospensione delle lezioni in presenza di un caso di positività nella stessa sezione o gruppo classe per una durata di dieci giorni per le scuole dell'infanzia; sorveglianza con test antigenico rapido o molecolare in presenza di un caso di positività nella classe nella scuola primarie; didattica a distanza per la durata di dieci giorni in presenza di "almeno due casi di positività nella classe", ecc.); e predisponendo, altresì, "misure urgenti per il

tracciamento dei contagi da COVID 19 nella popolazione scolastica” (art. 5);

Considerato che le dettagliate misure attuano, specificano e ampliano quanto già disposto dall’art. 1 del D.L. 6.8.2021, n.111 (“Disposizioni urgenti per l’anno scolastico 2021/2022 e misure per prevenire il contagio da SARS-Covid nelle istituzioni educative, scolastiche e universitarie”), convertito con modificazioni con L. 24 settembre 2021, n. 133, di cui non è ultroneo richiamare testualmente il primo comma alla stregua del quale “nell’anno scolastico 2021-2022, al fine di assicurare il valore della scuola come comunità e di tutelare la sfera sociale e psico-affettiva della popolazione scolastica, sull’intero territorio nazionale, i servizi educativi per l’infanzia (...) e l’attività scolastica e didattica della scuola dell’infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado sono svolti in presenza” (art. 1, comma 1); ciò non senza individuare, al secondo comma, misure per prevenire il contagio espressamente finalizzate a “consentire lo svolgimento in presenza” dei servizi e delle attività didattiche e scolastiche in questione; misure, come sopra detto, specificate e ampliate con il nuovo d.l. 7 gennaio 2022;

Considerato che la dettagliata normativa in discorso, di rango primario, e dunque sovraordinata rispetto all’eventuale esercizio del potere amministrativo, disciplina in maniera specifica la gestione dei servizi e delle attività didattiche in costanza di pandemia, al fine di “prevenire il contagio” e di garantire, nel contempo, il loro espletamento “in presenza”, il che esclude che possa residuare spazio, nei settori considerati, per l’emanazione di ordinanze contingibili che vengano a regolare diversamente i medesimi settori di attività e che, stante la loro astratta natura “contingibile”,

presuppongono che non sia possibile individuare una diversa “regola” della concreta fattispecie, regola, invece, effettivamente, come visto, già esistente, allo stato, in diritto positivo; gioverà sul punto ricordare che le ordinanze emergenziali si giustificano nell’ordinamento, e si fanno legge nel caso concreto, solo ove ricorra, oltre all’urgenza, la mancanza di altra regola che abbia previsto la fattispecie e l’abbia regolata; il che non è nel caso all’esame, ove, in via d’urgenza (mediante la fonte normativa primaria del decreto-legge), si è tenuto conto dell’emergenza specifica e si è disciplinato partitamente il settore di attività, preservandolo e garantendone la continuità di esercizio, stante la scelta politico-valoriale pure in detto decreto-legge esplicitata, con l’individuazione delle specifiche modalità del detto esercizio, proprio nel caso preso in considerazione dall’ordinanza impugnata, ossia la permanenza dello stato di emergenza con i suoi connessi e del tutto prevedibili precipitati fattuali (eventuale aumento dei contagi, inevitabile stress-test imposto alle strutture sanitarie, sofferenza del sistema trasportistico);

Considerato che, per quanto sopra detto, non residua spazio alcuno per disciplinare diversamente l’attività scolastica in stato di emergenza sanitaria, in quanto interamente e minutamente regolata dalle richiamate disposizioni di rango primario, tenuto conto che la scelta del livello di tutela dell’interesse primario alla salute, individuale e collettiva, e il punto di equilibrio del bilanciamento tra diversi valori (concretati in diritti e interessi dei soggetti dell’ordinamento) è già stata operata, appunto, a livello di normazione primaria, dal legislatore nazionale, che ha operato una scelta valoriale libera ad esso rimessa e insindacabile dal giudice se

non nella forma dell'incidente di costituzionalità, i cui presupposti non sembrano, nella specie, ricorrere;

Considerato che il diverso opinamento di altra Autorità che, del tutto legittimamente, manifestasse la non condivisibilità, politica e/o giuridica o finanche di complessiva ragionevolezza, dell'intervento legislativo operato non potrebbe giammai essere espresso e fatto valere con provvedimenti amministrativi evidentemente distonici rispetto a detta scelta del legislatore nazionale, giacché pretenderebbe inammissibilmente di individuare un diverso livello di tutela e un diverso punto di equilibrio dei valori in gioco rispetto al legislatore spondo istanze, variamente articolate e peraltro pure variamente condivise, stante la evidente conflittualità esistente in materia, provenienti da settori dell'amministrazione pubblica, dalla società civile e da parti sociali, tuttavia valutate recessive rispetto alla scelta, ripetesì di rango primario, di privilegiare, sempre e comunque - ben vero allo stato e salve ulteriori eventuali misure che il legislatore ritenesse di adottare anche in considerazione dell'intervenuta acquisizione di nuovi elementi e anche per il tramite dei soggetti pubblici con cui istituzionalmente deve, o ritiene di dover, interloquire - la modalità di didattica in presenza, nel rispetto delle prescrizioni, cautele e disposizioni operative comunque fissate, la cui concreta applicazione, oggettivamente - deve riconoscersi - non agevole e senz'altro gravosa, incombe certo sugli operatori pubblici all'uopo investiti ma che impone, anche e soprattutto, la leale e fattiva cooperazione degli amministrati;

Considerato, dunque, come non possa mantenersi l'efficacia di un provvedimento amministrativo palesemente contrastante rispetto alle scelte, politiche, operate a livello di legislazione primaria, peraltro

incidente, in maniera così evidentemente impattante, sui livelli uniformi (a livello nazionale) di fruizione di servizi pubblici tra i quali quello scolastico;

Considerato, sotto ulteriori profili:

che neppure risulta che la regione Campania sia classificata tra le “zone rosse” e dunque nella fascia di maggior rischio pandemico e che il solo dato dell’aumento dei contagi nel territorio regionale, neppure specificamente riferito alla popolazione scolastica (nei confronti della quale, peraltro, come detto operano le vigenti disposizioni precauzionali in caso di accertata o sospetta positività) e peraltro neppure certo (posto che se ne lamenta al contrario l’incertezza derivante dall’incompleto tracciamento) e la sola mera possibilità dell’insorgenza di “gravi rischi”, predicata in termini di eventualità, non radicano (né radicherebbero) per sé solo la situazione emergenziale, eccezionale e straordinaria, che, in astratto, potrebbe consentire la deroga alla regolamentazione generale, a tacer d’altro perché già considerati, e ampiamente, dal legislatore nazionale; che non risulta peraltro alcun “focolaio” né alcun rischio specificamente riferito alla popolazione scolastica, generalmente intesa;

che la misura sospensiva assunta a livello generale neppure sembra sottendere una compiuta valutazione di “adeguatezza e proporzionalità”, non facendosi alcun riferimento, nel provvedimento impugnato, alle contrapposte posizioni soggettive di diritto (all’istruzione, nella sua più ampia estensione, anche formativa della personalità dei minori), anche tenuto conto del sacrificio finora a quelle imposto dalla pregressa prolungata limitazione della didattica né all’impossibilità di bilanciarle, in maniera appunto “adeguata e

proporzionata”, con l’evidenziata tutela prioritaria dell’interesse pubblico alla salute collettiva;

che è dubbia anche l’idoneità della misura disposta, tenuto conto della prolungata chiusura connessa alle festività natalizie, che non ha, tuttavia, evitato l’aumento registrato dei contagi;

che, a ulteriore sostegno della complessiva non ragionevolezza della misura, non risulta siano state assunte misure restrittive di altre attività, il che riporta alla omessa considerazione dell’assoluta necessità della generalizzata misura restrittiva, incidente, allo stato e nonostante la dichiarata esigenza di tutela collettiva, sulla sola frequenza scolastica rispetto alla quale, difformemente dalle scelte legislative, è stata privilegiata l’opzione “zero”;

che le rappresentate difficoltà del sistema sanitario regionale, lungi dal giustificare l’adozione della misura sospensiva, dimostrano piuttosto la carente previsione di adeguate misure preordinate a scongiurare il rischio, ampiamente prevedibile, di “collasso” anche sul sistema dei trasporti; con la conseguente confermata impossibilità di qualificare “contingibile” una misura dichiaratamente volta ad evitare un pericolo ampiamente prevedibile solo a voler considerare il recente passato;

Considerato che la impossibilità di attendere la trattazione dell’istanza in sede collegiale senza che nelle more vengano compromesse le situazioni soggettive involte, incidenti anche su diritti fondamentali (diritto all’istruzione con modalità idonee a garantire la formazione globale dei minori), tenuto conto della temporaneità della misura, comunque di durata non irrilevante e in astratto pure prorogabile, radica i presupposti, di estrema gravità e urgenza, per la concessione della invocata tutela cautelare;

Ritenuto, per quanto sopra precede, che debba accogliersi l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospendersi l'esecutività dell'impugnata ordinanza, con l'immediato ripristino delle modalità di prestazione e di fruizione dei servizi educativi, scolastici e didattici regolati dalla pertinente normativa emergenziale di rango primario;

Ritenuto di dover fissare la trattazione collegiale dell'istanza cautelare come in dispositivo nel rispetto dei termini a difesa previsti dal c.p.a.;

P.Q.M.

Accoglie l'istanza cautelare e per l'effetto sospende l'esecutività dell'ordinanza impugnata nella parte di interesse dei ricorrenti.

Fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio dell'8 febbraio 2022.

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 parti private.

Così deciso in Napoli il giorno 10 gennaio 2022.

Il Presidente
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO

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