Pubblicato il 19/02/2021

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9424 del 2020, proposto da

Associazione Vaccipiano, in persona del legale rappresentante *pro tempore,* Susanna Garavini, Fabio Michelangeli, Vincenzina Ricci, Stefano Gallozzi, Paola Cacace, Andrea Piacentini, rappresentati e difesi dagli avv.ti Anna Chilese, Giovanni Francesco Fidone e Barbara Barolat Massole, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Salute, Ministero dell'Istruzione, Ministero dell'Interno, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui sono domiciliati *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Protezione Civile e Comitato Tecnico Scientifico istituito presso il Dipartimento Protezione Civile, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del DPCM del 3 novembre 2020, recante misure urgenti di contenimento del contagio nell'interno del territorio nazionale, nella parte in cui all'art. 1, comma 1, dispone l'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso, per bambini di età superiore ai 6 anni, e nella parte in cui, all'art. 1, comma 9, lett. s), prevede 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 6 anni e per soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina;
- della nota prot. 0001990 del 5 novembre 2020 del Ministero dell' Istruzione, Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione, con la quale si è previsto l'obbligo dell'uso della mascherina per gli studenti con almeno sei anni di età, per le attività che continuano a svolgersi in presenza;
- della nota del Ministero dell'Istruzione, Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione, prot. 0001994 del 9 novembre 2020, nella parte in cui prevede che la mascherina dovrà essere indossata sempre a partire dalla scuola primaria, da chiunque sia presente a scuola, durante la permanenza nei locali scolastici e nelle pertinenze, anche quando gli alunni sono seduti al banco e indipendentemente dalle condizioni di distanza;
- ove occorra e ove si intendano quali atti dotati di efficacia lesiva, del Verbale n. 124 della riunione dell'8 novembre 2020 del Comitato Tecnico Scientifico, che non risulta pubblicato e dal contenuto sconosciuto, con il quale verrebbe chiarita la portata dell'art. 1, comma 9, lett. s), del DPCM 3 novembre 2020 e del Verbale n. 104 del 31 agosto 2020 del Comitato Tecnico Scientifico, nella parte in cui determinano l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni, nell'ambito dell'attività didattica "in presenza";
- ancora, ove occorrer possa e ove si intendano quali atti dotati di efficacia lesiva, del Verbale n. 82 della riunione del 28 maggio 2020 del Comitato Tecnico Scientifico, ove intesi a determinare l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni, nell'ambito dell'attività didattica "in presenza", e di tutti i successivi aggiornamenti e approfondimenti, ivi compresi i verbali 122 e 123 del Comitato Tecnico Scientifico, il cui contenuto è sconosciuto;
- di tutti gli atti successivi, presupposti, conseguenziali e connessi, anche non espressamente menzionati e anche di carattere istruttorio, di ogni successivo DPCM, di ogni nota, comunicazione, circolare, faq, chiarimento, ordinanza, decreto, atto e/o provvedimento adottato dalle Amministrazioni resistenti, teso a recepire e comunque a determinare l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni, nell'ambito dell'attività didattica "in presenza";

e per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri con il Ministero della Salute, il Ministero dell'Istruzione e il Ministero dell'Interno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2021, la dott.ssa Laura Marzano, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 16 novembre 2020 i ricorrenti (una associazione che persegue finalità di solidarietà sociale e alcuni genitori di bimbi di età superiore ai 6 anni, tutti residenti nel Lazio) hanno impugnato, unitamente agli atti presupposti e conseguenti, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) del 3 novembre 2020, segnatamente nella parte in cui dispone l'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso, per bambini di età superiore ai 6 anni, e nella parte in cui all'art. 1, comma 9, lett. s), prevede 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 6 anni e per soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina.

Essi lamentano che l'obbligo in parola, per gli scolari di età superiore ai 6 anni, sia stato imposto in modo indiscriminato, quindi anche quando gli scolari siano seduti al banco e per l'intera durata dell'attività didattica in presenza.

In particolare, essi sostengono che, alla stregua delle indicazioni fornite dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e dal Comitato Tecnico Scientifico (CTS), il DPCM avrebbe dovuto calibrare il suddetto obbligo previa valutazione della situazione epidemiologica locale, nonché, per i bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, prestando attenzione al contesto socio-culturale e a fattori come la *compliance* del bambino nell'utilizzo della mascherina e il suo impatto sulle capacità di apprendimento, prevedendo, dunque, la possibilità di esonero dall'utilizzo della mascherina a scuola, per i suddetti minori, non solo in caso di patologie o disabilità incompatibili con tale uso, ma anche qualora l'uso della stessa provochi un "fastidio" o un "disturbo" di qualsivoglia natura e, comunque, quando sia garantita la distanza di un metro fra i banchi.

Con decreto n. 7099 del 17 novembre 2020 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche fissandosi la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare al 16 dicembre 2020.

Le amministrazioni intimate, nel costituirsi in giudizio, hanno eccepito preliminarmente l'improcedibilità del ricorso, avendo il DPCM perso efficacia e non avendo i ricorrenti impugnato il successivo DPCM del 3 dicembre 2020; nel merito, hanno sostenuto la piena legittimità delle misure impugnate alla luce della notoria situazione epidemiologica.

Con memoria depositata il 10 dicembre 2020 i ricorrenti hanno replicato all'eccezione di improcedibilità evidenziando di non voler impugnare il successivo DPCM "salvo successive determinazioni e/o decisioni", "in primo luogo perchè la durata di efficacia dei DPCM è incompatibile con la trattazione della domanda cautelare collegiale, posto che nel momento in cui verrebbe affrontata la questione ex art. 55 c.p.a. il nuovo DPCM sarebbe già "scaduto"" sicchè "la "tempistica" non consentirebbe dunque una piena ed adeguata tutela giurisdizionale in quanto i ricorrenti si troverebbero a dover "rincorrere" i DPCM che si succederanno nel tempo senza poter mai trattare la questione oggetto di causa".

I ricorrenti hanno, in ogni caso, precisato di aver espressamente impugnato, oltre al DPCM del 3 novembre 2020, "ogni successivo DPCM…teso a recepire e comunque a determinare l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni, nell'ambito dell'attività didattica "in presenza"", ribadendo che la misura impugnata sarebbe irragionevole, eccessiva e risulterebbe adottata in difetto di istruttoria e in spregio alle evidenze scientifiche.

Nelle more, il Consiglio di Stato, con decreto monocratico n. 6795 del 26 novembre 2020, Sez. III, pur respingendo l'istanza cautelare dei ricorrenti, ha fornito indicazioni specifiche di cui tener conto in sede di decisione di merito.

Con ordinanza n. 7718 del 17 dicembre 2020 la Sezione ha respinto l'eccezione di improcedibilità del ricorso considerato che risultava dirimente il rilievo che non erano ancora scaduti i termini per l'impugnazione del DPCM del 3 dicembre 2020 e che, in ogni caso, con il ricorso è stata contestualmente proposta un'istanza risarcitoria, il cui esame postula necessariamente la delibazione della legittimità del provvedimento impugnato.

Con la stessa ordinanza la Sezione ha, inoltre, disposto incombenti istruttori senza sospendere l'atto impugnato, la cui efficacia era ormai spirata, ed ha fissato l'udienza per la trattazione del merito.

In vista dell'udienza di discussione l'amministrazione ha depositato la documentazione richiesta e, a seguire, entrambe le parti hanno depositato memorie conclusive con cui hanno insistito nelle rispettive difese.

La parte ricorrente ha replicato con memoria del 12 gennaio 2021 e, in data 28 gennaio 2021, ha anche depositato note di udienza ai sensi del D.L. 28/2020 e del D.L. 137/2020, chiedendo che la causa fosse decisa sugli scritti.

All'udienza del 10 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è affidato ai motivi di seguito sintetizzati.

I) Illegittimità per violazione degli artt. 3, 4, 13, 31, 32, 33 e 34 cost.; violazione del diritto allo studio anche in rapporto all'art. 32 cost.; violazione di diritti e libertà fondamentali dell'ordinamento nazionale e comunitario; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed ingiustizia manifesta e per contraddittorietà con le indicazioni dell'organizzazione mondiale della sanità; carenza di istruttoria e di motivazione; eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica, per mancata ponderazione degli interessi pubblici e dei singoli cittadini e per violazione del principio di adeguatezza e di proporzionalità; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta.

Con tale motivo la parte ricorrente fa rilevare che mentre il CTS, in vista della riapertura delle scuole, aveva fatto proprie le indicazioni dell'OMS, rispetto all'uso delle mascherine in ambito scolastico, differenziandole per fasce di età, il DPCM impugnato ha invece imposto l'uso della mascherina in modo incondizionato sul tutto il territorio nazionale, anche ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, specificando che tale obbligo permane durante tutto l'orario scolastico; dunque i ricorrenti lamentano che, in contrasto con le indicazioni del CTS e dell'OMS, nonché in difetto di istruttoria, l'atto impugnato avrebbe imposto una limitazione delle libertà personali sproporzionata e ingiustificata, anche alla luce delle misure già adottate nei singoli istituti per garantire il distanziamento fra i banchi; l'imposizione incondizionata di tale misura, inoltre, non terrebbe conto delle particolari esigenze di infanti in età evolutiva e si porrebbe in contraddizione con le stesse scelte dell'amministrazione, laddove ha inteso differenziare le misure restrittive da applicare nelle diverse regioni sulla base del contesto epidemiologico di ciascuna di esse.

II) Eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e per perplessità nell'esercizio del potere amministrativo.

La parte ricorrente evidenzia che il DPCM impugnato, nella parte di interesse, sarebbe stato anche interpretato in modo eccessivamente restrittivo dalle note applicative del Ministero dell'Istruzione del 5 novembre 2020 e del 9 novembre 2020, le quali avrebbero di fatto reso incontrovertibile l'obbligo generalizzato ed indistinto di utilizzo della mascherina in capo a tutti i bambini di ogni scuola su scala nazionale. Sostiene che, al contrario, una diversa interpretazione del DPCM in parola sarebbe stata possibile, alla luce del suo tenore tutt'altro che inequivoco, dal momento che ivi l'obbligo di tenere la mascherina è previsto con salvezza tuttavia dei protocolli e delle linee guida anti contagio già approvati per "le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande".

Quindi osserva che l'interpretazione fornita dal Ministero dell'Istruzione nelle citate note, anch'esse impugnate, risulterebbe contrastante con il tenore del DPCM stesso che, per quanto dubbio, parrebbe comunque far salvi i protocolli e le linee guida già in vigore. Sicchè le suddette note interpretative del MIUR giammai potrebbero dotare di efficacia cogente una distorta interpretazione delle previsioni del DPCM.

III) Sotto altro profilo: eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, irrazionalità ed inconferenza rispetto ai profili di carattere tecnico-scientifico applicabili alla fattispecie.

Con tale motivo la parte ricorrente, fermi restando i motivi già articolati in ordine all'illegittimità dell'imposizione indiscriminata dell'uso delle mascherine in classe ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, si sofferma ad analizzare anche la potenziale pericolosità per la salute dell'uso prolungato delle mascherine e, comunque, la mancanza di evidenze scientifiche circa l'utilità effettiva delle mascherine ai fini di evitare il contagio da covid: richiama, in proposito, un documento ufficiale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, pubblicato il 6 aprile 2020, nonché uno studio dello European Centre for Disease Prevention and Control dell'8 aprile 2020, che ha evidenziato che la rimozione impropria della mascherina, la manipolazione di una maschera contaminata o una maggiore tendenza a toccare il viso mentre si indossa una maschera da parte di persone sane possono effettivamente aumentare il rischio di trasmissione.

Quindi ritiene che, alla luce di tali evidenze scientifiche, risulterebbe non adeguatamente munita di supporto scientifico e, comunque, imprudente l'imposizione di mascherina alla popolazione pediatrica, che dovrebbe indossarla per molte ore al giorno, nella quasi certezza di una non corretta gestione della stessa e in presenza di non trascurabili rischi per la salute del bambino.

Conclude osservando che i pochi eventuali effetti protettivi della mascherina - la cui scelta è rimessa a ciascun utente anche fra quelle non omologate e non sicuramente filtranti - seppur non dimostrati scientificamente, verrebbero totalmente azzerati a fronte del quasi certo utilizzo errato della mascherina da parte della popolazione pediatrica. Osserva inoltre che l'uso della mascherina non potrebbe essere ordinato senza aderire ai severi requisiti della legge sulla protezione del lavoro, evidenziando che le regole concepite per i lavoratori adulti, a maggior ragione andrebbero applicate agli studenti minori e infradodicenni, in quanto ancora più vulnerabili.

IV) Illegittimità per violazione del principio comunitario di precauzione; irragionevolezza del disposto obbligo; violazione del principio di proporzionalità sotto altro profilo.

La parte ricorrente evidenzia che, se alla base dell'imposizione della misura in parola vi fosse il principio di precauzione di derivazione comunitaria, nel caso di specie non ne risulterebbero rispettati i principi, ossia: 1) la proporzionalità tra le misure prese e il livello di protezione ricercato; 2) la non discriminazione nell'applicazione delle misure; 3) la coerenza delle misure con quelle già prese in situazioni analoghe o che fanno uso di approcci analoghi; 4) l'esame dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'assenza di azione; 5) il riesame delle misure alla luce dell'evoluzione scientifica.

I ricorrenti osservano che, nel caso di specie, non vi sarebbe stata alcuna analisi dei vantaggi e degli oneri derivanti dagli obblighi imposti dalla P.A., né vi sarebbe traccia alcuna di una valutazione completa che induca a concludere per un giudizio di stretta necessità della misura.

V) Sotto altro profilo: violazione degli artt. 3, 4, 13, 16, 32, cost.; violazione di diritti e libertà fondamentali dell'ordinamento interno e comunitario; eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed ingiustizia manifesta, per contrasto con la disciplina emergenziale; carenza di istruttoria e di motivazione; incompetenza e carenza di potere.

La parte ricorrente denuncia che le previsioni contenute nel DPCM si porrebbero in contrasto con gli artt. 13, 16, 3, 4 e 32 della Costituzione, nella parte in cui l'omessa osservanza della prescrizione impugnata determina l'impossibilità di frequenza della scuola dell'obbligo per i minori, non potendosi adottare misure restrittive delle libertà fondamentali, come nel caso di specie, se non nei casi e nei modi previsti dalla legge a tal fine non essendo sufficiente un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Ciò a maggior ragione se si considera che il DPCM non fa alcuna distinzione tra le mascherine utilizzabili, alcune delle quali sono un presidio medico chirurgico e andrebbero considerate a tutti gli effetti un trattamento medico sanitario, la cui imposizione si porrebbe dunque anche in violazione del comma 2 dell'art. 32 della Costituzione, secondo cui "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

Aggiunge che l'obbligo di utilizzo della mascherina per i minori, nel corso di tutta l'attività didattica in presenza, potrebbe comportare conseguenze sul piano dei rischi per la salute del discente.

Dunque, considerato che il diritto alla salute è tutelato dall'art. 32 Cost., non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, e che l'art. 13 della Costituzione stabilisce che la libertà personale è inviolabile e che non è ammessa alcuna sua forma di restrizione o di coercizione se non per atto motivato dall'autorità Giudiziaria, nei soli casi previsti dalla legge, la parte ricorrente osserva che la scelta dei modi con i quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive è affidata alla discrezionalità del legislatore (non dell'esecutivo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri); aggiunge che anche tale discrezionalità del legislatore non è illimitata, ma deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte e sulla base delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che devono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia: presupposti nel caso di specie non rispettati con riferimento alla misura impugnata.

3. La difesa statale, nella memoria del 12 dicembre 2020, dopo aver tratteggiato il contesto nel quale è stato adottato il DPCM impugnato, sostiene che le contestazioni dei ricorrenti sarebbero destituite di fondamento, specie se esaminate alla luce della situazione corrente ed a fronte del difficile compito di contrasto all'epidemia da covid-19.

Richiama l'art. 1, comma 2, del D.L. n. 19/2020, conv. in L. n. 35/2020, ha previsto, per quanto di interesse, alla lett. hh-*bis*), l'"*obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei* *protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi: 1) i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva; 2) i bambini di età inferiore ai sei anni; 3) i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità*". Quindi l'obbligo delle mascherine anche in ambito scolastico sarebbe stato introdotto in conformità alla richiamata previsione di rango legislativo, tra le misure urgenti e straordinarie, adottate secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente.

Sostiene che la disposizione impugnata, adottata in ossequio al principio di precauzione, non avrebbe introdotto un uso obbligatorio generalizzato della mascherina in quanto, in relazione a coloro che hanno più di sei anni, ha escluso i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della stessa ed ha concesso, nello svolgimento dell'attività musicale degli strumenti a fiato e del canto, limitatamente alla lezione singola, la possibilità di abbassare la mascherina durante l'esecuzione.

Contesta che si tratti di un trattamento sanitario obbligatorio cui dovrebbero applicarsi le garanzie dell'art. 13 Cost..

Afferma che, in ogni caso, la disposizione del DPCM in argomento sarebbe in linea con le indicazioni fornite sul tema dal CTS, nel verbale n. 104 del 31 agosto 2020, nel quale sono state illustrate le Raccomandazioni tecniche per l'uso della mascherina chirurgica a scuola: quindi la difesa erariale sostiene che la misura contestata sarebbe stata adottata "in conformità a quanto previsto dall'OMS che, nella fascia di età tra i 6 e gli 11 anni, condiziona l'uso delle mascherine alla situazione epidemiologia locale nonché alle indicazioni riportate nel documento intitolato "Prevenzione e risposta a COVID-19. Evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione autunno-invernale"".

La difesa erariale, a sostegno della correttezza della misura, richiama anche la nota del 9 novembre 2020 del Ministero dell'Istruzione, indirizzata ai dirigenti scolastici al fine di fugare alcuni dubbi interpretativi sull'uso delle mascherine, la quale, a sua volta, richiama il parere espresso dal CTS nel verbale n. 124 dell'8 novembre 2020.

A seguire la memoria dell'Avvocatura si sofferma su considerazioni generali in ordine all'epidemia da covid e conclude che la previsione dell'obbligatorietà delle mascherine in ambito scolastico, introdotta sulla scorta dei pareri delle Istituzioni sanitarie e della comunità scientifica, si sottrarrebbe alle censure sollevate dai ricorrenti, il cui spazio di verifica in sede giurisdizionale, vertendosi in ambito di discrezionalità tecnica, è limitato al vaglio di ragionevolezza "estrinseca" e logicità della motivazione dei provvedimenti adottati.

4. Nella memoria del 23 dicembre 2020 la parte ricorrente, oltre a ribadire le proprie argomentazioni, che ritiene suffragate anche dal contenuto dei decreti cautelari adottati dal Consiglio di Stato in *subjecta* materia, ha evidenziato che una scelta ponderata, come suggerito dal CTS, avrebbe dovuto condurre a prevedere che le istituzioni scolastiche potessero escludere o confermare l'obbligo per il singolo bambino, tenendo conto delle singole posizioni senza dover ricorrere a documentazione medica attestante la presenza di "patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina" (ex art. 1, comma 1, lett. c, del DPCM 3 novembre 2020), che, soprattutto nell'attuale momento di emergenza sanitaria, sarebbe quasi impossibile ottenere.

Aggiunge di aver documentato, con la produzione dell'ultimo *report* sui contagi del Ministero della Salute, che la curva epidemiologica è in notevole calo e che l'indice RT si è notevolmente abbassato, sicchè risulterebbe ancor più irragionevole la scelta adottata dall'amministrazione con il nuovo DPCM del 3 dicembre 2020, laddove ha confermato *tout court* l'obbligo delle mascherine per i bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni.

Osserva che gli atti amministrativi impugnati e quelli ivi richiamati *per relationem* non consentirebbero di inquadrare le evidenze scientifiche sulle quali si basano le decisioni adottate dall'Amministrazione, sicchè, qualunque ulteriore giustificazione addotta in giudizio rappresenterebbe una inammissibile motivazione postuma delle determinazioni assunte.

Sostiene che, se vi fossero state evidenze scientifiche significative, queste sarebbero state specificate negli atti impugnati e nei verbali del CTS, i quali, invece, risultano, a dire di parte ricorrente, carenti sotto il profilo istruttorio e motivazionale.

Quanto alla domanda risarcitoria, la parte ricorrente ha precisato che il bene della vita azionato, per le sue intrinseche peculiarità, sarebbe ristorabile soltanto in via equitativa, ex art. 1226 c.c., oppure secondo i criteri di giustizia che il T.A.R. ritenesse applicabili alla fattispecie.

5. La difesa erariale, con la memoria depositata in data 8 gennaio 2021, nel ribadire le proprie argomentazioni, si è soffermata a lungo a contestare i contenuti dell'ordinanza istruttoria n. 7716/2020 la quale avrebbe "travalicato i limiti" del sindacato "sulle valutazioni tecnico-scientifiche dell'Amministrazione" (così a pag. 9 della memoria).

Aggiunge che il giudice "non può sostituire la decisione assunta dal DPCM impugnato sulla base di un apprezzamento del C.T.S. a ciò istituzionalmente preposto (che, al più, può ritenersi) scientificamente opinabile, ma non errato, con altra valutazione scientifica (che, a tutto voler concedere, può ritenersi, se non errata) parimenti opinabile, come quella propugnata dai ricorrenti" (pag. 10 id.).

Continua affermando che "Gli elementi probatori addotti dai ricorrenti, ad una valutazione rigorosa e obiettiva, dovrebbero essere bollati come inconsistenti" pur ammettendo vi possa essere "qualche dubbio sul fatto che l'imposizione delle mascherine nella fascia di età tra 6 e 11 anni, durante l'orario scolastico, in qualche limitato caso potrebbe avere - come asserito dai ricorrenti - riflessi sfavorevoli per la salute fisica e psichica del minore".

Quanto al merito, la difesa erariale afferma che, in adempimento della disposta istruttoria, il Ministero della Salute - Direzione Generale della Prevenzione, con nota prot. n. 42458 del 29 dicembre 2020 (doc. 14), avrebbe escluso "in modo chiaro e netto", che l'utilizzo delle mascherine durante l'orario scolastico possa comportare pregiudizi alla salute fisica e psichica dei minori di età compresa tra 6 e 11 anni, a seguire ripercorrendo i contenuti del citato documento.

Evidenzia che il CTS si è già espresso nel verbale n. 124 della riunione dell'8 novembre 2020 (doc. 10), chiarendo la portata dell'art. 1 comma 9, lett. s), del D.P.C.M. 3 novembre 2020 e del verbale n. 104 del 31 agosto 2020 del medesimo Comitato (doc. 5), nella parte in cui si determina l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni, nell'ambito dell'attività didattica "in presenza".

Infine si sofferma a lungo (pagg. 22-33) sul tema della legittimità costituzionale della normativa emergenziale emanata per contenere i rischi derivanti dalla diffusione del contagio da Covid-19, segnatamente analizzando la natura di ordinanze *extra-ordinem* di necessità e urgenza dei DPCM, sostenendo che tali provvedimenti rispetterebbero la riserva di legge assoluta e di giurisdizione, intrattenendosi sulla tematica del limite ai diritti fondamentali basato sul bilanciamento con altri diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione.

6. La parte ricorrente ha replicato con memoria depositata il 12 gennaio 2021, sinteticamente osservando: che la difesa dell'amministrazione sminuirebbe la letteratura medica e scientifica prodotta dai ricorrenti, la quale avrebbe enorme valenza tecnica; che i verbali del CTS prodotti in atti nulla aggiungerebbero rispetto al quadro delineato da parte ricorrente; che proprio il documento allegato dal Ministero della Salute, Direzione Generale della Prevenzione, in esecuzione degli incombenti disposti dal T.A.R., confermerebbe la tesi di parte ricorrente.

7. Tratteggiate le posizioni delle parti, preliminarmente il Collegio deve rilevare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della domanda di annullamento, essendo pacifico che il DPCM impugnato, datato 3 novembre 2020, ha perso efficacia il 3 dicembre 2020, essendo stato sostituito dal DPCM del 3 dicembre 2020, anch'esso nelle more scaduto e sostituito dal DPCM del 14 gennaio 2021, provvedimenti tutti che hanno riproposto la medesima misura censurata dalla parte ricorrente i quali, tuttavia, non sono stati impugnati.

L'estensione del *thema decidendum* del presente giudizio a "ogni successivo DPCM…teso a recepire e comunque a determinare l'obbligo di utilizzo della mascherina per studenti minori, di età superiore ai sei anni, nell'ambito dell'attività didattica "in presenza"", auspicata dalla parte ricorrente per le ragioni precisate nella memoria del 10 dicembre 2020, rappresenta una soluzione non percorribile.

In proposito il Collegio osserva che la doglianza della parte ricorrente sulla "tempistica" dei DPCM - che non consentirebbe una piena ed adeguata tutela giurisdizionale "in quanto i ricorrenti si troverebbero a dover "rincorrere" i DPCM che si succederanno nel tempo senza poter mai trattare la questione oggetto di causa" - meriterebbe *de jure condendo* una riflessione sui rimedi giurisdizionali che l'ordinamento dovrebbe apprestare, a fronte di situazioni del tutto *extra ordinem* in cui, come nell'attualità, si è in presenza di atti amministrativi che reiterano più volte le stesse misure ma che sono dotati di efficacia temporale talmente limitata da compromettere, nella sostanza, il diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Invero i rimedi che attualmente l'ordinamento appresta, quali la richiesta di decreto cautelare e la richiesta di abbreviazione dei termini, non appaiono idonei a rendere effettivo il diritto di difesa: ciò in quanto l'adozione del decreto cautelare non è compatibile con la complessità delle numerose questioni, spesso anche di illegittimità costituzionale, che le parti ricorrenti prospettano; l'abbreviazione dei termini, anche quando concessa, non sempre è idonea a garantire il conseguimento di una pronuncia cautelare in tempo utile, ove l'impugnazione riguardi un DPCM che abbia durata estremamente limitata: si pensi alle disposizioni del DPCM del 24 ottobre 2020 che si sarebbero dovute applicare fino al 24 novembre 2020 ma che hanno, invece, perso efficacia anticipatamente in forza del DPCM del 3 novembre 2020, così restando in vigore per soli 16 giorni; del pari il DPCM del 13 ottobre 2020, la cui efficacia è stata inizialmente prevista fino al 13 novembre 2020, è stata successivamente anticipata al 25 ottobre in forza del DPCM del 24 ottobre 2020, così restando in vigore per soli 12 giorni.

Fermi restando i rilievi che precedono, deve tuttavia affermarsi, *de jure condito*, che la mancata impugnazione espressa dei successivi DPCM con il rimedio dei motivi aggiunti, ne preclude l'esame da parte del Giudice; invero, quantunque, in astratto, le argomentazioni spese in giudizio dall'amministrazione per sostenere la legittimità del DPCM impugnato, ben potrebbero attagliarsi ad analoga difesa dei successivi DPCM, i quali hanno reiterato testualmente la medesima misura in questa sede censurata, dal punto di vista formale deve essere garantito all'amministrazione il diritto di difesa in giudizio, che è presidiato dall'art. 24 cost..

8. Cionondimeno, in presenza di domanda risarcitoria, l'art. 34, comma 3, c.p.a. impone lo scrutinio di legittimità degli atti impugnati.

Richiamando e condividendo quanto affermato da una recente pronuncia del Consiglio di Stato "*Il Collegio non ignora che sul tema dell'interpretazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a. si registra un contrasto tra l'orientamento più recente, per il quale la disposizione normativa non può essere interpretata nel senso che, in seguito ad una semplice generica indicazione della parte e in mancanza di una specifica domanda in tal senso, il giudice debba verificare la sussistenza di un interesse a fini risarcitori, anche perché, sul piano sistematico, diversamente opinando, perderebbe di senso il principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria enucleato dall' art. 30 dello stesso c.p.a. e verrebbe svalutato anche il principio dispositivo che informa il giudizio amministrativo e che preclude la mutabilità ex officio del giudizio di annullamento, una volta azionato (cfr. Cons. Stato, III, 29 gennaio 2020, n. 736; IV, 17 gennaio 2020, n. 418; III, 8 gennaio 2018, n. 5771) e quello tradizionale, per il quale, ai sensi dell'art. 34 comma 3, c.p.a., l'improcedibilità del ricorso non fa venir meno l'interesse ad una decisione che dichiari ed accerti l'illegittimità del provvedimento impugnato, in vista della proposizione della autonoma domanda risarcitoria: si tratterebbe, invero, di una regula iuris che si connette al più grande principio di effettività della tutela giurisdizionale ed al corollario che da tale principio deriva, costituito dall'ammissibilità di azioni di accertamento anche atipiche (cfr. Cons. Stato, V, 28 febbraio 2018, n. 1214; IV, 5 dicembre 2016, n. 5102; IV, 16 giugno 2015, n. 2979; V, 28 luglio 2014, n. 3997; V, 24 luglio 2014, n. 3957)*" (Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2020, n. 4597).

Nel caso di specie la domanda risarcitoria è stata formulata già nel presente giudizio, sicchè l'improcedibilità della domanda caducatoria ne comporta la conversione in domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto.

9. Si devono pertanto esaminare le censure formulate in ricorso.

L'ampia esposizione delle tesi difensive delle parti, contenuta nella narrativa, va opportunamente sintetizzata al fine di inquadrare il nocciolo delle rispettive posizioni.

9.1. Con il primo motivo, con riferimento all'imposizione dell'obbligo per i bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, di indossare la mascherina per tutto il tempo delle lezioni "in presenza", come già visto, la parte ricorrente lamenta che la misura sia stata adottata in contrasto con le indicazioni fornite dal CTS e dall'OMS, senza fornire alcun supporto a sostegno di tale determinazione, la quale risulterebbe, pertanto viziata per difetto di motivazione e di istruttoria.

Lamenta, inoltre, che la suddetta imposizione sia sproporzionata e irragionevole, tenuto conto che gli istituti scolastici avevano già adottato misure per garantire il distanziamento fra i banchi.

Censura, infine, l'imposizione indiscriminata su tutto il territorio nazionale dell'uso della mascherina in parola, per contraddittorietà con le stesse scelte dell'amministrazione, laddove ha inteso differenziare le misure restrittive da applicare nelle diverse regioni proprio sulla base del contesto epidemiologico di ciascuna di esse.

Il motivo è fondato nei termini che seguono.

9.1.1. Il DPCM del 3 novembre 2020 richiama i verbali nn. 122 e 123 delle sedute, rispettivamente, del 31 ottobre e del 3 novembre 2020 del CTS.

Dalla lettura dei suddetti verbali risulta che il primo (n. 123) non ha riguardato le misure relative alla didattica in "presenza"; nel secondo (n. 124) il CTS, chiamato ad esprimere un parere sulla bozza dell'adottando DPCM, ha valutato "congruo l'impianto generale del DPCM relativo all'adozione di ulteriori misure volte al contenimento del contagio dal virus Sars – coV-2 commisurate all'attuale fase epidemiologica", limitandosi, per quanto di interesse, a ricordare l'importanza della didattica "in presenza" nelle scuole di ogni ordine e grado.

In definitiva, i due verbali del CTS richiamati nel DPCM impugnato, nulla esprimono sullo specifico punto oggetto di doglianza.

La difesa erariale, a sostegno della legittimità della misura in rassegna, invoca non già i suddetti verbali, bensì il verbale del n. 124 relativo alla riunione dell'8 novembre 2020 e il verbale n. 104 del 31 agosto 2020.

Infine l'amministrazione nelle sue difese richiama anche la nota del Ministero dell'Istruzione del 9 novembre 2020, pubblicata sul proprio sito istituzionale e indirizzata ai dirigenti scolastici al fine di fugare alcuni dubbi interpretativi sull'uso delle mascherine, in cui viene richiamato il parere espresso dal CTS nel verbale n. 124 relativo alla seduta dell'8 novembre 2020, il quale, "anche in considerazione dell'andamento della contingenza epidemiologica, ritiene auspicabile e opportuno confermare la misura adottata, in coerenza con la scalabilità delle precauzioni previste dalle "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020-2021", approvate nella seduta del CTS n. 104 del 31 agosto 2020" (così a pag. 14 id).

Il verbale n. 124 è relativo ad una seduta del CTS in data successiva alla pubblicazione del DPCM impugnato, sicchè lo stesso, in disparte le considerazioni che seguono, non è utile a rappresentare la eventuale base istruttoria del DPCM del 3 novembre 2020.

Tale verbale è stato redatto per rispondere ad alcuni quesiti posti da vari Ministeri, tra cui i quesiti posti dal Ministero dell'Istruzione relativi al contesto scolastico.

Per quanto in questa sede di interesse, al seguente quesito: "Le mascherine devono essere indossate anche qualora si rispetti il metro di distanza? Ciò è auspicabile?", il CTS dopo aver trascritto il testo dell'art. 1, comma 9, lett. s), del DPCM del 3 novembre 2020, ha risposto affermando "il medesimo DPCM non indica per il contesto scolastico eccezioni correlate al distanziamento. Al riguardo, anche in considerazione dell'andamento della contingenza epidemiologica, il CTS ritiene auspicabile e opportuno confermare la misura adottata *in coerenza con la scalabilità delle misure previste dalle "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020-2021*" [corsivo di evidenziazione] approvate nella seduta del CTS del 31/08/2020".

In proposito valgano due considerazioni: la prima è che nel riportato verbale, successivo al DPCM impugnato, il CTS si limita a prendere atto della misura (oggi in contestazione) ormai già vigente; la seconda, di maggior rilievo, è che il parere del CTS appare perplesso laddove, auspica il mantenimento della misura (obbligo *tout court* di indossare le mascherine anche al banco e nel rispetto del distanziamento) facendo, al contempo, espresso rinvio alle "*Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020-2021*" approvate nella seduta del CTS del 31 agosto 2020.

Il verbale n. 104 del 31 agosto 2020, infatti, è dedicato esclusivamente alla tematica della (si pensava generale) imminente riapertura di tutte le scuole. In esso si legge: "*Il riavvio delle attività scolastiche, pertanto, dovrà continuare a tenere conto dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico, anche prevedendo una modularità e scalabilità delle azioni di prevenzione inclusa quella in esame [NDR l'uso della mascherina]. In particolare, l'Organizzazione Mondiale della Sanità, in un recente documento del 21 agosto fornisce indicazioni rispetto all'uso delle mascherine in ambito scolastico differenziandole per fasce di età: - Fra 6 e 11 anni: uso condizionato alla situazione epidemiologica locale, prestando, comunque, attenzione al contesto socio-culturale e a fattori come la compliance del bambino nell'utilizzo della mascherina e il suo impatto sulle capacità di apprendimento; - Dai 12 anni in poi: utilizzare le stesse previsioni di uso degli adulti*" (pag. 6).

A seguire il CTS afferma: "*Rimarcando l'importanza dell'uso di dette mascherine, si specifica che: -Nell'ambito della scuola primaria, per favorire l'apprendimento e lo sviluppo relazionale, la mascherina può essere rimossa in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)*" (pag. 7 id.).

9.1.2. A ben vedere, dunque, il documento in cui il CTS si è espresso in ordine alla tematica dell'uso delle mascherine a scuola, in via preventiva rispetto all'adozione di atti amministrativi, è il verbale n. 104 del 31 agosto 2020, tanto che lo stesso è richiamato anche nei verbali successivi al DPCM impugnato.

In tale documento, tuttavia, il CTS non ha consigliato di imporre in modo indiscriminato l'uso delle mascherine a scuola, per i bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni ma, al contrario, dopo aver richiamato un documento dell'OMS del 21 agosto 2020, ne ha condiviso le indicazioni rispetto all'uso delle mascherine in ambito scolastico differenziate per fasce di età, prevedendo che, per i bambini di età compresa fra 6 e 11 anni, "*per favorire l'apprendimento e lo sviluppo relazionale, la mascherina può essere rimossa in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)*".

Sempre nel verbale n. 104 il CTS ha specificato che il riavvio delle attività scolastiche dovrà continuare a tenere conto dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico, anche prevedendo una "*modularità e scalabilità delle azioni di prevenzione*" inclusa quella dell'uso delle mascherine, dunque escludendo una imposizione indiscriminata dell'uso delle mascherine.

Ancora, nel verbale in rassegna il CTS ha ribadito "*che il distanziamento fisico (inteso come distanza minima di 1 metro tra le rime buccali degli alunni e, a maggior tutela degli insegnanti, di due metri nella zona interattiva della cattedra tra l'insegnante stesso e i banchi) rimane uno dei punti di primaria importanza nelle azioni di prevenzione del contenimento epidemico ed è da intendersi nel contesto scolastico, in linea generale, sia in condizione statica che in movimento*".

A fronte di tali indicazioni il DPCM impugnato ha imposto l'uso della mascherina ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni, specificando che tale obbligo permane durante l'orario scolastico (art. 1 comma 9, lett. s), così discostandosi dalle indicazioni specifiche fornite dal CTS, senza tuttavia motivare alcunchè sulle ragioni del diverso opinamento e senza addurre o richiamare evidenze istruttorie di diverso avviso, in ipotesi ritenute prevalenti rispetto al parere tecnico-scientifico del CTS.

Il superiore rilevo era stato posto in evidenza già in sede cautelare, laddove si segnalava che il DPCM impugnato, quanto alla misura contestata, era andato in direzione contraria alle indicazioni tecnico-scientifiche dell'organo di cui ha inteso avvalersi, senza tuttavia motivarne le ragioni o allegare evidenze scientifiche diverse da quelle del CTS, in ipotesi ritenute prevalenti.

Fermo restando che ogni censura inerente l'eventuale erroneità della decisione del giudice di prime cure va svolta nella sua sede naturale, che è il giudizio di appello, a ciò essendo deputata la garanzia ordinamentale del doppio grado di giudizio, il Collegio osserva che, ad una serena lettura dell'ordinanza istruttoria n. 7718 del 17 dicembre 2020, emerge che il giudice non "sindacato" le valutazioni tecnico-scientifiche dell'amministrazione, come sostenuto dalla difesa statale, ma si è limitato, invece, a rilevare come l'amministrazione abbia trascurato le "valutazioni tecnico-scientifiche" contenute negli atti istruttori a tal fine adottati, così finendo con l'esercitare in modo non corretto il potere tecnico-discrezionale che alla stessa spetta in modo esclusivo, incorrendo nelle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Deve anche ricordarsi che, con riferimento alla fattispecie in esame, il Consiglio di Stato ha affermato che "*non sembrano esistere, a livello di dati statistici – che, ove sussistano, dovrebbero essere acquisiti agli atti, né a livello di indirizzi operativi pratici per le singole classi, raccomandazioni per un monitoraggio ove possibile costante, e immediato per gli scolari che diano segno di affaticamento, del livello di ossigenazione individuale dopo l'uso prolungato della mascherina; e ciò, sia perché esistono in commercio apparecchi di misurazione di semplicissima utilizzabilità per ciascun maestro, sia perché tale attività costituirebbe forse una utile base statistica per contribuire alle valutazioni scientifiche degli organi preposti. Ciò potrebbe anche consentire una valutazione esplicita, delle autorità scientifiche, su uno dei punti di cui al ricorso, relativo alla ragionevolezza dell'uso obbligatorio della mascherina anche "al banco" e con distanziamento adeguato*" (Cons. stato, Sez. III, decreto n. 26 novembre 2020, n. 6795).

A ben vedere l'ordinanza n. 7718 del 17 dicembre 2020 ha sostanzialmente ripreso le surriportate osservazioni del Consiglio di Stato e, concordando con il giudice di appello, ha rilevato che il DPCM non ha condizionato l'imposizione della misura in rassegna alla verifica di quella serie di variabili oggettive e soggettive segnalate proprio dal CTS nel verbale n. 104.

9.1.3. Né coglie nel segno la tesi della difesa erariale secondo cui la misura in parola sarebbe stata introdotta in conformità alla previsione di rango legislativo di cui all'art. 1, comma 2, D.L. 19/2020, convertito in L. 35/2020.

Detta norma, invero, per quanto di interesse, ha previsto alla lett. hh-*bis*), l'"obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, *con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private* [corsivo di evidenziazione] e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi: 1) i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva; 2) i bambini di età inferiore ai sei anni; 3) i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità".

Tale disposizione, invero, contempla solo la "possibilità" di prevederne l'obbligatorietà nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto, ma sempre fatta "*eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi*".

Tale ultima eccezione, espressamente contemplata dalla surriportata disposizione di rango legislativo, dunque, condizionava la prescrizione generalizzata dell'uso delle mascherine all'impossibilità di garantire il distanziamento; viceversa, l'aver imposto l'uso della mascherina, nel caso di specie ai bambini fra i 6 e gli 11 anni in ambito scolastico, anche laddove sia garantita la distanza di un metro, appare non in linea con il principio di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente, contemplato dalla norma in rassegna.

9.2. Da quanto precede discende la fondatezza anche della censura che ritiene irragionevole l'imposizione indiscriminata della mascherina anche negli istituti scolastici che avevano già adottato misure per garantire il distanziamento fra i banchi.

Invero il CTS ha affermato, sempre nel verbale n. 104, che il riavvio delle attività scolastiche dovrà continuare a tenere conto dell'evoluzione dell'andamento epidemiologico, anche prevedendo una "*modularità e scalabilità delle azioni di prevenzione*" inclusa quella dell'uso delle mascherine.

A parere del Collegio, con l'espressione "modularità e scalabilità" delle misure, il CTS ha inteso escludere una imposizione indiscriminata dell'uso delle mascherine avendo, al contrario, suggerito di "modularle" e "scalarle" *in pejus* o *in melius* in considerazione dell'evoluzione sia dell'andamento epidemiologico sia dell'oggettivo "rispetto della distanza di almeno un metro" fra i banchi.

Non è superfluo ricordare che, sempre nel medesimo verbale, il CTS ha ribadito "*che il distanziamento fisico (inteso come distanza minima di 1 metro tra le rime buccali degli alunni e, a maggior tutela degli insegnanti, di due metri nella zona interattiva della cattedra tra l'insegnante stesso e i banchi) rimane uno dei punti di primaria importanza nelle azioni di prevenzione del contenimento epidemico ed è da intendersi nel contesto scolastico, in linea generale, sia in condizione statica che in movimento*" (pag. 3 id.).

In generale, sempre nel verbale n. 104, è precisato "che il CTS nella seduta n. 100 del 10/08/2020 così come ribadito nella seduta n. 101 del 19/08/2020, in risposta a specifico quesito del Ministero dell'Istruzione, al solo scopo di garantire l'avvio dell'anno scolastico e in via emergenziale, si è espresso sulla possibilità che *in eventuali situazioni (transitorie o emergenziali) "in cui non sia possibile garantire nello svolgimento delle attività scolastiche il distanziamento fisico prescritto, sarà necessario assicurare l'uso della mascherina,* [corsivo di evidenziazione] preferibilmente di tipo chirurgico, garantendo periodici e frequenti ricambi d'aria insieme con le consuete norme igieniche".

In tale verbale, peraltro, il CTS si era espresso non solo affermando che l'imposizione della mascherina sarebbe dovuta essere l'*extrema ratio* soltanto in caso "*non sia possibile garantire nello svolgimento delle attività scolastiche il distanziamento fisico prescritto*", ma evidenziando che una tale situazione dovesse essere corretta "prima possibile, anche attraverso l'utilizzo di soluzioni strutturali provvisorie già utilizzate in altri contesti emergenziali per periodi temporanei, al fine di garantire il distanziamento prescritto"(pag. 4 id.).

9.3. Da ultimo si evidenzia che, sebbene il CTS abbia richiamato le indicazioni dell'OMS ma non abbia espressamente suggerito, nelle sue prescrizioni, di tener conto anche della situazione epidemiologica locale, l'aver imposto in modo indiscriminato su tutto il territorio nazionale l'uso della mascherina ai bambini di età compresa fra i 6 e gli 11 anni a scuola, anche al banco in condizione di staticità – appare non del tutto coerente con la scelta dell'amministrazione, richiamata nello stesso DPCM all'art. 2, di differenziare le misure restrittive da applicare nelle diverse regioni, sulla base del contesto epidemiologico di ciascuna di esse, come determinato da apposita ordinanza del Ministro della Salute.

10. Le considerazioni che precedono non risultano essere smentite dalla relazione depositata all'esito dell'ordinanza istruttoria.

Invero, la relazione a firma del Direttore dell'Ufficio I della Direzione Generale della prevenzione del Ministero della Salute del 29 dicembre 2020 non indica che determinate evidenze scientifiche siano state assunte a fondamento tecnico-scientifico dell'imposizione della misura impugnata, ma si limita a riferire di varia letteratura scientifica (di segno in parte contrario a quella prodotta dai ricorrenti) ove si affronta la tematica delle possibili ricadute sulla salute psico-fisica dei bambini derivanti dall'uso prolungato della mascherina, in cui è stato rilevato il disagio psicologico provocato da tale uso ed è stato ritenuto "che i disagi percepiti e gli atteggiamenti negativi associati all'uso delle mascherine durante la pandemia COVID-19 possano essere almeno parzialmente spiegati dai tentativi di soddisfare tre bisogni psicologici di base (autonomia, relazione e comprensione), piuttosto che con un disagio fisiologico reale".

A sua volta, nello stralcio del verbale n. 143 del CTS relativo alla riunione dell'8 gennaio 2021, il CTS non ha fatto proprio l'avviso espresso dal Ministero della Salute nella nota prot. n. 42458 del 29 dicembre 2020, come sostiene la difesa erariale, ma si è limitato ad acquisirla e a ritrasmetterla al Servizio del Contenzioso del Dipartimento della Protezione Civile per i seguiti di competenza, senza fornire alcuna autonoma indicazione sul punto.

10.1. Osserva il Collegio che la citata relazione del Ministero della Salute non ha fornito risposta alla richiesta istruttoria in cui la Sezione manifestava l'esigenza di disporre di "una sintetica relazione in cui si chiariscano le evidenze scientifiche, poste alla base dell'imposizione dell'uso della mascherina anche ai bambini di età superiore ai 6 anni, anche durante l'orario scolastico … dalle quali possa ritenersi scongiurato il pericolo che si verifichi un calo di ossigenazione per apparati polmonari assai giovani, causato dall'uso prolungato della mascherina, o che vi siano ricadute di tale imposizione sulla salute psico-fisica dei minori in una fase della crescita particolarmente delicata".

Gli studi scientifici che la citata relazione richiama non risultano richiamati nel DPCM impugnato per motivare l'imposizione dell'uso della mascherina ai bambini dai 6 agli 11 anni, anche al banco e con il rispetto della distanza di un metro, nonostante le diverse indicazioni del CTS.

Ne discende che, fermo restando che le considerazioni svolte dal Ministero della Salute nella citata relazione rappresenterebbero comunque una forma di integrazione postuma della motivazione, di per sé inammissibile, il DPCM del 3 novembre 2020, nella parte oggetto di censura nel presente giudizio (art. 1, comma 9, lett. s), continua a presentare, anche dopo la disposta acquisizione istruttoria, i vizii di difetto motivazione e di difetto di istruttoria.

10.2. Si deve ricordare che, per giurisprudenza granitica, il provvedimento amministrativo può essere motivato *per relationem*, a condizione, tuttavia, che siano indicati e resi disponibili gli atti cui l'amministrazione pubblica fa rinvio, garantendo all'interessato la possibilità di prenderne visione (*ex multis*: T.A.R. Toscana, sez. I, 14 ottobre 2020, n. 1205).

Invero nell'ambito del provvedimento amministrativo, la motivazione *per relationem* deve intendersi ammessa nelle ipotesi in cui il provvedimento sia preceduto e giustificato da atti istruttori in esso espressamente richiamati (Cons. Stato, Sez. VI, 9 ottobre 2020, n. 5990).

Tuttavia, nel caso di specie, gli atti che il DPCM impugnato ha indicato quali atti presupposti ai cui contenuti fa rinvio, ossia i verbali n. 123 e n. 124 del CTS, come già visto, nulla dicono sul punto.

Ne risulta, dunque, il non corretto esercizio della discrezionalità amministrativa sotto forma di eccesso di potere.

Viepiù nelle materie in cui l'amministrazione, come nel caso di specie, gode di amplissima discrezionalità, il sindacato per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento amministrativo, anche quando questo rimandi *per relationem* agli atti istruttori, scongiura il rischio che la portata della discrezionalità amministrativa sconfini nel puro arbitrio (Cons. Stato, Sez. III, 2 novembre 2020, n. 6740). Dunque, nelle materie connotate da lata discrezionalità amministrativa, il sindacato del giudice amministrativo deve essere condotto attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, nello specifico nella forma della motivazione insufficiente, dell'errore di fatto, dell'ingiustizia grave e manifesta, della contradditorietà interna ed esterna, nonché, più radicalmente, dello sviamento di potere (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 976).

11. La parte ricorrente sostiene, inoltre, che la misura censurata, quand'anche ispirata al principio di precauzione, non ne rispetterebbe i parametri; l'amministrazione, viceversa, ritiene che tale misura si giustifichi proprio in ragione di detto principio.

Posta la differenza concettuale che intercorre tra precauzione (limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi) e prevenzione (limitazione di rischi oggettivi e provati) - il principio di precauzione, dettato in *primis* dall'art. 191 del TFUE e a seguire recepito da ulteriori fonti comunitarie e dai singoli ordinamenti nazionali, fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto.

L'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525; id. Sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495).

In proposito la Commissione Europea in una Comunicazione del 2 febbraio 2000 ha affermato che "*Nel caso in cui si ritenga necessario agire, le misure basate sul principio di precauzione dovrebbero essere, tra l'altro: • proporzionali rispetto al livello prescelto di protezione, • non discriminatorie nella loro applicazione, • coerenti con misure analoghe già adottate, • basate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri dell'azione o dell'inazione (compresa, ove ciò sia possibile e adeguato, un'analisi economica costi/benefici), • soggette a revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici, e • in grado di attribuire la responsabilità per la produzione delle prove scientifiche necessarie per una più completa valutazione del rischio*" (par. 6). Ha, inoltre, chiarito, a proposito della "proporzionalità" che "*Non sempre un divieto totale può essere una risposta proporzionale al rischio potenziale*".

In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità, la Commissione suggerisce di modulare l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di "revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici" (par. 6 e 6.3.5).

11.1. Condividendo questa linea di pensiero, anche la costante giurisprudenza ha ritenuto che il principio di precauzione, i cui tratti giuridici si individuano lungo il segnalato percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi - carattere necessario delle misure adottate, presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura (*ex multis*, Cons. stato, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655 che richiama id., sez. IV, n. 1240/2018, Cons. Giust. Amm. Sicilia Sez. Giurisd., n. 581/2015 e Cons. Stato, Sez. V, n. 6250/2013).

Pur essendo innegabile che le misure adottare per fronteggiare l'emergenza sanitaria in corso siano nel complesso ispirate al principio di precauzione, tuttavia, coniugando le carenze istruttorie e motivazionali di cui si è dato conto nei punti che precedono con le superiori coordinate ermeneutiche, il Collegio dubita che, con riferimento alla censurata misura, possa dirsi compiuto appieno quel giudizio di "stretta necessità" attraverso (anche) il quale si declina il principio di precauzione.

Conclusivamente, alla luce della fondatezza delle censure di difetto di istruttoria e di motivazione, ai fini che in questa sede rilevano, va dichiarata l'illegittimità dell'atto impugnato, nella parte oggetto di doglianza, con conseguente esonero dallo scrutinio delle ulteriori censure.

12. La domanda risarcitoria, purtuttavia, per come formulata in ricorso, è inammissibile per genericità.

La parte ricorrente, invero, non ha chiarito in cosa risieda il danno, né ha indicato la sussistenza di tutti gli altri elementi di cui all'art. 2043 c.c., in base ai quali la giurisprudenza ritiene configurabile la responsabilità aquiliana dell'amministrazione da illegittima attività provvedimentale.

Anche il processo amministrativo, infatti, è regolato dal principio dell'onere della prova, contenuto nell'art. 2697 c.c., in base al quale chi vuole far valere in giudizio un diritto deve indicare e provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, come chiaramente disposto dall' art. 64 c.p.a..

Grava, conseguentemente, sul danneggiato il preciso onere di allegare e provare i citati elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito, dato che la condanna all'effettivo risarcimento non è conseguenza automatica dell'illegittimità dell'atto (cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 6 aprile 2020, n. 115).

Nel caso di specie la domanda risarcitoria è stata meramente enunciata, sicchè la stessa va dichiarata inammissibile.

13. Le spese del giudizio, in considerazione della novità delle questioni trattate, possono essere compensate integralmente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- dichiara improcedibile la domanda di annullamento del DPCM 3 novembre 2020;
- dichiara l'illegittimità dell'art. 1, comma 9, lett. s), del suddetto DPCM nei sensi di cui in motivazione;
- dichiara inammissibile la domanda risarcitoria;
- compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2021, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente
Laura Marzano, Consigliere, Estensore
Francesca Petrucciani, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Laura Marzano	**Antonino Savo Amodio**

IL SEGRETARIO