

Pubblicato il 11/03/2021

N. 00227/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00125/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 125 del 2021, proposto da
Alfonso Bonifacio, Aniello Chiarelli, Carmela Del Monte, Giustino Donofrio, Isabella Grande,
Giovanni Leonasi, Claudio Massimo Oriolo, Rossella Roselli e Giuseppe Nicola Solimando,
rappresentati e difesi dall'avvocato Donatello Genovese, con domicilio eletto presso il suo studio in
Potenza, via Mazzini 23/A;

contro

Ministero della Salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliataria ex lege in Potenza, via XVIII Agosto, 46 (Palazzo
Uff.);

Regione Basilicata non costituita in giudizio;

per l'annullamento,
previa sospensione cautelare,

- 1) dell'ordinanza del Ministro della Salute del 27 febbraio 2021, pubblicata nella G.U. n. 50 del 28 febbraio 2021, che estende, dal 1° al 15 marzo 2021, le misure restrittive della c.d. zona rossa di cui all'art. 3 del DPCM del 14 gennaio 2021 all'intero territorio della Basilicata;
- 2) dell'ordinanza del Presidente della Regione Basilicata n. 5 del 27 febbraio 2021, che dispone che “con decorrenza dal 1° marzo 2021 e fino al 5 marzo 2021, le Istituzioni scolastiche della scuola primaria e del primo anno della scuola secondaria di primo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica ed educativa in modo che il cento per cento delle attività sia svolta mediante il ricorso alla didattica digitale integrata”;
- 3) di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ove lesivo degli interessi dei ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021 il dott. Paolo Mariano e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame, depositato in data 1/3/2021, i nove deducenti - avvocati residenti in altrettanti comuni lucani - hanno impugnato i seguenti provvedimenti:

- l'ordinanza del 27/2/2021 con cui il Ministro della Salute, con effetto dal 1° al 15 marzo 2021, ha disposto l'applicazione nei confronti del territorio della regione Basilicata delle misure restrittive della c.d. “zona rossa” di cui all'art. 3 del D.P.C.M. del 14/1/2021, tenuto conto di quanto evidenziato nel verbale del 26/2/2021 della Cabina di Regia di cui D.M. 29/5/2020, nel quale l'organo tecnico ha attestato che “(...) *oltre alla tendenza di un lento e progressivo peggioramento della situazione epidemiologica a livello nazionale, si evince che la Regione Basilicata presenta un'incidenza settimanale dei contagi superiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti, nonché uno scenario “di tipo 3” ed un livello di rischio moderato*”;

- l'ordinanza del Presidente della Regione Basilicata n. 5 del 27/2/2021, con cui si è disposto che “con decorrenza dal 1° marzo 2021 e fino al 5 marzo 2021, le Istituzioni scolastiche della scuola primaria e del primo anno della scuola secondaria di primo grado adottano forme flessibili

nell'organizzazione dell'attività didattica ed educativa in modo che il cento per cento delle attività sia svolta mediante il ricorso alla didattica digitale integrata”.

1.1. Il gravame è affidato ai seguenti motivi:

- inosservanza del principio di proporzionalità, atteso che nei comuni nei quali i ricorrenti sono residenti, come anche in molti altri della regione Basilicata, la situazione epidemiologica non avrebbe giustificato l'introduzione di un regime restrittivo da “zona rossa”. Pertanto, sarebbe stato necessario escludere detti comuni da tale perimetro;

- violazione dell'art. 3, co. 1 e 2, del D.P.C.M. del 14/1/2021 (previsioni di rango sub primario che, a ben vedere, corrispondono a parte dei contenuti dell'art. 1, co. 16-bis, del D.L. 16/5/2020, n. 33, al quale, nel prosieguo, si farà diretto riferimento), secondo cui:

a) *“Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19, con ordinanza del Ministro della salute, adottata ai sensi dell'art. 1, comma 16-quater, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, sono individuate le regioni nel cui territorio si manifesti un'incidenza settimanale dei contagi superiore a cinquanta casi ogni centomila abitanti e che si collocano in uno scenario almeno di tipo 3 e con un livello di rischio almeno moderato, secondo quanto stabilito dal documento di «Prevenzione e risposta a COVID-19; evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale», condiviso dalla Conferenza delle regioni e Province autonome di Trento e Bolzano l'8 ottobre 2020”* (cfr. art. 3, co. 1, cit.), atteso che gran parte del territorio regionale sarebbe sprovvisto dei requisiti per soggiacere all'istituzione della “zona rossa”;

b) *“Con ordinanza del Ministro della salute adottata ai sensi dell'art. 1, comma 16-bis, quinto periodo, del citato decreto-legge n. 33 del 2020, d'intesa con il Presidente della regione interessata, in ragione dell'andamento del rischio epidemiologico certificato dalla Cabina di regia di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, può essere in ogni momento prevista, in relazione a specifiche parti del territorio regionale, l'esenzione dell'applicazione delle misure di cui al comma 4”* (cfr. art. 3, co. 2, cit.), atteso che il Ministro della Salute (e il Presidente della Regione) avrebbero dovuto differenziare a livello territoriale le misure restrittive.

2. Si è costituito in giudizio il Ministero della Salute che, eccependo *in limine* l'improcedibilità del gravame, in ragione di quanto disposto dall'art. 57, co. 3, del D.P.C.M. del 2/3/2021 (*“Le disposizioni delle ordinanze del Ministro della salute 27 febbraio 2021, recanti ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, per le Regioni Abruzzo, Basilicata, Lombardia, Marche, Molise, Piemonte, Province autonome di Trento e Bolzano, Toscana, Sardegna, Umbria, richiamate in premessa, continuano ad applicarsi fino all'adozione delle nuove ordinanze ai sensi dell'art. 1, commi 16-bis e seguenti del decreto-legge*

16 maggio 2020, n. 33, e comunque non oltre il 15 marzo 2021, fatta salva una eventuale nuova classificazione”), ne ha comunque chiesto il rigetto nel merito.

3. Con decreto cautelare del 2/3/2021, il Presidente di questo Tribunale, in accoglimento di conforme istanza dei ricorrenti, ha disposto l’abbreviazione dei termini processuali e fissato per la trattazione dell’incidente cautelare la camera di consiglio del 10/3/2021.

4. Alla camera di consiglio così fissata la causa è passata in decisione previo rilievo *ex officio* della parziale improcedibilità del ricorso (in relazione all’ordinanza regionale, la cui efficacia è spirata in data 5/3/2021), nonché avviso della possibile adozione di una sentenza in forma semplificata ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm..

5. Il ricorso è in parte improcedibile, in parte infondato nei sensi appresso specificati.

6. Va, anzitutto, rilevata - secondo quanto eccepito dal Collegio - l’improcedibilità della domanda di annullamento relativa all’ordinanza con cui il Presidente della Regione ha disposto che le Istituzioni scolastiche della scuola primaria e del primo anno della scuola secondaria di primo grado adottano forme flessibili nell’organizzazione dell’attività didattica ed educativa in modo che il cento per cento delle attività sia svolta mediante il ricorso alla didattica digitale integrata. Detto provvedimento aveva, infatti, vigenza dall’1/3/2021 al 5/3/2021, talché allo stato è improduttivo di effetti e dal suo annullamento i ricorrenti non ritrarrebbero alcuna concreta *utilitas*.

Al riguardo, va comunque precisato che, per effetto dello *ius superveniens* (cfr. art. 43 del D.P.C.M. del 2/3/2021), all’introduzione della “zona rossa” consegue *ex se* che le attività dei servizi educativi dell’infanzia e le attività scolastiche e didattiche delle scuole di ogni ordine e grado si svolgono esclusivamente con modalità a distanza.

7. L’impugnazione dell’ordinanza ministeriale è, invece, infondata; pertanto si può prescindere dallo scrutinio dell’eccezione di improcedibilità sollevata dalla difesa erariale.

7.1. Vanno, preliminarmente, richiamate le principali disposizioni normative che delineano il contesto nel quale la fattispecie per cui è causa deve essere inquadrata:

- “Il Ministero della salute, con frequenza settimanale, pubblica nel proprio sito internet istituzionale e comunica ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati i risultati del monitoraggio dei dati epidemiologici di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 112 del 2 maggio 2020. Il Ministro della salute con propria ordinanza, sentiti i Presidenti delle regioni interessate, può individuare, sulla base dei dati in possesso ed elaborati dalla cabina di regia di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020 in coerenza con il documento in materia di 'Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale', di cui all'allegato 25 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 3 novembre

2020, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 275 del 4 novembre 2020, sentito altresì sui dati monitorati il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, una o più regioni nel cui territorio si manifesta un più elevato rischio epidemiologico e in cui, conseguentemente, si applicano le specifiche misure individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, aggiuntive rispetto a quelle applicabili sull'intero territorio nazionale. Le ordinanze di cui al secondo periodo sono efficaci per un periodo minimo di quindici giorni, salvo che dai risultati del monitoraggio risulti necessaria l'adozione di misure più rigorose, e vengono comunque meno allo scadere del termine di efficacia dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sulla base dei quali sono adottate, salva la possibilità di reiterazione. L'accertamento della permanenza per quattordici giorni in un livello di rischio o in uno scenario inferiore a quello che ha determinato le misure restrittive comporta in ogni caso la nuova classificazione. Con ordinanza del Ministro della salute, adottata d'intesa con i Presidenti delle regioni interessate, in ragione dell'andamento del rischio epidemiologico certificato dalla cabina di regia di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, può essere in ogni momento prevista, in relazione a specifiche parti del territorio regionale, l'esenzione dall'applicazione delle misure di cui al secondo periodo. I verbali del Comitato tecnico scientifico e della cabina di regia di cui al presente articolo sono pubblicati per estratto in relazione al monitoraggio dei dati nel sito internet istituzionale del Ministero della salute. Ferma restando l'ordinanza del Ministro della salute del 4 novembre 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 276 del 5 novembre 2020, i dati sulla base dei quali la stessa è stata adottata sono pubblicati entro tre giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione.” (cfr. art. 1, co. 16-bis, del D.L. 16/5/2020, n. 33);

- “Il Ministro della salute, con propria ordinanza, secondo le procedure di cui ai commi 16-bis e 16-ter, applica alle regioni che, ai sensi del comma 16-bis, si collocano in uno scenario almeno di tipo 2 e con un livello di rischio almeno moderato, ovvero in uno scenario almeno di tipo 3 e con un livello di rischio almeno moderato, ove nel relativo territorio si manifesti un'incidenza settimanale dei contagi superiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti, le misure individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, aggiuntive e progressive rispetto a quelle applicabili nell'intero territorio nazionale.” (cfr. art. 1, co. 16-quater, del D.L. 16/5/2020, n. 33);

- “Sono denominate: a) "Zona bianca", le Regioni, di cui al comma 16-sexies, nei cui territori l'incidenza settimanale di contagi è inferiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti per tre settimane

consecutive e che si collocano in uno scenario di tipo 1, con un livello di rischio basso; b) "Zona arancione", le Regioni, di cui ai commi 16-quater e 16-quinquies, nei cui territori l'incidenza settimanale dei contagi è superiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti e che si collocano in uno scenario di tipo 2, con livello di rischio almeno moderato, nonché quelle che, in presenza di una analoga incidenza settimanale dei contagi, si collocano in uno scenario di tipo 1 con livello di rischio alto; c) "Zona rossa", le Regioni di cui al comma 16-quater, nei cui territori l'incidenza settimanale dei contagi è superiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti e che si collocano in uno scenario di tipo 3, con livello di rischio almeno moderato; d) "Zona gialla" le Regioni nei cui territori sono presenti parametri differenti da quelli indicati alle lettere a), b), c)." (cfr. art. 1, co. 16-septies, del D.L. 16/5/2020, n. 33).

7.2. All'esito della disamina di tali disposizioni, deve ritenersi che le ordinanze adottate dal Ministro della Salute ai sensi dell'art. 1, co. 16-bis e ss., del D.L. n. 33/2020 (*genus* al quale appartiene quella *sub iudice*), riguardanti l'applicazione alle regioni di misure più restrittive rispetto a quello vigenti nel territorio nazionale, costituiscono atti rigidamente vincolati sotto il profilo dell'*an* (in quanto tali ordinanze devono essere adottate al ricorrere di determinati presupposti tecnico scientifici, ricognitivi di indici parametrici di un più elevato rischio epidemiologico), del *quid* (nel senso che la norma di legge individua previamente le misure restrittive che conseguono ad ogni tipologia di "zona"), del *quando* (nel senso che la durata minima di dette misure è prefissata in quindici giorni).

E' opinione del Collegio che tale vincolo, per quanto di più diretta rilevanza ai fini di causa, coinvolga anche la definizione dell'ambito territoriale cui applicare il regime di contenimento rafforzato, atteso che detto ambito è individuato, *ope legis*, quantomeno nel territorio di una regione. Tanto si evince dalla lettura del comma 16-bis dell'art. 1 cit., in cui l'efficacia dell'ordinanza istitutiva di una "zona" è *ictu oculi* riferita ad "(...) una o più regioni nel cui territorio si manifesta un più elevato rischio epidemiologico (...)". In termini, depone il successivo comma 16-quater (relativo alla c.d. "zona rossa"), in cui si prevede che il Ministro della Salute, al ricorrere dei relativi presupposti, applica "(...) alle regioni (...)" misure più restrittive.

A tale stregua, dunque, deve escludersi che il Ministro della Salute abbia la possibilità, in sede di istituzione di una "zona", di differenziare - al suo interno - il territorio regionale, costituendo quest'ultimo l'unità territoriale minima da ricomprendere nell'istituendo perimetro contenitivo (il quale, eventualmente, può essere esteso anche a più regioni).

Conferma di tale approdo è rinvenibile nel penultimo capoverso del medesimo art. 1, co. 16-bis, cit., nel quale la possibilità di esentare "*specifiche parti del territorio regionale*" dall'applicazione delle misure corrispondenti ad una "zona" è rimessa ad un'ordinanza ministeriale differente da

quella istitutiva di tale perimetro, in quanto atto che il Ministro della Salute - nell'esercizio di una potestà connotata da discrezionalità - può assumere "*d'intesa*" con il Presidente della regione interessata. Dunque, secondo uno schema procedurale - di natura co-decisoria - radicalmente differente rispetto a quello che caratterizza, invece, l'assunzione dell'ordinanza istitutiva della "zona" (quest'ultima adottata "sentito" il Presidente della regione interessata). Tale diversità è conclamata, inoltre, dalla circostanza - fatta palese sempre nel penultimo capoverso dell'art. 1, co. 16-bis, cit. - per cui l'ordinanza derogatoria ha come effetto l'esenzione "*dall'applicazione delle misure di cui al secondo periodo*", ovverosia delle misure già disposte con l'ordinanza istitutiva della "zona" (che è contemplata, per l'appunto, nel secondo periodo del comma 16-bis).

D'altra parte, l'adozione dell'ordinanza di esenzione può avvenire soltanto "*(...) in ragione dell'andamento del rischio epidemiologico certificato dalla cabina di regia*". Il che presuppone, a livello istruttorio, la disponibilità di dati, riferibili alle singole porzioni territoriali candidate all'esenzione, in grado di giustificare sotto il profilo tecnico-scientifico l'introduzione del regime derogatorio. Detto aspetto è di particolare rilevanza se si tiene conto che i documenti tecnici propedeutici all'istituzione della "zona rossa" in contestazione (cfr. nota del CTS del 26/2/2021; verbale di riunione della Cabina di Regia del 26/2/2021; report di monitoraggio settimanale del Ministero della Salute aggiornato al 24/2/2021) risultano ricognitivi esclusivamente della situazione epidemiologica riferita alla globalità dell'ambito regionale e, dunque, non avrebbero consentito, in quella sede, di supportare eventuali apprezzamenti differenziati a livello sub-regionale (evidentemente rimessi ad una successiva ed eventuale valutazione, previa l'acquisizione di elementi tecnico-scientifici opportunamente disaggregati dal punto di vista territoriale).

7.3. Fatte queste precisazioni, emerge l'infondatezza di tutti i profili di censura sollevati.

Anzitutto, non è contestabile, tenuto conto dei documenti istruttori che sorreggono l'ordinanza ministeriale impugnata, che sussistessero i presupposti per l'istituzione nel territorio della regione Basilicata di una "zona rossa" ai sensi dell'art. 1, co. 16-*quater* e 16-*septies*, del D.L. 16/5/2020, n. 33 (ovverosia, secondo quanto rilevato nel verbale del 26/2/2021 della Cabina di Regia di cui D.M. 29/5/2020, un'incidenza settimanale dei contagi superiore a 50 casi ogni 100.000 abitanti e uno scenario di tipo 3 con livello di rischio almeno moderato).

A fronte di tali evidenze, dunque, il Ministro della Salute non poteva esimersi dall'istituire una "zona rossa" (aspetto non contestato dai ricorrenti) e, per quanto di rilievo ai fini del giudizio, dal ricomprendere in detto perimetro l'intero territorio regionale.

Non era infatti possibile, in quella sede, differenziare l'efficacia territoriale delle misure adottate al fine di tener conto delle peculiarità dei singoli comuni che insistono nel territorio regionale, in quanto l'attività amministrativa è vincolata all'osservanza della legge, la quale, come dianzi riferito,

individua la regione quale unità territoriale minima alla quale applicare, *ab origine*, i regimi di contenimento rafforzato (in specie quello da “zona rossa”). In tal senso, dunque, va confutata l’ipotizzata violazione del canone di proporzionalità, costituendo esso parametro di sindacato dell’attività amministrativa discrezionale (il cui *proprium* è, per l’appunto, il contemperamento dei molteplici interessi in gioco), non già di quella vincolata (com’è quella esercitata in specie).

La violazione di tale canone potrebbe, al più, investire direttamente il paradigma normativo di riferimento (art. 1, co. 16-bis e ss., del D.L. n. 33/2020), considerato che detto principio assume la funzione di criterio regolatore nel delicato rapporto tra l’obiettivo primario di tutela della salute e l’altrettanto essenziale esigenza di non compromettere, oltre il necessario e con sacrifici non giustificati, altri concorrenti valori costituzionali (cfr. Corte Costituzionale 9/5/2013, n. 85; id. 28/11/2012, n. 264; id. 24/3/2016, n. 63). Tuttavia, considerato il residuo orizzonte temporale di vigenza dell’ordinanza impugnata, ogni eventuale questione di costituzionalità della presupposta norma - in disparte la necessaria verifica del requisito della non manifesta infondatezza - sarebbe comunque privata *medio tempore* del requisito di rilevanza.

Neppure ricorrono i denunciati profili di violazione di legge, considerato che la possibilità di differenziazione territoriale delle misure restrittive, pur contemplata dall’art. 1, co. 16-bis, penultimo capoverso, del D.L. n. 33/2020, è rimessa, come già evidenziato, ad una determinazione amministrativa differente (e successiva) rispetto a quella istitutiva della “zona rossa” (ovverosia ad un’ordinanza di esonero adotta dal Ministro della Salute d’intesa con il Presidente della Regione, previo esperimento di un’apposita istruttoria funzionale al riscontro dei presupposti giustificanti la deroga a livello sub regionale).

Talché, l’omesso esercizio di tale potestà esula dall’odierno *thema decidendum*, investendo - peraltro - un potere non esercitato.

In merito a quest’ultimo profilo, è opportuno comunque soggiungere che la formulazione della citata norma - che prevede la deroga per “*specifiche parti del territorio regionale*” - è tale da prefigurare un regime di *favor* per contesti territoriali ben circoscritti e, quindi, non risulta utilmente invocabile nelle ipotesi, come quella in esame, in cui l’eventuale portata derogatoria coinvolgerebbe un numero elevato e geograficamente disomogeneo di comuni.

In tale peculiare contesto, infatti, la selezione dei diversi regimi applicabili:

- si esporrebbe ad intuibili difficoltà di ordine istruttorio, onerando l’Autorità amministrativa della verifica, per nulla agevole, dell’effettiva incidenza comune per comune del rischio epidemiologico. Vieppiù se si considera che quest’ultimo non è legato soltanto al numero dei contagi giornalieri, ma anche a parametri più generali e non sempre circoscrivibili a livello comunale (*in primis*, l’incidenza sul sistema sanitario regionale);

- potrebbe vulnerare l'efficacia delle misure adottate a tutela della salute pubblica, in quanto la loro "atomizzazione" territoriale verrebbe a collidere con la *ratio* tendenzialmente unitaria che deve ispirare l'azione di contrasto al fenomeno pandemico, salvi i casi, pur sempre derogatori, in cui un differente approccio sia effettivamente praticabile, oltretutto opportuno.

8. In conclusione, per le ragioni esposte, il ricorso in parte va dichiarato improcedibile, in parte respinto.

9. Sussistono i presupposti, in ragione della novità delle questioni trattate, per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, in parte lo dichiara improcedibile, in parte lo respinge nei sensi esposti in motivazione.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021, in collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Benedetto Nappi, Primo Referendario

Paolo Mariano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Mariano

IL PRESIDENTE

Fabio Donadono

IL SEGRETARIO