

INFORMAZIONI CIOFS E CNOS/SCUOLA

8/2021

A cura di d. Bruno Bordignon

184/21 I DPCM ledono il diritto alla difesa, TAR: no all'uso indiscriminato della mascherina se c'è distanziamento di 1metro per bambini 6/11 anni

di *Avv. Marco Barone*

La sentenza del 19 febbraio 2021 del TAR del Lazio N. 02102/2021 farà sicuramente discutere per la sua portata. Sentenza dove si toccano diverse questioni delicate, quali il diritto alla difesa compromesso dallo strumento dei DPCM e sull'imposizione indiscriminata della mascherina a scuola, definita sostanzialmente illegittima, quando sussiste una distanza di almeno 1 metro.

Va detto che la questione è delicata e sarebbe il caso comunque che al **ministero dotassero il personale scolastico di idonei strumenti di protezione**, a prescindere dal fatto che l'uso della mascherina per i bambini in questione sia o non sia obbligatoria, **come le mascherine FFP2 e non solo quelle chirurgiche** almeno nella fase più acuta in cui stiamo entrando nell'emergenza sanitaria. Il gruppo di mascherine FFP2 ha un filtraggio del 94% e il FFP3 del 99%. Solo FFP2 e FFP3 sono ritenute idonee a proteggere dagli agenti patogeni a trasmissione aerea, devono avere marchio CE e l'indicazione UNI EN 149 e devono essere indossate con una tecnica precisa (la procedura corretta è facilmente rintracciabile sul web). Cosa si aspetta a farlo? La fine dell'anno scolastico? Tanto detto riportiamo i punti più salienti della sentenza in questione.

Il fatto

Una nota associazione come difesa dal proprio team legale proponeva ricorso contro il 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 non solo, impugnando anche altre plurime disposizioni. Disposizioni riprese dai successivi DPCM.

I DPCM compromettono il diritto alla difesa

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 succedono 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”.

Su l'uso della mascherina per i bambini 6-11 anni

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. 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”*** approvate nella seduta del CTS del 31/08/2020”. In proposito valgono 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 perplessa 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 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.

L’imposizione indiscriminata dell’uso della mascherina contrasta con le disposizioni del CTS se garantita distanza di 1metro

“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”. Quindi ***“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. 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”.

Su l’uso della mascherina al banco in condizione di staticità

“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. 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".

[I DPCM ledono il diritto alla difesa, TAR: no all'uso indiscriminato della mascherina se c'è distanziamento di 1metro per bambini 6/11 anni - Orizzonte Scuola Notizie](#)