

ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI: Sindaco del Comune - Provvedimenti - Contingibili ed urgenti - Emergenza epidemia Covid 19 - Sospensione dell'attività didattica in presenza - Legittimità - Solo a fronte di situazioni proprie del territorio comunale - Fattispecie.

Tar Calabria - Catanzaro, Sez. I, 19 gennaio 2021, n. 115

- in *Il Foro amministrativo*, vol. VIII, 1, 2021, pag. 180 e ss.

“[...] nel contesto dell'emergenza derivante dall'epidemia di Covid-19, l'ordinanza contingibile e urgente è adottabile dal sindaco a fronte di situazione proprie del territorio comunale, che, per la loro specificità o per la loro improvvisa manifestazione non sono state considerate in sede di adozione delle misure a carattere nazionale o regionale.

Va da sé che a monte dell'adozione di tale provvedimento extra ordinem vi deve essere un'istruttoria adeguata, basata su dati oggettivi e scientificamente attendibili, e una motivazione congrua [...].

Ciò è ancor più vero con riferimento alle modalità di istruzione scolastica [...]

In questa materia [...] i vari interessi coinvolti, quello alla salute, quello all'istruzione, quello allo svolgimento della personalità dei minori e degli adolescenti in un contesto di socialità, sono stati bilanciati e ricomposti a livello nazionale, peraltro con modalità tali da garantire una flessibile risposta ai diversi gradi di emergenza epidemiologica.

[...] se è innegabile che il diritto alla salute è al vertice dei diritti sociali, perché consente all'individuo di godere delle libertà e degli altri diritti che la Repubblica riconosce, nondimeno il diritto all'istruzione si colloca poco dietro.

Esso è il principale strumento con cui lo Stato provvede, ai sensi dell'art. 3, comma 2, a rimuovere, specie nei territori più svantaggiati, 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.

Attraverso l'istruzione, inoltre, si hanno più ampie prospettive di accesso al lavoro su cui la Repubblica è fondata.

Dunque, il bilanciamento tra i due diritti in un contesto di epidemia non può essere demandato all'intervento, per sua natura episodico e frammentario, dei Sindaci, i quali avranno potere di emettere ordinanza contingibile e urgente negli scarsi “spazi liberi” lasciati dalla regolamentazione nazionale e con i limiti già sottolineati [...].

FATTO

1- Con atto notificato l'11.12.2020 e depositato in pari data, i ricorrenti, genitori esercenti la responsabilità genitoriale su minori studenti delle scuole dell'Infanzia, della Primaria e della Secondaria di Primo Ciclo frequentanti gli istituti scolastici presenti sul territorio di Vibo Valentia, hanno chiesto l'annullamento dell'ordinanza contingibile e urgente del Sindaco di Vibo Valentia prot. n. 1818 del 7.12.2020 con la quale il Sindaco di Vibo Valentia ha disposto la sospensione dell'attività didattica in presenza dal 9 al 22 dicembre 2020.

2- Al fine di pervenire a tale determinazione, il Sindaco:

-aveva richiamato l'ordinanza del Presidente della G.R. n. 93 del 6.12.2020 con cui si dava atto che "l'andamento epidemiologico regionale è in rapida evoluzione e appare necessario mantenere elevato il livello di precauzione, di contenimento dei contagi e mitigazione della curva epidemica in tutti i territori regionali";

- aveva rilevato che, a riscontro di richiesta, a data 3.12.2020, di aggiornamento sull'attuale situazione epidemiologica in ambito comunale e provinciale, anche al fine di valutare l'adozione di un provvedimento in merito alla ripresa o meno delle attività scolastiche in presenza, il successivo 4.12.2020 l'A.S.P. aveva rilevato che: i) a tale data persisteva un rischio di contagio medio alto, da cui l'esigenza di rallentare la curva di crescita del contagio e, a tal fine, ridurre le occasioni di spostamento delle persone fisiche tra cui gli spostamenti per assicurare l'attività didattica in presenza; ii) è opportuno tener presente il possibile impatto del contagio familiare rispetto alla frequenza delle attività didattiche dei bambini; iii) a seguito della riapertura delle scuole con didattica in presenza si rischia un continuo aumento della diffusione epidemica, rappresentando le scuole un luogo di aggregazione in cui è complicato rispettare il distanziamento interpersonale con amplificazione della possibilità di trasmissione del contagio di origine domiciliare; iv) studi scientifici internazionali evidenziano come la sospensione delle attività didattiche scolastiche possa nel medio ridurre di circa il 15/24% la capacità di riproduzione del virus; v) tale incremento si è verificato anche nel comparto scolastico; vi) pur essendo in atto un lieve miglioramento della curva dei contagi, i valori permangono ancora alte; vii) si suggeriva, pertanto, la sospensione delle attività scolastiche di ogni ordine e grado in presenza fino al 22.12.2020;

- dava atto della nota del 7.12.2020 della Federazione Italiana Medici Pediatri che rilevava, tra le criticità, la circostanza che le scuole non sono contagianti ma contagiate, essendo i bambini asintomatici vettori della trasmissione che avviene prevalentemente in famiglia, ragion per cui non assumeva parere favorevole alla riapertura delle scuole almeno nel periodo prenatalizio;

-considerava l'aumento complessivo dei contagi sul territorio provinciale e prendeva atto che la popolazione scolastica dei plessi della Città, anche primari e secondari di primo grado, proviene da comuni vicini, elevando pertanto il rischio di diffusione del virus;

-considerava che, avendo gli istituti scolastici avviato l'attività didattica a distanza e a fronte della compressione, limitata a soli 10 giorni, dell'istruzione in presenza vi è l'interesse-dovere della prevenzione a tutela della incolumità e salute pubblica, specialmente nell'attuale fase pandemica;

-rilevava di aver sentito i dirigenti scolastici, anche quali elementi di raccordo con le famiglie attraverso i Presidenti dei Consigli di Istituto, che concordavano sull'opportunità, nell'attuale quadro epidemiologico e sanitario, di sospendere le attività scolastiche in presenza fino al 22.12.2020 e avevano fornito garanzie sulla prosecuzione dell'attività didattica in presenza da parte degli alunni diversamente abili ove i genitori ne facessero richiesta.

3- La legittimità della richiamata ordinanza viene contestata dai ricorrenti sulla base del seguente articolato motivo: *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 2 DEL DECRETO LEGGE N. 19/2020, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE N. 35/2020 E DEL DECRETO-LEGGE 16 MAGGIO 2020, N. 33, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 14 LUGLIO 2020, N. 74/2020. VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 50, comma 5, DEL D.LGS. N. 267/2000) – VIOLAZIONE ART. 34 COST. – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E PER LA GENERICITA' DELLA MOTIVAZIONE, DEL TUTTO APODITTICA E SOLTANTO APPARENTE. VIOLAZIONE ART. 3 LEGGE N. 241/1990. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEI PRESUPPOSTI, PERPLESSITA', SPROPORZIONALITÀ, TRAVISAMENTO DEI FATTI, CONTRADDITTORIETA' TRA ATTI DELLA MEDESIMA AUTORITA'.*

3.1- In estrema sintesi, i ricorrenti contestano l'esistenza dei presupposti per adottare il gravato provvedimento, scaturenti dal fatto che:

-l'ordinanza si porrebbe in netto contrasto con la disciplina di coordinamento nazionale contenuta nel predetto D.P.C.M. del 3 dicembre 2020 e dell'ordinanza del Ministro della Salute del 27 novembre 2020, con riferimento alla valutazione della Regione Calabria, nella quale sono state esplicitamente previste le ipotesi di contenimento del contagio all'interno degli istituti scolastici, nessuna delle quali prevede la sospensione indiscriminata dell'intera attività didattica sul territorio cittadino nel caso in cui venga accertato uno o più positivi in una classe e/o in un istituto;

- la chiusura di altri istituti estranei alle frequentazioni di un soggetto positivo non è, quindi, una misura che il Ministero dell'Istruzione, sentito il parere del Comitato Tecnico Scientifico, ha ritenuto idonea ai fini del contenimento del contagio da nuovo coronavirus;

-mei plessi scolastici ricadenti nel circondario di Vibo Valentia non si riscontrano problematiche legate alla diffusione del virus SarsCoV2 tali per cui la situazione rappresentata si discosti da quanto già previsto e regolamentato a livello nazionale;

- il provvedimento impugnato non è stato preceduto da dalla necessaria fase istruttoria tecnico-scientifica in ordine all'effettivo numero di contagi presenti in seno alle varie scuole interessate dal provvedimento qui gravato e senza dare altrimenti conto di dati oggettivi e scientificamente attendibili, ulteriori e diversi da quelli già tenuti in debito conto a livello nazionale che hanno consentito l'inserimento della Regione Calabria in zona "arancione" (la quale consente la ripresa delle lezioni in presenza anche degli alunni di seconda e terza media);

- generico ed insufficiente apparirebbe il richiamo alla comunicazione dell'A.S.P. di Vibo Valentia del 4.12.2020, non supportata da precisa e puntuale menzione dei dati oggettivi riferibili al numero di contagi e all'incidenza degli stessi sul comparto scolastico nel periodo precedente l'adozione dell'ordinanza sindacale;

- apparirebbero pertanto di difficile individuazione situazioni sopravvenute o non considerate dal DPCM del 3 dicembre 2020 o specificità locali emerse successivamente alla sua adozione nel territorio di Vibo Valentia tenute presenti dal Sindaco per giustificare il ricorso al potere di ordinanza contingibile e urgente, situazioni che, peraltro, non potrebbero essere basate su difficoltà nel tracciamento o nell'esecuzione dei tamponi, circostanze note al Governo nazionale nell'adozione del citato D.P.C.M.

4- Con decreto monocratico n. 656/2020, depositato il 14.12.2020, veniva accolta l'istanza di misure cautelari interinali, con sospensione del provvedimento impugnato fino alla trattazione collegiale in camera di consiglio fissata per il 13.1.2020.

5- Con note di udienza depositate in data 8.1.2020 i ricorrenti hanno ribadito la permanenza dell'interesse ad una pronuncia nel merito, anche ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sebbene vi sia espressa rinuncia alla richiesta di misure cautelari collegiali, essendo spirato il termine di efficacia dell'ordinanza del Sindaco del Comune di Vibo Valentia impugnata con il ricorso introduttivo.

6- Alla Camera di consiglio del 13.1.2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

DIRITTO

7- Preliminarmente alla trattazione del merito, rileva il Collegio che i ricorrenti insistono perché, non essendo più utile una decisione cautelare, il Tribunale si pronunci con sentenza breve accogliendo il loro ricorso, per il quale sussisterebbe ancora interesse benché il provvedimento impugnato fosse destinato a produrre effetti per un arco temporale già trascorso al momento della

trattazione del ricorso in camera di consiglio e sia stato comunque revocato dopo l'emanazione del decreto cautelare monocratico del Presidente di questo Tribunale.

7.1- Il Tribunale si riporta, sul punto, a quanto già osservato nella pronuncia all'esito del giudizio avverso la precitata ordinanza n. 496 del 2020 (sentenza n. 2077 del 18.12.2020) ritenendo, da un lato, che sussista tuttora l'interesse dei ricorrente a una pronuncia nel merito, per come sarà ultra illustrato e, dall'altro lato, osservando che anche nella presente controversia sia opportuno rendere sin d'ora sentenza ai sensi dell'art. 60 c.p.a., tenuto conto che la possibilità che il giudice amministrativo chiuda il processo con sentenza immediata presuppone solo la proposizione dell'istanza cautelare, ma non anche la permanenza dell'interesse della parte (o delle parti) alla decisione di tale domanda (cfr., tra le tantissime, Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3718; TAR Calabria - Reggio Calabria, 2 ottobre 2018, n. 589; TAR Veneto, Sez. III, 23 luglio 2018, n. 799; TAR Puglia - Bari, Sez. III, 13 gennaio 2012, n. 178)

7.2 – Quanto alla persistenza dell'interesse alla decisione del ricorso, si osserva che, se è vero che di regola l'interesse al ricorso viene meno allorché l'atto impugnato abbia esaurito i suoi effetti, ciò non toglie che la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante alla decisione del ricorso debba essere apprezzata caso per caso.

Come osservato anche in una recente pronuncia (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 24.9.2020, n. 1470), il Tribunale ha ritenuto che i ricorrenti avessero mantenuto l'interesse ad affermare la sua illegittimità, anche allo scopo di orientare per il futuro l'operato dell'amministrazione regionale (cfr. anche TAR Toscana, Sez. II, 20.6.2020, n. 848). Non si tratta, è stato precisato, di svolgere un inammissibile sindacato giurisdizionale su poteri non ancora esercitati dall'amministrazione, in quanto è evidente che il Tribunale può solo sindacare la legittimità del provvedimento impugnato; piuttosto, si tratta di riscontrare l'eventuale sussistenza di profili di illegittimità lamentati, di modo che l'amministrazione ne possa tenere conto, nel futuro, nell'esercizio del potere pubblico.

7.3. – Tale conclusione, in effetti, si pone in armonia con la giurisprudenza che si è venuta a formare a proposito dell'impugnativa di atti suscettibili di essere reiterati nel tempo.

Infatti, si è detto che in tali casi l'effetto della sentenza del giudice amministrativo non si esaurisce nel solo annullamento dell'atto riscontrato illegittimo, ma contiene anche la regola alla quale l'amministrazione deve attenersi nel futuro (cfr. tra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 19.10.1993, n. 891; Cons. Stato, Sez. IV, 1.2.2001, n. 398).

7.4 - Peraltro, proprio nella pronuncia di questo Tribunale sul calendario venatorio (la già citata sentenza n. 1470 del 2020), si è osservato che, “tenuto conto dei fisiologici tempi del processo e della limitata efficacia temporale dei calendari venatori, ritenere che venga meno l'interesse al

ricorso una volta che questi ultimi abbiano cessato di produrre effetti significherebbe rendere claudicante, in una materia sensibile quale quella della tutela dell'ambiente, il diritto a ottenere una decisione sul merito del ricorso, diritto che verrebbe condizionato al dato contingente del carico sul ruolo del Tribunale Amministrativo Regionale competente e all'eventuale scelta, tuttavia non sempre possibile o auspicabile, da parte del giudice di decidere il ricorso con sentenza breve ai sensi dell'art. 60 c.p.a.”.

7.5- Le riflessioni svolte in quella sede valgono a maggior ragione nella presente vicenda, in cui la limitata efficacia temporale dei provvedimenti impugnati, incidente sul diritto costituzionalmente tutelato all'istruzione, ha addirittura impedito che il ricorso fosse trattato collegialmente prima che il provvedimento cessasse di produrre i suoi effetti.

È evidente che solo una pronuncia, sia pure postuma, sul merito del ricorso possa soddisfare il diritto alla difesa avverso gli atti della pubblica amministrazione, di cui agli artt. 24 e 113 Cost.

8. Venendo al contenuto dell'odierna controversia, come già osservato nel proprio precedente costituito dalla succitata sentenza n. 2077 del 2020, sul piano normativo il ruolo centrale è assunto dal 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.

L'art. 1 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.

Il successivo art. 2, comma 1, attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare, con d.P.C.M., tali misure sentite, come precisato dall'art. 1, comma 5 d.l. n. 83 del 2020, i presidenti delle Regioni interessate nel caso in cui le misure ivi previste riguardino esclusivamente una Regione o alcune Regioni, ovvero il presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale.

L'art. 3, comma 1 del d.l. n. 19 del 2020, letto in combinazione con l'art. 1, comma 16 d.l. n. 33 del 2020, consente alle Regioni di adottare misure di efficacia locale "nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per

l'economia nazionale". Ciò è attualmente possibile, in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui si è detto, informando contestualmente il Ministro della Salute. Le misure possono derogare in senso restrittivo rispetto a quelle disposte dal Presidente del Consiglio dei Ministri, oppure, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della Salute, anche ampliative.

Il comma 3 dell'art. 3, infine, precisa 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".

8.1 – Questo Tribunale Amministrativo Regionale ha avuto modo di chiarire (cfr. TAR Calabria – Catanzaro, 9 maggio 2020, n. 841) che la legislazione in questione trova giustificazione nella competenza legislativa attribuita in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, comma 2, lett. q) Cost. in materia di "profilassi internazionale".

Ma la competenza legislativa si rinviene anche nel terzo comma del medesimo art. 117 Cost., che attribuisce allo Stato competenza concorrente in materia di "tutela della salute" e "protezione civile", letto in connessione con l'art. 118, comma 1 Cost.

Il principio di sussidiarietà posto da tale ultima norma impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario, con attrazione in capo allo Stato anche della competenza legislativa.

È noto, infatti, che la Corte costituzionale ha ritenuto (sin dalla sentenza dell'1 ottobre 2003, n. 303, con cui ha per la prima volta teorizzato la c.d. chiamata in sussidiarietà) che l'avocazione della funzione amministrativa si deve accompagnare all'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina, onde rispettare il principio di legalità dell'azione amministrativa, purché all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa (cfr., sul punto, Corte cost. 22 luglio 2010, n. 278).

8.2 – Al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, le misure di contrasto all'epidemia erano quelle assunte con d.P.C.M. 3.11.2020.

Con l'art. 1 di tale decreto sono state individuate alcune misure valide su tutto il territorio nazionale, precisando comunque, all'art. 1, comma 7, lett. s), che l'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie salvo che per i

bambini di età inferiore ai sei anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina.

Con i successivi artt. 2 e 3 sono state individuate misure più restrittive rispettivamente per le Regioni che, dal punto di vista epidemiologico, si collocano rispettivamente in uno "scenario di tipo 3" e con un livello di rischio "alto" (c.d. Regioni arancioni) e per quelle che si collocano in un "scenario di tipo 4" e con un livello di rischio "alto" (c.d. Regioni rosse).

Persino in quest'ultima ipotesi rimane fermo lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia e del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado (art. 2 art. 3, comma 4, lett. f))

9– E in effetti, con specifico riferimento al sistema scolastico, sono stati elaborati plurimi atti e documenti indirizzati al contrasto e al contenimento della diffusione del Covid-19 nelle scuole del sistema nazionale di istruzione.

Si tratta, in particolare:

a) del 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;

b) del precedente 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;

c) 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.

d) del protocollo di intesa stipulato con le organizzazioni sindacali in data 6 agosto 2020.

10. – Così ricostruita il sistema istituzionale di risposta all'emergenza epidemiologica in atto, si delineano in negativo e per sottrazione gli spazi entro i quali è possibile l'uso, da parte dei sindaci, del potere di ordinanza contingibile e urgente.

10.1 – Va premesso che il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. con l. 11 settembre 2020, n. 120, ha abrogato il comma 2 dell'art. 3 d.l. n. 19 del 2020, il quale stabiliva che i Sindaci “non potessero adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare

l'emergenza" che si ponessero "in contrasto con le misure statali" ovvero eccedessero i limiti delineati anche per i provvedimenti del Presidente della Regione.

Ma tale abrogazione non comporta che il potere di ordinanza contingibile e urgente dei Sindaci possa essere utilizzato ad libitum, quanto piuttosto che i presupposti, le finalità e i limiti del potere di decretazione d'urgenza rimangano quelli ordinari.

10.2. – Invero, il fondamento normativo del potere sindacale di ordinanza, in caso di emergenza sanitaria, è da individuare nell'art. 32, comma 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833, e nell'art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

In via generale, il ricorso all'ordinanza contingibile e urgente è stato ritenuto dalla giurisprudenza (cfr. da ultimo e tra le molte, Cons. Stato, Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474) ammissibile 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.

10.3. – Nel contesto dell'epidemia in corso, dove è stato già messo in atto un articolato sistema 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, il potere di ordinanza sindacale è quindi limitato ai casi in cui sia necessaria una risposta urgente – che vada al di là delle misure adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dai Ministri competenti ed, eventualmente, dalle singole Regioni – a specifiche situazioni che interessino il territorio comunale.

10.4. – In altre parole, il Sindaco non può sostituire il proprio apprezzamento, per quanto prudente e ponderato, alla valutazione epidemiologica e al bilanciamento degli interessi operato dall'Autorità governativa e, eventualmente, dalle singole Regioni.

Innanzitutto perché, contrariamente opinando, la naturale pluralità di misure adottate dai sindaci minerebbe la risposta unitaria e organica a una crisi sanitaria di carattere planetaria; non a caso, proprio con riferimento all'emergenza sanitaria attualmente in atto, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che *"in presenza di emergenze di carattere nazionale (...), pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali"* (Cons. Stato, Sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735). Ma soprattutto perché, sul piano strettamente normativo, non sussistono quegli ambiti di "vuoto ordinamentale" nel contesto del quale è ammissibile l'esercizio di poteri contingibili e urgenti.

Invero, come è stato acutamente osservato dalla dottrina costituzionalistica, nell'odierno contesto emergenziale, una volta intervenuti i decreti governativi, non è preclusa l'adozione di ordinanze

sindacali, ma il potere di ordinanza non può sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti (ancorché con il limite del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale) e in presenza di specifiche esigenze locali

10.5. – In sintesi, nel contesto dell'emergenza derivante dall'epidemia di Covid-19, l'ordinanza contingibile e urgente è adottabile dal sindaco a fronte di situazione proprie del territorio comunale, che, per la loro specificità o per la loro improvvisa manifestazione non sono state considerate in sede di adozione delle misure a carattere nazionale o regionale.

Va da sé che a monte dell'adozione di tale provvedimento *extra ordinem* vi deve essere un'istruttoria adeguata, basata su dati oggettivi e scientificamente attendibili, e una motivazione congrua (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580).

10.6. – Ciò è ancor più vero con riferimento alle modalità di istruzione scolastica, laddove vi è a monte la decisione, contenuta del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di continuare a consentire lo svolgimento in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria, dei servizi educativi per l'infanzia, del primo anno di frequenza della scuola secondaria di primo grado, anche nelle Regioni con il più alto rischio epidemiologico.

E laddove vi è una puntigliosa regolamentazione delle modalità di svolgimento delle lezioni, intesa a minimizzare il rischio di contagi.

In questa materia, dunque, i vari interessi coinvolti, quello alla salute, quello all'istruzione, quello allo svolgimento della personalità dei minori e degli adolescenti in un contesto di socialità, sono stati bilanciati e ricomposti a livello nazionale, peraltro con modalità tali da garantire una flessibile risposta ai diversi gradi di emergenza epidemiologica.

10.7. – In proposito, il Tribunale deve ricordare che, se è innegabile che il diritto alla salute è al vertice dei diritti sociali, perché consente all'individuo di godere delle libertà e degli altri diritti che la Repubblica riconosce, nondimeno il diritto all'istruzione si colloca poco dietro.

Esso è il principale strumento con cui lo Stato provvede, ai sensi dell'art. 3, comma 2, a rimuovere, specie nei territori più svantaggiati, 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.

Attraverso l'istruzione, inoltre, si hanno più ampie prospettive di accesso al lavoro su cui la Repubblica è fondata.

10.8. – Dunque, il bilanciamento tra i due diritti in un contesto di epidemia non può essere demandato all'intervento, per sua natura episodico e frammentario, dei Sindaci, i quali avranno potere di emettere ordinanza contingibile e urgente negli scarsi "spazi liberi" lasciati dalla regolamentazione nazionale e con i limiti già sottolineati.

10.9. – Peraltro, non si può omettere di ricordare che il principio di precauzione, cui pure questo Tribunale ha riconosciuto un rilievo primario (cfr. la già citata sentenza del maggio 2020, n. 841), non può essere invocato oltre ogni limite, ma secondo il principio di proporzionalità, come ricordato tanto dall'insegnamento, nelle materie di competenza dell'Unione europea, dalla Corte di Giustizia (cfr. CGUE, Sez. I, 9 giugno 2016, in causa C-78/2016, Pesce), tanto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul bilanciamento tra valori dell'ambiente e della salute da un lato e della libertà di iniziativa economica e del diritto al lavoro dall'altro) quanto dalla giurisprudenza amministrativa, che puntualizza come il principio di precauzione sia da leggere tuttavia in uno con quello di proporzionalità (T.A.R. Lazio, Sez. 3-quater, 5.10.2020, n. 10081).

Dunque, la doverosa necessità di tutelare la salute non può risolversi in una tirrania di questo diritto rispetto alle altre libertà e agli altri diritti fondamentali, dovendosi ricordare che 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 (ancora Corte cost. n. 85 del 2013).

11. – Venendo al caso di specie, l'ordinanza oggetto di impugnativa, per come denunciato dai ricorrenti, si pone al di fuori dei limiti delineati ai §§ che precedono.

11.1- Il Sindaco di Vibo Valentia, nel preambolo motivazionale dell'atto impugnato, indica fra le circostanze giustificative del proprio intervento un parere dell'ASP di Vibo V. (nota prot. n.0052382 del 4/12/20), con la quale, sulla base del persistente rischio di contagio medio-alto e della conseguente necessità di rallentare la curva di crescita del contagio stesso, si ritiene necessario ridurre le occasioni di spostamento delle persone fisiche fra cui quelli necessari per assicurare l'attività didattica in presenza e si aggiunge che a seguito della riapertura della didattica in presenza nelle scuole si rischia di "determinare un continuo aumento della diffusione epidemica" essendo le scuole un luogo di aggregazione in cui il rispetto del distanziamento interpersonale è complicato e la possibilità del contagio di origine domiciliare è amplificata".

12.2- Come già rilevato in sede di cautela monocratica, le disposizioni statali richiamate ai punti precedenti nonchè 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 esse stesse il sistema 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, invero 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 in sede locale, potere che, invece, non può sovrapporsi all'intervento normativo emergenziale statale fino a sostituirsi ad esso 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, appunto locali, la cui improvvisa insorgenza non sia stata considerata dalle misure adottate su scala nazionale e regionale.

12.3- Ciò chiarito, ritiene il Collegio che 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.

D'altro canto, come già osservato, il principio di precauzione, espressione del diritto alla salute, deve 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.

12.4- Alla luce di ciò, la problematica sollevata nell'ordinanza impugnata, in definitiva, non è dissimile da quanto si registra in altre consistenti parti territoriali del Paese, in relazione alle quali il tema del "peso" della scuola all'interno delle dinamiche di diffusione del contagio è oggetto di discussione anche nella comunità scientifica; il tutto senza trascurare che, non di meno, le soprarichiamate scelte operate a livello statale -ripetesi, interne alle finalità emergenziali perseguite- ribadite anche nel DPCM del 3/12/20 (della cui corretta applicazione nella scuola Don Bosco i ricorrenti forniscono prova in relazione ad un caso di contagio riscontrato a novembre scorso) 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.

12.5- Tanto chiarito – e anche a fronte di misure di contenimento (richiamate anche dai ricorrenti alle pagg. 7-8 del gravame) operanti su scala nazionale che 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) – la stessa istruttoria effettuata dal Comune, in definitiva, a parte il citato parere ASP e quello della Federazione Italiana Medici Pediatri, non fornisce alcun dato concreto e preciso che permetta di capire se e in che misura sono stati riscontrati casi di contagio nella comunità scolastica e a carico di quali istituti.

12.6- Detto in altri termini, l’assenza di dati precisi, scientificamente attendibili, che evidenzino la presenza, nel territorio comunale, di una situazione così peculiare e grave, in termini di specificità o di improvvisa manifestazione, da non essere stata considerata in sede di adozione delle misure a carattere nazionale o regionale e, quindi, del tutto incompatibile con il quadro elaborato a tale livello, rende censurabile l’esercizio del potere di ordinanza da parte del Sindaco.

12.7- Alla luce di quanto sopra, l’indiscriminata chiusura di tutte le scuole sul territorio del Comune di Vibo Valentia rappresenta, anche alla luce del fatto che i dati epidemici di questo territorio sembrano sostanzialmente in linea con l’andamento regionale, una misura oltre che non contemplata dagli atti di governo adottati per fronteggiare l’emergenza, anche non proporzionata e viziata da una istruttoria insufficiente e non in linea con i principi giuridici richiamati nei capoversi che precedono.

12.8- Non appare, infine, un fuor d’opera ribadire che, in controversia distinta dalla presente ma attinente provvedimenti urgenti di chiusura delle scuole a livello regionale, anche il Consiglio di Stato, sia pure con l’interinalità propria della tutela cautelare monocratica, ha avuto modo di osservare che la rilevanza costituzionalmente garantita del diritto alla istruzione e la rilevanza del contesto di socialità specialmente per gli alunni più giovani implica che i provvedimenti di chiusura delle scuole debbano essere motivati con dati scientifici evidenzianti il collegamento tra focolai attivi sul territorio e impatto dell’attività scolastica in presenza (Cons. Stato, Sez. III, decreto n. 18/2021 pubblicato l’11.1.2021).

13- Per quanto sopra esposto il ricorso deve essere accolto, con annullamento dei provvedimenti impugnati.

14- Le spese di lite sono regolate vanno poste a carico dell’amministrazione resistente secondo il principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Vibo Valentia in persona del Sindaco in carica, alla rifusione, in favore dei ricorrenti, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 1.500,00, comprensive del contributo unificato, oltre alle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i ricorrenti.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore