

LE NOTE MINISTERIALI CONTRA LEGEM DEVONO ESSERE DISATTESE

A seguito delle svariate mail e telefonate ricevute in questi giorni vogliamo illustrare quanto segue.

Il punto dolens della questione è rappresentato dalla ormai celebre nota interpretativa **Nota 5 novembre 2020, n. 1990** a firma del sott. Bruschi che parrebbe aver buttato nello sconforto tanti genitori, in realtà le cose non stanno come è stato pubblicizzato ma bensì come di seguito elaborato.

La prima cosa che è necessario capire è cosa siano le note ministeriali e quale funzione abbiano.

Le Note Ministeriali (anche le Note Ministeriali emanate dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca), sono uno strumento giuridico utilizzato dalla Pubblica Amministrazione per portare alla conoscenza dei suoi destinatari (i pubblici dipendenti del rispettivo comparto-Ministero), disposizioni normative, organizzative, interpretative o informative.

Le Note Ministeriali non sono fonti di diritto ma si limitano a veicolare disposizioni a carattere interno e dunque non avendo alcun valore come fonte del diritto: non sono indirizzate al cittadino (ma solo al pubblico dipendente) e, pertanto, quest'ultimo non può in alcun modo essere vincolato da tali disposizioni.

Corre dunque l'obbligo di indicare alcune sentenze del Consiglio di Stato la n. 567/2017 e la n. 3457 del 2012 in cui viene precisato: *“le circolari amministrative costituiscono atti interni, diretti agli organi ed agli uffici periferici, al fine di disciplinarne l'attività e vincolano, conseguentemente, i comportamenti degli organi operativi sottordinati, ma non i soggetti destinatari estranei all'Amministrazione, che non hanno neppure l'onere dell'impugnativa, potendo direttamente contestare la legittimità dei provvedimenti applicativi”*.

“La circolare ministeriale, interpretativa di una disposizione di legge, è, in linea di principio, un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l'azione degli organi amministrativi, privo di effetti esterni, cosicché, non essendo considerabile quale atto presupposto del provvedimento applicativo ritenuto lesivo, non sussiste l'onere della sua impugnazione” (Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2016 n. 4478).

Dunque la nota ministeriale può vincolare al massimo il pubblico funzionario.

In secondo luogo occorre capire se vi è un obbligo assoluto per il pubblico funzionario di adempiere alla nota ministeriale oppure se possa tenere un comportamento difforme da esso.

Per giurisprudenza consolidata della Cassazione a Sezioni Unite, le Note Ministeriali sviluppano un'efficacia interna non assoluta, nel senso che **se un dirigente o un funzionario le disattendono non è detto che l'atto amministrativo in concreto adottato, sia viziato da eccesso di potere/violazione di legge e quindi annullabile**.

Dunque la circolare può essere **legittimamente disattesa** nel caso in cui risulti palesemente illegittima (illegittima in quanto contraria a norme di legge); in quanto atto interno della PA.

La Nota Ministeriale non può disporre “contra legem”, ed inoltre risulta sempre inidonea ad incidere sulle posizioni soggettive di terzi (cittadini, non dipendenti pubblici).

Infine occorre chiederci se la Nota ministeriale possa vincolare il Giudice, anche in questo caso ci riferiamo direttamente ad alcune sentenze del Consiglio di Stato e della Cassazione richiamando un principio ormai consolidato: *la circolare non vincola il giudice penale – amministrativo o civile –, oltre a poter essere disapplicate dal giudice amministrativo se ne ricorrono i presupposti (“le circolari, al pari dei regolamenti, possono essere disapplicate anche d'ufficio dal g.a. ove risultino*

contrastanti con fonti normative di rango primario”, Consiglio di Stato, sez. IV, 08 gennaio 2016 n. 30 e Consiglio di Stato n. 567/2017).

Chiosiamo dicendo che la circolare non solo non vincola il privato cittadino ma non vincola neanche il giudice che, quindi, su ricorso del cittadino al quale la pubblica amministrazione abbia negato un diritto, può disapplicare la circolare medesima: in altre parole non ne tiene conto e ordina all'ente di operare nel modo conforme alla norma di legge.

Ritornando al caso di cui stiamo trattando possiamo dire in modo chiaro ed evidente che **la circolare tenterebbe di imporre un limite alla libertà individuale di bambini ed adolescenti che nemmeno i Dpcm si erano azzardati ad introdurre.**

Facendo un ragionamento logico possiamo procedere in questo modo.

La Nota interpretativa è stata utilizzata per introdurre un limite → il limite non era stato introdotto da alcun Dpcm (altrimenti la nota non sarebbe stata necessaria)→ la Nota interpretativa non è FONTE NORMATIVA e NON PUO' introdurre limiti ai diritti soggettivi → non esiste alcun obbligo di portare le mascherine al banco!

Il dirigente scolastico ha il dovere di rispettare le fonti normative, in primis la Costituzione ed ha il dovere di disattendere una circolare ministeriale *contra legem*, non lo diciamo noi lo dicono le Sezioni Unite della Cassazione e a futura memoria ribadiamo: *“le circolari sviluppano un'efficacia interna non assoluta, nel senso che se un dirigente o un funzionario la disattendono, non è detto che l'atto in concreto adottato sia viziato da eccesso di potere e quindi nullo. La circolare, infatti, può essere legittimamente disattesa nel caso in cui risulti palesemente illegittima: non va dimenticato che, in quanto atto interno della PA, la circolare non può disporre contra legem, ed inoltre risulta sempre inidonea ad incidere sulle posizioni soggettive di terzi”*.

Fatte queste debite premesse possiamo ribadire quanto precedentemente comunicato ossia che: il DPCM del 4.11.2020, ribadendo quanto espressamente indicato anche nei DPCM precedenti, prevede unicamente che l'obbligo di indossare la mascherina nei luoghi chiusi o all'aperto non sussiste in caso di mantenimento della condizione di isolamento *rectius* distanziamento: “l'art. 1 del DPCM 03.11.2020 recita: 1. *Ai fini del contenimento della diffusione del virus COVID-19, è fatto obbligo sull'intero territorio nazionale di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, nonché obbligo di indossarli 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, e con esclusione dei predetti obblighi:*

a) per i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva;

b) per i bambini di età inferiore ai sei anni;

c) per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché per coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità.

È fortemente raccomandato l'uso dei dispositivi di protezione delle vie respiratorie anche all'interno delle abitazioni private in presenza di persone non conviventi.”

La formulazione testuale dell'obbligo al chiuso non è chiara in quanto l'inciso *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*, appare riguardare anche i luoghi al chiuso;

L'interpretazione avvalorata dalla clausola di salvezza *e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali*. significa che l'obbligo di tenere la mascherina sempre al chiuso non modifica i protocolli e le linee guida già approvati per "le attività economiche, produttive, amministrative e sociali nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande", che rimangono vigenti e non sono "toccati" dalla nuova norma.

Alla lettera s) del DPCM 03.11.2020 inoltre non è previsto alcun obbligo di mascherine in condizioni statiche ed in condizioni di distanziamento.

Di seguito quello che possiamo **suggerire a Voi genitori in conformità di legge**.

In primo luogo consigliamo di responsabilizzare i **pediatri** di libera scelta o i **medici** di famiglia affinché si accollino la responsabilità di certificare che le mascherine non sono dannose per i bambini e gli adolescenti. Vi suggeriamo dunque di dialogare con i medici che hanno in cura i Vostri figli, potrebbero esservi sorprese positive. Nel caso i medici si trincerassero dietro protocolli e linee guida o verbali del CTS più o meno secretati, vi suggeriamo di inoltrare l'apposita comunicazione/diffida:

1) Comunicazione/diffida pediatra di base

Vi consigliamo anche vivamente di **diffidare nuovamente la dirigenza** scolastica trasmettendo la diffida aggiornata pubblicata su FRI:

2) Diffida mascherina scuola

Qualora la diffida non fosse sufficiente, bisognerà procedere con le prime denunce vs dirigenti scolastici e/o insegnanti che continuassero ad imporre l'obbligo mascherina al banco, con alta probabilità di seri danni alla salute psicofisica dei minori. Il team legale FRI ha preparato il testo standard di **esposto**, al fine di consentirne l'utilizzo gratuito o a costi irrisori per molti associati. La logica è la seguente: l'obbligo alla mascherina per così tante ore ha causato danni (ribadiamo sia fisici che anche psichici, sicuramente i più rilevanti) ai vostri figli? È vostro diritto denunciare! Non è nemmeno necessario avere un parere medico (ma sicuramente aiuta se lo potete ottenere), basta la vostra testimonianza di genitori. Sta a voi rilevare anche i più piccoli disturbi (ad es. "si sveglia la notte nel sonno ed urla "mascherina"!"; oppure, non vuole più giocare con gli amici perchè pensa che senza mascherina siano pericolosi; etc.), al fine di difendere i vostri figli.

Il testo dell'esposto va quindi da voi compilato e poi depositato presso una delle autorità competenti. Per presentare un esposto ci si deve recare, muniti di documento d'identità:

negli uffici della Procura della Repubblica competente, oppure in qualsiasi ufficio di Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di finanza, Polizia locale, Polizia penitenziaria, Corpo

forestale dello Stato; ed anche al Sindaco dei Comuni ove non vi sia una sede di Polizia di Stato, Carabinieri o Guardia di finanza.

Si consiglia di presentare l'esposto in duplice copia e farsi rilasciare un timbro di deposito dall'autorità che lo riceve (i Carabinieri e la Polizia fanno il verbale di deposito; la Procura appone un timbro sulla copia e richiede l'apposizione di una marca da bollo di €. 3,87).

L'esposto può essere inviato anche tramite posta raccomandata A/R alla Procura di competenza.

Gli associati FRI hanno la possibilità di utilizzare la consulenza di un legale per la compilazione della denuncia, al costo di € 50 per telefonata (ne basta anche una), da versare sempre tramite il bottone donazioni e riportando la causale: "denuncia lesioni mascherina" e lasciando il recapito telefonico per un contatto.

3) Esposto mascherina scuola

Difendete i vostri figli, non abbiate remore! **#FRI_TI_PROTEGGE**