

La scuola nel conflitto Stato-Regioni tra TAR e leale collaborazione. Il sistema istruzione alla prova dell'emergenza sanitaria da COVID-19

Paolo Maci*

THE SCHOOL IN THE CONFLICT BETWEEN STATE AND REGIONS ABOUT TAR MEASURES AND FAIR COOPERATION. THE EDUCATION SYSTEM FACING THE COVID-19 HEALTH EMERGENCY.

ABSTRACT: The relationship between the State and the Regions that characterizes the management of the pandemic has recorded many moments of "conflict" in the school, especially during the resumption of the school year after the Christmas break. It has included the regional courts (TAR) which in various regions (Campania, Puglia, Calabria, Basilicata, Emilia Romagna, Lombardia) have tried to indicate a way able to unravel the tangle of rules. Perhaps different instruments are needed in the confrontation between the State and the Regions while we ask ourselves if the sacrifice of the right to education imposed by many governors is entirely justified.

KEYWORDS: COVID-19; school; TAR; State; Regions

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Il conflitto tra Stato e Regioni nella gestione del sistema scolastico di fronte alla "seconda ondata" della diffusione del COVID – 2. L'orientamento dei TAR nella risoluzione delle controversie tra Stato e Regioni riguardo alle modalità di bilanciamento degli interessi tra diritto alla salute e diritto alla istruzione. Il caso della Campania – 3. La questione pugliese. Il conflitto dentro al conflitto. Le divergenti valutazioni delle due sezioni del TAR Puglia rispetto alla medesima ordinanza regionale – 4. Segue. Le diverse motivazioni delle due sezioni dei TAR Puglia – 5. Il caso Calabria. Il TAR accoglie la richiesta di sospensiva e "baccetta la Regione": iter istruttorio insufficiente – 6. Il caso Basilicata. Il TAR accoglie l'istanza cautelare ma non sospende l'ordinanza impugnata. Le indicazioni (disattese) alla Regione – 7. Il caso Emilia Romagna: non è giustificata la compressione del diritto all'istruzione, che passa innanzitutto attraverso la partecipazione in presenza alle lezioni – 8. Il TAR Lombardia: no alle misure più restrittive adottate dalla Regione. Ordinanza illogica, irragionevole e adottata in difetto di competenza – 9. La natura del giudizio cautelare dei TAR tra "apparenza" ed "esistenza" del diritto fatto valere. Il bilanciamento di interessi e il vaglio della "solidità motivazionale" ai fini della verifica della legittimità dell'iter logico-giuridico sotteso alle ordinanze impugnate – 10. La necessità di ripensare il rapporto tra Stato e Regioni anche in tema di istruzione al fine di assicurare una condotta unitaria dei decisori finalizzata ad una tutela efficace dei diritti delle nuove generazioni.

* Professore a Contratto di Legislazione Scolastica. Università Telematica Pegaso. Mail: paolo.maci@unipegaso.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Considerazioni introduttive. Il conflitto tra Stato e Regioni nella gestione del sistema scolastico di fronte alla “seconda ondata” della diffusione del COVID

Il confronto spesso aspro tra Stato e Regioni che ha caratterizzato e caratterizza tutt’ora la gestione della pandemia da COVID-19, dovuto soprattutto ad una quantomeno iniziale scelta del Governo di adottare un assetto centripeto a ridotta “leale collaborazione” nella gestione della emergenza¹ ha registrato nell’ambito delicatissimo della scuola non pochi momenti di “conflitto”² – reso vieppiù evidente in occasione della ripresa dell’anno scolastico dopo la pausa natalizia – sui quali una riflessione è d’obbligo. Questo in primo luogo per le amplissime ricadute che il mondo della scuola comporta sulla vita quotidiana delle famiglie e sulla crescita umana e culturale delle nuove generazioni; ed in secondo luogo per i peculiari problemi che suscitano il vero e proprio groviglio di norme e la sovrapposizione dei poteri che caratterizza questo particolare ambito del diritto, resi ancora più complessi dalla gestione della pandemia. Un sistema siffatto richiede, inevitabilmente, un approccio complesso, che coinvolge ovviamente anche il livello costituzionale. Le norme sulla pandemia infatti hanno messo in discussione o quanto meno imposto di rivedere in un’ottica fin qui inesplorata il diritto-dovere all’istruzione. Lo stesso, che trova il proprio riferimento principale in una serie di principi costituzionali di tale portata da caratterizzare profondamente anche il nostro modello di Stato³, ha trovato

¹ E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020. L’A. correttamente ritiene che «per realizzare le misure di contenimento del virus è stato valorizzato, sul piano delle fonti, l’impiego del decreto-legge e del DPCM. Mentre, sul piano delle competenze, il Governo ha sfruttato le competenze esclusive in materia di “ordinamento e organizzazione dello Stato e degli enti pubblici nazionali”, “ordine pubblico e sicurezza”, “profilassi internazionale” (art. 117, comma 2, lett. g, h, e q, Cost.) e le materie concorrenti “tutela della salute” e “protezione civile” (art. 117, comma 3, Cost.), ora utilizzate secondo lo schema tipico delle materie concorrenti ora secondo il modello della “chiamata in sussidiarietà”, secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza costituzionale fin dalle sent. 303/2003 e 6/2004». Ciò in virtù del fatto che, «sulla scorta della considerazione (politica) che il contenimento dell’epidemia dovesse essere perseguito allo stesso modo e contemporaneamente per tutto il Paese, l’Esecutivo ha scelto di mantenere a livello centrale le misure necessarie per evitare il contagio e mettere in sicurezza i cittadini, lasciando solo alcuni e limitati poteri alle regioni (e ai sindaci)». E ancora: C. EQUIZI, *Il difficile dialogo tra stato e regioni al tempo del coronavirus: dov’è la leale collaborazione?*, in *Dirittifondamentali.it*, 10 giugno 2019; E. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici...e rischiosi*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020.

² Tra i tanti: G. RODRIGUEZ, *Covid. Su chiusura scuole ‘cortocircuito’ normativo che porta a scontro tra Governo e Regioni*, in *quotidianosanità.it*; C. NAPOLITANO, *Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (Nota Cons. Stato 6453/2020)*, in *giustiziainsieme.it*; P. MACI, *L’Ordinanza di chiusura delle Scuole e delle Università al vaglio del Tar Campania. Prime note sul Decreto del TAR Campania del 19 ottobre 2020*, in *Gazzetta Forense*, 2020; ID., *La strana guerra dei TAR risolta (male) dal generale Emiliano*, in *Gazzetta Forense*, 2020; R. MARZO, *A scuola no, sì, forse: “Chi” decide e “cosa”*. (Brevi note a margine – e nei dintorni– dell’Ordinanza n. 710/2020, TAR PUGLIA-BARI, SEZ. III, del 18/11/2020 e pubblicata il 19/11/2020), in *Ambientediritto.it*, IV, 2020.

³ U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, VI, 1961; V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1956, e, più di recente F. ANGELINI, M. BENVENUTI, *Le dimensioni costituzionali dell’istruzione*, Napoli, 2012; R. CALVANO, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Roma, 2019; F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, 2014; G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e Istruzione, Scritti di Diritto Pubblico*, Milano, 2016; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura, Arte, Scienza e Costituzione*, Torino, 2014; A.M. POGGI, *Per un «diverso» stato sociale. La parabola del diritto all’istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019.

nel rapporto con il diritto alla salute, collettiva e personale, anch'esso di rilievo fondamentale e caratterizzante del nostro modello di società, la chiave di lettura più importante⁴. In questo ambito si sono inseriti i TAR che in diverse regioni (Campania, Puglia, Calabria, Basilicata, Emilia Romagna, Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia) hanno cercato di dare una risposta alla richiesta di tutela proveniente da più parti e provato ad indicare una strada in grado di dipanare l'intricato groviglio tra norme, strumenti di produzione normativa, poteri agli stessi afferenti rispetto ai quali c'è una grande esigenza di chiarezza.

2. L'orientamento dei TAR nella risoluzione delle controversie tra Stato e Regioni riguardo alle modalità di bilanciamento degli interessi tra diritto alla salute e diritto alla istruzione. Il caso della Campania

I Giudici Amministrativi sono stati chiamati ad intervenire in concomitanza con la seconda ondata della pandemia, paradossalmente quando si è fatto più pregnante il tentativo di creare una piattaforma condivisa tra Stato e Regioni che doveva avere il compito di risolvere i contrasti tra lo Stato centrale e le sue articolazioni regionali ma che invece ha registrato un amplificarsi delle diversità di vedute. Alcuni Presidenti di Regione, infatti, già alle prime avvisaglie della ripresa della diffusione del contagio avevano adottato ordinanze con le quali hanno inteso imporre misure più restrittive di quelle assunte dal Governo, in particolare di quelle che, prima dell'aggravarsi della seconda ondata del COVID, avevano previsto la didattica in presenza su tutto il territorio nazionale. È stata la Campania per prima ad assicurare agli onori delle cronache con l'ordinanza del Presidente della Regione del 15/10/2020 n. 79, avente ad oggetto *ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, adottata ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n.833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. Con l'ordinanza in esame il Presidente della Regione aveva disposto l'adozione, per l'intero territorio regionale, in relazione alla situazione epidemiologica esistente e prima dell'adozione del DPCM del 24 ottobre 2020, e quindi nella vigenza della didattica in presenza per tutte le scuole di ogni ordine e grado, di «una serie di misure rigorose con il doppio obiettivo di limitare al massimo le circostanze di assembramenti pericolosi in ogni ambito, privato e pubblico, e di ridurre al massimo la mobilità difficilmente controllabile»⁵. Le misure prevedevano – in aggiunta a quelle già disposte con precedenti ordinanze – oltre ad una serie

⁴ Per gli scritti sulla scuola ed il rapporto tra diritto-dovere all'istruzione ed emergenza sanitaria, S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 2-25; P. MACI, *La scuola ai tempi del covid-19. Una prima lettura del decreto-legge n. 22 del 2020*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 1, 2020, 339-343; P. MACI, *L'emergenza Covid-19 e il mondo della scuola: la produzione normativa, i profili applicativi e le incognite della ripresa*. R.D. COGLIANDRO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Il diritto e l'economia ai tempi del Covid*, Napoli, 2020, 50-56; C. PIERRI, *Diritto all'istruzione e distanziamento sociale*, R.D. COGLIANDRO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Il diritto e l'economia ai tempi del Covid*, cit., 42-44.

⁵ Cfr. *Comunicato della Regione Campania*, disponibile in <http://www.regione.campania.it/cittadini/it/news/primo-piano/covid-19-misure-rigorose-contro-assembramenti-e-mobilita-incontrollata> (consultato il 30.10.2020).

di interventi negli ambiti più diversi⁶ anche la sospensione, con decorrenza dal 16 ottobre 2020 e fino al 30 ottobre 2020, in tutte le scuole dell'infanzia della «attività didattica ed educativa, ove incompatibile con lo svolgimento da remoto, e le riunioni degli organi collegiali in presenza»; la sospensione, nelle scuole primarie e secondarie, delle «attività didattiche ed educative in presenza, delle riunioni in presenza degli organi collegiali, nonché quelle per l'elezione degli stessi»; con decorrenza dal 19 ottobre 2020 e fino al 30 ottobre 2020 era prevista, inoltre, la sospensione delle «attività didattiche e di verifica in presenza nelle Università, fatta eccezione per quelle relative agli studenti del primo anno, ove già programmate in presenza dal competente Ateneo». L'ordinanza era stata impugnata innanzi al TAR da un gruppo di genitori. Unitamente al ricorso era stata proposta domanda cautelare di sospensione degli effetti dell'ordinanza, nella parte impugnata, accompagnata dalla richiesta di decreto cautelare monocratico ai sensi dell'art. 56 c.p.a. Con decreto n. 1915/2020, *inter partes*, il giudice monocratico imponeva alla Regione Campania incompetenti istruttori con i quali chiedeva di depositare nel fascicolo di causa gli atti posti a fondamento dell'ordinanza impugnata; il 19 ottobre il Presidente della V sezione del TAR Campania emetteva decreto con il quale respingeva la richiesta di sospensione cautelare della ordinanza impugnata, demandando al collegio di pronunciarsi con ordinanza "definitiva" sulla istanza cautelare stessa. Il decreto in esame appare di grande interesse per diversi motivi. Il primo è di ordine sostanziale e attiene alle motivazioni che hanno portato l'organo giudicante a rigettare la richiesta di sospensiva avanzata dai ricorrenti rispetto alla ordinanza impugnata. L'organo monocratico chiamato a giudicare, nel valutare comparativamente gli interessi in gioco – il diritto alla salute da una parte e il diritto ad usufruire dei servizi di istruzione ed educazione in presenza dall'altra – giudica, conformandosi a quello che è apparso un uniforme orientamento della giurisprudenza in tutto il periodo della pandemia, prioritario il diritto alla salute rispetto a qualsiasi altro diritto, che appare, rispetto ad essi, recessivo. Detta valutazione è operata dal Giudice amministrativo prendendo in considerazione i dati fattuali che hanno corredato l'attività istruttoria con cui la Giunta regionale campana è giunta ad una soluzione di questo tipo, e cioè il dato epidemiologico e la situazione di crescente sofferenza della struttura sanitaria della regione in dipendenza del propagarsi della seconda ondata del COVID-19 secondo un'ottica di prevenzione o, prima ancora, di precauzione. Una decisione che il Giudice amministrativo assume ritenendo giustificata la misura adottata (quella della sospensione dell'attività didattica in presenza). Secondo il TAR la stessa sarebbe "idonea" rispetto alla correlazione esistente tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente "indotti" dalla didattica in presenza) tenuto conto anche della diffusività esponenziale del contagio medesimo; sarebbe anche "proporzionale" in virtù della «progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario». E questo anche in virtù delle indicazioni date alle Regione stessa nel suo report periodico dall'Unità di crisi regionale, che aveva ritenuto «proporzionale

⁶ Tra di essi la sospensione delle attività di circoli ludici e ricreativi, il divieto per gli esercizi di ristorazione della vendita con asporto dalle ore 21 fatto salvo il delivery senza limiti di orario, il divieto di feste, anche conseguenti a cerimonie, civili o religiose, in luoghi pubblici, aperti pubblico e privati, al chiuso o all'aperto, con invitati estranei al nucleo familiare convivente, la raccomandazione per gli enti e gli uffici di differenziare gli orari di servizio giornaliero del personale in presenza.

ed indispensabile» l'adozione di quelle misure più restrittive. La seconda circostanza di estremo rilievo è quella secondo cui il bilanciamento degli interessi va operato avendo riguardo al territorio regionale nel suo complesso e non in riferimento alla possibile «localizzazione intraregionale degli eventuali focolai» («polarizzazione del contagio» in determinate aree territoriali), atteso che deve tenersi conto, secondo il Giudice amministrativo, della gestione necessariamente unitaria e su base regionale della macchina sanitaria e delle strutture di ricovero e cura deputate alla gestione dell'emergenza sanitaria. Il caso della Campania è di grande rilievo anche perché analogo provvedimento monocratico⁷ con il quale il presidente di Sezione del TAR ha respinto la richiesta di sospensione dell'ordinanza è stato appellato al Consiglio di Stato, che, seppur confermando la decisione del TAR partenopeo, ha dichiarato ammissibile l'appello⁸. È questo uno dei pochissimi casi in cui il Consiglio di Stato ha deciso di ritenere ricorribile il provvedimento cautelare monocratico, a fronte di una interpretazione pressoché unanime dell'art. 56 c.p.a., secondo la quale – nel silenzio del legislatore – quei decreti cautelari monocratici non sono impugnabili⁹. Si assiste in questo modo ad una vera e propria “mutazione” delle regole processuali¹⁰, circostanza – quest'ultima – non infrequente in occasione della pandemia¹¹ che il CdS giustifica in questo caso «sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del c.p.a. [...] visto il pericolo affermato di irreversibile lesione di interessi che trovano diretto fondamento nella Carta»¹².

3. La questione pugliese. Il conflitto dentro al conflitto. Le divergenti valutazioni delle due sezioni del TAR Puglia rispetto alla medesima ordinanza regionale

In Puglia la questione è addirittura più dirompente. Perché non solo si è registrato anche in questa regione un conflitto rispetto all'approccio alla seconda ondata di pandemia tra il Governo e la Regione nei riguardi della gestione della didattica, ma si è avuta anche una diversità di soluzioni tra due sezioni dello stesso TAR, il TAR Puglia, sezione di Bari e di Lecce: un match con molti protagonisti e che non ha visto vincitori ma, probabilmente, un solo sconfitto: la scuola. Ma andiamo con ordine: Con il noto DPCM del 24 ottobre 2020 – già richiamato in precedenza – il Governo aveva dettato disposizioni – tra le altre cose – anche sulla scuola, prevedendo che l'attività educativa e didattica si svolgesse in presenza per la scuola dell'infanzia, la scuola primaria e secondaria di primo grado e a distanza per una misura del 75% per le scuole secondarie di secondo grado. In data 26 ottobre il Presidente Emiliano emana una ordinanza (la n. 407 del 2020) con la quale dispone l'adozione della didattica digitale integrata da parte delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado (scuola primaria, scuola secondaria di primo grado e scuola secondaria di secondo grado) – esclusa quindi la scuola dell'infanzia – per il pe-

⁷ Il Presidente della V sezione del TAR Campania si è pronunciato in via cautelare e monocratica in più circostanze: TAR Campania, Napoli, Pres. V Sez., dec. 19 ottobre 2020, n. 1921 e n. 1922; Id., 9 novembre 2020, n. 2025, n. 2026, n. 2027; Id., 10 novembre 2020, n. 2033.

⁸ Cons. Stato, Pres. III, dec. 10 novembre 2020, n. 6453.

⁹ M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2010, 1130 ss.; E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, ivi, 3, 2011, 733.

¹⁰ Così C. NAPOLITANO, *op. cit.*

¹¹ Cfr. da ultimo R. DAGOSTINO, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, in *Giustiziainsieme.it*.

¹² Cfr. provv. citato.

riodo dal 30 ottobre al 24 novembre 2020, riservando alle attività in presenza esclusivamente i laboratori (ove previsti dai rispettivi ordinamenti dal ciclo didattico) e la frequenza degli alunni con bisogni educativi speciali. L'ordinanza è fondata sostanzialmente sulla diffusività esponenziale del contagio, che starebbe determinando «la progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale», sulla circostanza che dall'esame dei dati emergerebbe «un notevole incremento dell'andamento dei contagi nelle comunità scolastiche, con almeno 417 casi di positività al virus ascrivibili a studenti e 151 al personale della scuola, con una crescita allarmante dei casi (contagi rilevati in ben 286 scuole), tale da evidenziare una particolare situazione di rischio e criticità a livello territoriale che necessita dell'immediata adozione di misure più stringenti nell'intero settore scolastico» e che «il numero dei casi rilevati in ambito scolastico rappresenta altrettanti potenziali cluster familiari o comunitari, oltre a generare un elevatissimo carico di lavoro per le attività di contact tracing territoriale e per i laboratori di analisi». Il provvedimento, peraltro, sarebbe stato sollecitato «nel corso dell'incontro del Comitato Permanente Regionale della Medicina Generale e dei Pediatri di libera scelta del 27 ottobre 2020». L'ordinanza del Presidente pugliese è stata oggetto di distinte impugnazioni. Innanzi al TAR Puglia Sez. di Bari e innanzi al TAR Puglia Sez. di Lecce.

Ed è successo che entrambi i TAR nello stesso giorno (il 6 novembre) si sono determinati ad esaminare e decidere la questione, come richiesto dai ricorrenti (il CODACONS in proprio e per un gruppo di genitori innanzi al TAR Bari e un gruppo di genitori innanzi al TAR Lecce) in via cautelare con provvedimento monocratico del Presidente del Tribunale amministrativo. E mentre il TAR Bari ha accolto la richiesta di sospensiva, il TAR Lecce l'ha respinta. Le motivazioni contenute nei decreti sono entrambe estremamente succinte – forse eccessivamente, nonostante la natura del rito – ma entrambe lineari nel percorso logico giuridico che ha determinato l'esito della fase di giudizio.

4. Segue. Le diverse motivazioni delle due sezioni dei TAR Puglia

Nel proprio decreto, il TAR Lecce (Presidente L. Di Santo), che peraltro, secondo i criteri di competenza inderogabile ex art. 13 c.p.a., non sarebbe stato competente a pronunciarsi¹³, motiva la sua decisione ritenendo «che il necessario contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio nella attuale situazione epidemiologica vede prevalere il primo sul secondo (comunque parzialmente soddisfatto attraverso la didattica a distanza), attesa la necessità – in ragione del numero complessivo dei contagi, da apprezzare anche tenendo conto della capacità di risposta del sistema sanitario regionale – di contenere il rischio del diffondersi del virus» e, anche sulla base del fatto «che il provvedimento impugnato ha una efficacia temporale limitata (dal 30 ottobre al 24 novembre), suscettibile anche di riduzione in base alla valutazione dell'impatto delle misure assunte sull'evolversi della situazione epidemiologica» e conclude «che le prioritarie esigenze di tutela della salute possano giustificare un temporaneo sacrificio sul piano organizzativo delle famiglie coinvolte». Il TAR Bari (Presidente O. Ciliberti), viceversa, motiva l'accoglimento dell'istanza di sospensiva premettendo che «l'ordinanza del Presidente della Regione Puglia n. 407 del 28.10.2020, con cui è stata disposta la didattica integrata per tutte le scuole di ogni ordine e grado sul territorio regionale, ad eccezione dei servizi per l'infanzia interferisce, in modo non coerente, con l'organizzazione differenziata dei servizi scolastici disposta dal

¹³ Cfr. C. NAPOLITANO, *op. cit.*

sopravvenuto DPCM 3 novembre 2020 il quale colloca la Puglia tra le aree a media criticità (c.d. “zona arancione”) e che persino per le aree ad alta criticità (c.d. “zone rosse”) prevede la didattica in presenza nelle scuole elementari»; ritiene quindi che «dalla motivazione del provvedimento impugnato non emergano ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione». E questo anche in virtù del fatto che, come dedotto dai ricorrenti, vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l’esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all’utenza scolastica». Conclude argomentando che «il rilevato profilo di inadeguatezza del sistema scolastico pugliese ad attivare subito la DAD costituisce ragione di urgenza per la quale si deve disporre la misura cautelare interinale». Le due decisioni, quindi, risolvono il problema della interruzione dei servizi scolastici in presenza disposto dal Presidente Emiliano in maniera diametralmente opposta. La Regione Puglia ha risolto l’“imbarazzo” procurato da queste decisioni simmetricamente contrapposte adottando in pari data – e cioè sempre il 6 di novembre – una nuova ordinanza che tuttavia sembra proporre una cura peggiore del male. Dispone la riapertura della scuola primaria e della secondaria di primo grado ma con la precisazione che «nessuno potrà essere obbligato ad andare a scuola in presenza e le eventuali assenze saranno giustificate». Il TAR Bari infine chiude la partita con una decisione collegiale depositata il 19 novembre che dichiara improcedibili i ricorsi davanti a sé proprio perché l’ordinanza impugnata è stata superata dal DPCM del 3 novembre e da quella regionale del 6 novembre, non oggetto di impugnazione con eventuali motivi aggiunti. E quindi lascia inalterata la situazione che proprio con la ordinanza del 6 novembre Emiliano aveva determinato: scuole aperte, ma didattica a distanza per le famiglie che ritengano di richiederla. E questo nonostante il nuovo DPCM con il quale viene prevista – sulla base di una piattaforma, come si è detto innanzi, condivisa – una ripartizione del territorio nazionale in aree diverse a seconda del profilo di rischio e la predeterminazione delle misure da adottare per ciascuna area. Una “linea” che non solo sposta sulle famiglie tutta la responsabilità di scegliere se mandare o meno i propri figli a scuola, abdicando quindi al suo ruolo di decisore, ma che di fatto sovverte il ragionamento che ha fondato la prima decisione del TAR Bari, facendo passare il messaggio che mandare i figli a scuola significa correre il rischio di contagiarsi e quindi scoraggiando di fatto la didattica in presenza. Non solo. È un provvedimento che aggrava ancor di più la situazione delle scuole, molte delle quali, come affermato dal TAR Bari, non sono nelle condizioni di assicurare la DAD, prevedendo addirittura che le stesse debbano garantire una didattica a distanza per chi resta a casa e assicurare, contemporaneamente, lezioni in presenza a chi decide di andare in classe, imponendo un metodo di lavoro che il nostro sistema scolastico difficilmente sarà in grado di affrontare in maniera appena efficiente e quindi di fatto precludendo ai ragazzi di godere a pieno del diritto allo studio. Linea peraltro oggi ancora più fortemente marcata con l’emanazione dell’ordinanza n. 1 del 2021 del 5 gennaio con la quale Emiliano inverte l’orientamento su richiamato, prevedendo cioè chi decide di andare in classe deve farne esplicita richiesta e di fatto scoraggiando ancora di più la didattica in presenza.

5. Il caso Calabria. Il TAR accoglie la richiesta di sospensiva e “bacchetta la Regione”: iter istruttorio insufficiente

Anche in Calabria è intervenuto il TAR. La sezione di Catanzaro con Decreto cautelare del 23 novembre 2020 ha sospeso l’Ordinanza del Presidente f.f. della G.R. della Regione Calabria del 14 novembre 2020, nella parte in cui era stata ordinata sull’intero territorio regionale, dal 16 novembre 2020 a tutto il 28 novembre 2020, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado, con ricorso alla didattica a distanza, rimettendo in capo alle autorità scolastiche la rimodulazione delle stesse. In questo caso l’accoglimento è stato motivato dall’esiguo lasso di tempo tra il provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3.11.2020, che aveva previsto la possibilità di effettuare attività didattiche “in presenza” nella scuola materna, in quella elementare e nella prima media «al fine di assicurare, da parte del Sistema Nazionale di istruzione, a queste categorie di alunni, attività formative – decisive ai fini della strutturazione stessa della personalità in un regime di socializzazione – e di insegnamento non adeguatamente surrogabili da una eventuale, sempre ch  concretamente attivabile con carattere di generalit , didattica “a distanza” per tali fasce di et » e l’adozione dell’atto regionale impugnato, che peraltro, secondo il TAR,   stato scarsamente istruito: la misura di sospensione delle attivit  didattiche relativa all’intero territorio regionale avrebbe richiesto una «almeno verosimile indicazione di coefficienti e/o percentuali di contagio riferibili ad alunni e operatori scolastici» e la certezza del nesso di causalit  intercorrente fra lo svolgimento in presenza delle attivit  didattiche nella scuola materna, in quella elementare e media di primo grado (limitatamente al primo anno) e il verificarsi dei contagi, mentre farebbe solo un riferimento generico alla «problematica connessa ai numerosi contagi di studenti e operatori scolastici». Per il TAR «l’evidente conflitto tra l’atto impugnato – adottato appena otto giorni dopo l’entrata in vigore del sopramenzionato DPCM (cfr. art. 3 comma 4) e ben prima del lasso temporale minimo previsto dal Governo per le verifiche sull’andamento della curva – e le disposizioni del Governo ivi incluse quelle del Ministero dell’Istruzione, configuranti modalit  di gestione dell’impatto epidemico, sia a livello di prevenzione del rischio e sia in relazione ad eventuali casi di contagio riscontrati in ambito scolastico, volte a contemperare l’emergenza con l’ordinaria attivit  didattica in presenza per gli alunni in questione, pu  trovare composizione con conseguente legittimo esercizio del potere di ordinanza contingibile ed urgente ai sensi dell’art. 32 comma 3 della legge n.833/78 esclusivamente ove ricorrano situazioni sopravvenute o non considerate dal citato DPCM oppure in relazione a specificit  locali». *Il periculum*, che il Giudice monocratico individua nel «grave pregiudizio educativo, formativo e apprendimentale ricadente sui destinatari ultimi del servizio scolastico» in questo caso si accompagna al *fumus boni iuris*, che il TAR ha individuato nel contrasto del provvedimento regionale con le misure governative, rilevando invero, la necessit  di assicurare agli alunni della scuola primaria e a quelli del primo anno della scuola secondaria di primo grado attivit  formative adeguate all’evoluzione della loro personalit  non surrogabili da una eventuale – sempre qualora concretamente attivabile con carattere di generalit  – didattica a distanza.

6. Il caso Basilicata. Il TAR accoglie l'istanza cautelare ma non sospende l'ordinanza impugnata. Le indicazioni (disattese) alla Regione

In Basilicata il Presidente della prima sezione del TAR, con provvedimento del 24 novembre, annotato al n. 272, accoglie l'istanza cautelare monocratica, richiesta con ricorso con il quale si impugnava l'Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale della Basilicata n. 44 del 15 novembre 2020 che aveva imposto la didattica a distanza nella scuola primaria e secondaria di primo. La decisione del TAR Basilicata si distingue, rispetto alle altre, per la diversità delle soluzioni adottate sia dal punto di vista processuale che dal punto di vista sostanziale. Circa il primo aspetto, il giudice monocratico spiega di aver adottato il provvedimento cautelare come se a pronunciarsi dovesse essere il collegio: non essendoci i tempi sufficienti per una pronuncia cautelare collegiale - attesi i tempi brevissimi di vigenza dell'ordinanza impugnata - ritiene che non sia necessaria per la pronuncia dell'organo monocratico l'«estrema gravità ed urgenza» prevista dall'art. 56 c.p.a. purché si possa configurare il «danno grave e irreparabile» previsto dall'art. 55 c.p.a. Questa soluzione si imporrebbe alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni processuali. Circa il secondo aspetto, il presidente della prima sezione del TAR esclude che il Presidente della Regione possa modificare in via generalizzata l'assetto organizzativo dell'attività scolastica così come pensato e articolato dal Governo anche facendo riferimento ai diversi scenari di rischio predeterminati per tutto il territorio nazionale semplicemente alla luce di un diverso apprezzamento dei fattori di rischio epidemiologico e delle misure di contenimento idonee a fronteggiare la pandemia. Impone per questo alla Regione Basilicata di individuare misure compatibili con il prosieguo delle attività didattiche secondo quanto previsto dal Governo, essendo rimesso alla Regione di applicare misure più restrittive di quelle previste a livello centrale solo ove le stesse siano ritenute *indispensabili* in aree infraregionali per la specificità della situazione locale o per la inadeguatezza delle misure di contenimento adottate nelle strutture scolastiche in particolari contesti e sempreché il ricorso a rimedi alternativi - in grado di evitare o contenere l'applicazione delle restrizioni nella misura minima compatibile con le esigenze di sanità pubblica - si sia rivelato insufficiente o inefficiente. La Regione Basilicata ha ritenuto di non dare seguito alle indicazioni del TAR e quindi non si è attivata per individuare quelle misure che avrebbero consentito di contemperare le esigenze del diritto alla salute con le disposizioni sulla frequenza scolastica disposte dal Governo, come rimarcato dal Tribunale Amministrativo Regionale alla udienza collegiale del 2 dicembre. Questo ha portato lo stesso TAR - che pure ha dovuto rigettare l'istanza cautelare non sussistendo oramai il *periculum in mora* (l'ordinanza impugnata aveva vigenza fino al 3 dicembre) - ad evidenziare la necessità che la Regione anche per l'immediato futuro debba uniformarsi alle esigenze di approfondimento istruttorio e motivazionale indicate nel proprio provvedimento qualora intenda reiterare provvedimenti restrittivi alla frequenza scolastica, fatte salve - ovviamente - le esigenze derivanti dall'evoluzione del quadro normativo.

7. Il caso Emilia Romagna: non è giustificata la compressione del diritto all'istruzione, che passa innanzitutto attraverso la partecipazione in presenza alle lezioni

Il TAR dell'[Emilia Romagna](#)¹⁴ sembra cogliere spunti ulteriori rispetto a quello che deve essere considerato un problema più complesso del semplice bilanciamento tra diritto alla istruzione e diritto alla salute. Con decreto del 15 gennaio ha infatti sospeso l'efficacia dell'[ordinanza dell'8 gennaio 2021](#)¹⁵ con cui il presidente Stefano Bonaccini ha disposto la didattica a distanza al 100% per le scuole superiori fino al 23 gennaio 2021 adducendo motivazioni che da una parte rivalutano il diritto all'istruzione, inserendolo in un contesto più ampio, che comprende il diritto degli adolescenti «a frequentare di persona la scuola quale luogo di istruzione e apprendimento culturale nonché di socializzazione, formazione e sviluppo della personalità dei discenti, condizioni di benessere che non appaiono adeguatamente (se non sufficientemente) assicurate con la modalità in DAD a mezzo dell'utilizzo di strumenti tecnici costituiti da videotermini (di cui peraltro verosimilmente non tutta la popolazione scolastica interessata è dotata)». In questo senso «[A1][A2] l'impugnata ordinanza regionale va immotivatamente (e in definitiva ingiustificatamente) a comprimere in maniera eccessiva (se non a conculcare integralmente) il diritto dei ragazzi a ricevere una istruzione adeguata. Dall'altra, entrando nel merito della non giustificata chiusura delle scuole, rileva la carenza dell'istruttoria regionale sui dati o gli indici specificatamente e univocamente attinenti al settore della scuola secondaria di secondo grado, sottolineando che comunque la rilevazione della situazione epidemiologica da cui trarrebbe linfa la contestata misura si riferirebbe ad un periodo temporale durante il quale le scuole secondarie erano chiuse da tempo (avendo peraltro parte ricorrente evidenziato come nelle scuole elementari e medie in funzione sul territorio regionale non si sarebbero verificati cluster o focolai di sorta); ed infine che non sono indicati fatti, circostanze ed elementi che indurrebbero ad un giudizio prognostico circa un più che probabile incremento del contagio riferibile all'attività scolastica in presenza nelle scuole secondarie di secondo grado, fermo restando che non sarebbe stata neppure ventilata l'ipotesi secondo cui il virus si diffonderebbe nei siti scolastici distribuiti sul territorio regionale più che in altri contesti. Il TAR specifica inoltre che «l'attività amministrativa di adozione di misure fronteggianti situazioni di pur così notevole gravità non può spingersi al punto tale da sacrificare in toto altri interessi costituzionalmente protetti, dovendo l'agire della P.A. svolgersi in un quadro di bilanciamento delle tutele di entrambe le esigenze pubbliche in rilievo, quella sanitaria e quella del diritto all'istruzione». Secondo il Tribunale Amministrativo la regione «può agire con misure che incidono, "a monte" sul problema del trasporto pubblico di cui si avvale l'utenza scolastica e "a valle" con misure organizzative quali la turnazione degli alunni e la diversificazione degli orari di ingresso a scuola (ove, quest'ultime, s'intende, logisticamente possibili) e ferma restando una più stringente attività di controllo sugli adempimenti costituiti dall'uso dei dispositivi di protezione personale, quali l'utilizzo della mascherina, il distanziamento e l'uso di gel igienizzanti e sanificanti».

¹⁴ Cfr. *Emilia Romagna resta in zona rossa*, in *il Resto del Carlino*, 15 gennaio 2021, <https://www.ilrestodelcarlino.it/cronaca/emilia-romagna-zona-16-gennaio-1.5913514>.

¹⁵ Cfr. *Scuola Emilia Romagna: rientro in presenza alle superiori rinviato al 25 gennaio*, in *il Resto del Carlino*, <https://www.ilrestodelcarlino.it/cronaca/scuola-emilia-romagna-1.5892793>.

8. Il TAR Lombardia: no alle misure più restrittive adottate dalla Regione. Ordinanza illogica, irragionevole e adottata in difetto di competenza

Il decreto presidenziale n. 32 del 13 gennaio 2021 con il quale il Tar Lombardia – accogliendo il ricorso di un comitato denominato “A scuola!” – ha sospeso l’ordinanza regionale dell’8 gennaio n. 676 che aveva disposto la DAD al 100% per tutte le scuole superiori fino al 25 gennaio, si muove su due piani. Non solo quello della critica serrata e puntuale rispetto ad una ordinanza che giudica illogica ed irragionevole, ma anche sul piano del rito, assumendo che la Regione sia incompetente ad adottare misure che incidano sulle decisioni adottate dal Governo in materia di istruzione nella vigenza dei DPCM. Ma andiamo con ordine. Riguardo al primo aspetto, la fondatezza «delle censure con le quali si lamenta la contraddittorietà e l’irragionevolezza dell’ordinanza impugnata» rinviene, secondo il TAR, nell’assunto in base al quale l’Ordinanza evidenzia la crescita del valore RT, anche ospedaliero, nelle due settimane dal 20 al 26 dicembre 2020 e dal 27 dicembre 2020 al 2 gennaio 2021, precisando che risulta un inizio precoce della patologia «in particolare nella fascia d’età 14-18, fascia che si caratterizza per significativa attività sociale e bassa manifestazione clinica di malattia» e però chiarisce nello stesso tempo che il pericolo che si vuole fronteggiare non è legato alla didattica in presenza in sé e per sé considerata, ma al rischio di «probabili assembramenti nei pressi dei plessi scolastici, con correlato rischio di diffusione del contagio presso le famiglie». Da qui, appunto, l’irragionevolezza della misura disposta che, a fronte di un rischio solo ipotetico di formazione di assembramenti, anziché intervenire su siffatto ipotizzato fenomeno, vieta radicalmente la didattica in presenza per le scuole di secondo grado, adottando una misura che paralizza la didattica in presenza ma senza incidere sugli assembramenti che, anche se riferiti agli studenti, non dipendono dalla didattica svolta in classe e, comunque, sono risolvibili mediante misure di altra natura. Circa il secondo aspetto il TAR rileva, introducendo un argomento nuovo rispetto alle altre pronunce, attraverso una puntuale ricostruzione del quadro normativo di riferimento, l’incompetenza dell’organo regionale a disporre la didattica a distanza sulla base dell’art. 2 del [decreto legge 19/2020¹⁶](#), che attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la competenza ad adottare le misure di cui all’art. 1, compresa quella diretta a disporre la didattica a distanza e statuendo che la competenza regionale, come cristallizzata dal suddetto decreto, sarebbe residuale e limitata nell’efficacia ai periodi non coperti da eventuali DPCM. Il pregiudizio grave e irreparabile viene rinvenuto invece nella compressione del diritto fondamentale all’istruzione e della oggettiva ricaduta delle misure adottate sulla crescita, maturazione e socializzazione degli studenti, obiettivi propri dell’attività scolastica, che risultano vanificati senza alcuna possibilità di effettivo “ristoro”.

¹⁶ Reperibile in <https://www.altalex.com/documents/news/2020/05/26/decreto-lockdown-italia-il-testo-coordinato-pubblicato-in-gazzetta>.

9. La natura del giudizio cautelare dei TAR tra “apparenza” ed “esistenza” del diritto fatto valere. Il bilanciamento di interessi e il vaglio della “solidità motivazionale” ai fini della verifica della legittimità dell’*iter* logico-giuridico sotteso alle ordinanze impugnate

La prima considerazione che emerge, in relazioni alle decisioni passate in rassegna, è quella relativa alla natura e ai limiti della fase cautelare innanzi al Giudice Amministrativo¹⁷ per ciò che riguarda, in particolare, le questioni trattate. Come è noto, mentre il giudizio impugnatorio ha come fine l’annullamento dell’atto, quello cautelare ne inibisce gli effetti e ha come presupposti il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*, relativi alla possibilità che, nelle more del giudizio, l’atto impugnato produca danni gravi ed irreparabili (un “pregiudizio”, secondo la dizione dell’art 55 c.p.a.) e le argomentazioni poste alla base del ricorso per l’annullamento dell’atto possano fondatamente essere accolte. (Art. 55, co 9 c.p.a.). Più precisamente, nel decreto monocratico di natura cautelare – come quelli che abbiamo appena esaminato – il *periculum* è individuato nei casi di estrema gravità ed urgenza che nella tutela cautelare *ante causam* è visto nei casi di eccezionale gravità ed urgenza. Vi è quindi una declinazione diversa del *periculum* in relazione al tipo di provvedimento richiesto e al tipo di giudizio di riferimento. Nelle questioni che ci occupano, la verifica rigorosa dei presupposti di «estrema gravità e urgenza» effettuata dall’organo monocratico è stata alla base delle decisioni assunte – con la particolare “sfumatura” valorizzata dal TAR Basilicata – operate in virtù di quella che – per fare riferimento alla pronuncia del TAR Campania, che appare tra le tante quella più idoneamente motivata – “sembra” una esauriente istruttoria sulla base della quale la Regione «ha inteso emanare la gravosa misura sospensiva; dando conto, in particolare, quanto alla idoneità della misura adottata, della correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente “indotti” dalla didattica in presenza), nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo e, quanto alla proporzionalità della stessa, della progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell’emergente rischio sanitario»; e quindi riprendendo quella risalente impostazione secondo cui «il procedimento cautelare ha ad oggetto non l’esistenza ma l’apparenza del diritto e si limita ad un giudizio di probabilità e di verosimiglianza dell’esistenza dello stesso»¹⁸. Ciò non esclude, tuttavia, che la decisione anche in sede cautelare debba essere adottata sulla base di una compiuta motivazione sia in ordine al *fumus boni iuris* che in ordine alla sussistenza del pregiudizio grave e irreparabile; che quindi detta motivazione debba esserci e debba essere esauriente in relazione ad entrambi i presupposti della misura cautelare senza – tuttavia – eccedere i limiti propri del rito, scongiurando così il rischio di invadere il campo che spetta alla sentenza. Una motivazione che, anzi, dovrebbe essere – nelle questioni che ci occupano – particolarmente rigorosa proprio per i diritti fondamentali che entrano in gioco (alla salute

¹⁷ Sul punto cfr A. PAVAN, *La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano 2009; AAVV, *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2017; M.N. DI GIANDOMENICO, *Giudizio cautelare e processo amministrativo*, Napoli, 2019.

¹⁸ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1935, 63, E.T. LIEBAM, *Unità del procedimento cautelare*, in *Rivista diritto processuale*, 1954, 252.

e all'istruzione): L'*iter* logico-giuridico delle ordinanze regionali impugnate – che manifesta una propensione alla tutela del diritto alla salute rispetto a quello all'istruzione – richiede un vaglio dei TAR che reclama, a sua volta, una «solidità motivazionale e tecnico-scientifica delle ordinanze particolarmente forte»¹⁹. Non fanno eccezione il TAR Bari e quello della Basilicata, «i quali accolgono l'istanza cautelare senza alcuna contestazione dell'approfondimento istruttorio da parte della Regione. In quei casi le ordinanze sono state sospese monocraticamente perché la loro attuazione non poteva essere garantita dal sistema scolastico regionale, privo delle dovute infrastrutture e dotazioni tecnologiche per garantire la continuità della didattica a distanza. Non perché la sospensione delle attività in presenza fosse illogica o immotivata: il vaglio istruttorio non rileva l'insufficienza dei dati epidemiologici né la loro inaccessibilità o il loro mancato aggiornamento, ma guarda alla logicità del complessivo bilanciamento praticato dall'Amministrazione regionale tra tutela del diritto alla salute e salvaguardia di quello all'istruzione tramite garanzia della continuità didattica, pur a distanza»²⁰.

10. La necessità di ripensare il rapporto tra Stato e Regioni anche in tema di istruzione al fine di assicurare una condotta unitaria dei decisori finalizzata ad una tutela efficace dei diritti delle nuove generazioni

Il quadro che emerge da questa sintetica rassegna non è certo rassicurante. L'emergenza sanitaria è stata ed è gestita con una sovrapposizione di provvedimenti normativi di diversa natura e spesso in contrasto tra di loro, si da rendere il quadro complessivo confuso o quanto meno di difficile soluzione. Da una parte i Decreti Legge²¹, dall'altra i DPCM ai quali si affiancano e sovrappongono le Ordinanze

¹⁹ C. NAPOLITANO, *op. cit.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Al proposito si può fare riferimento al Decreto Legge n. 19/2020, conv. con mod. dalla L. n. 35/2020, all'art. 3, co. 1 dispone che «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le Regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Il successivo Decreto Legge n. 33 del 2020, conv. con mod. dalla L. 74/2020, dispone, all'art. 1, co. 16: «In relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020 e sue eventuali modificazioni, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2». Detta disposizione è stato oggetto di modifica ad opera del Decreto Legge n. 125/2020, il quale all'articolo 1 comma 2 lettera a), dispone che: «le parole "ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2" sono sostituite dalle seguenti: "restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute, anche ampliative"».

dei Presidenti di Regione e quelle dei sindaci²² spesso frutto di un eccessivo protagonismo in particolare delle autorità locali, prese da un bisogno compulsivo di dimostrare il proprio impegno sul campo²³. Da ciò l'evidente esigenza di rivedere la strategia del Governo nella lotta alla pandemia nell'immediato, con un rafforzamento dei tentativi di trovare degli spazi di confronto in grado di trasfondere in provvedimenti normativi condivisi quel principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni da sempre auspicato dalla Corte Costituzionale²⁴ che insiste nella necessità della previsione di «procedure di reiterazione delle trattative, con l'impiego di specifici strumenti di mediazione (ad esempio, la designazione di commissioni paritetiche o di soggetti "terzi"), ai quali possono aggiungersi ulteriori garanzie della bilateralità, come, ad esempio, la partecipazione della Regione alle fasi preparatorie del provvedimento statale»²⁵. Questo, in considerazione del fatto che la Conferenza Stato – Regioni – l'organo deputato all'interno del sistema dei raccordi inter-istituzionali a rendere effettiva – attraverso un confronto non occasionale ma sistematico e stabile – proprio sulla base del principio di leale collaborazione, la necessaria concertazione nella definizione delle politiche pubbliche che incidono sulle competenze delle autonomie regionali, è stata marginalizzata proprio in occasione della gestione della pandemia rispetto al ruolo per il quale era stata pensata. E cioè come lo strumento più idoneo ed efficace attraverso il quale addivenire ad un confronto tra il centro e la periferia, al cui interno possano realizzarsi soluzioni condivise rispetto a scelte legislative o amministrative che interessano i territori²⁶. I Tribunali amministrativi regionali si sono inseriti in questa disputa cercando di fare ordine nella materia,

²² Cfr sul punto A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie alla luce delle più salienti esperienze della formazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consulta OnLine*, 3, 2020, 9 novembre 2020, 611.

²³ In questo senso cfr A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, 1, 2020, 4 aprile 2020, 518-533.

²⁴ Si veda, per esempio, Corte Cost., sent. n. 49/1958: «Questa collaborazione fra lo Stato e la Regione è del tutto normale nel sistema delle nostre autonomie, sia che si tratti d'attività legislativa, sia che si tratti d'attività amministrativa. In questi campi la legislazione dello Stato, che tenga conto opportunamente della competenza della Regione e della sua legislazione [...] può facilmente superare le difficoltà che derivano dal fatto che due enti diversi esercitano funzioni diverse sullo stesso bene». E, più di recente, tra le tante, Corte Cost, sent. n. 408/1998: la Conferenza Stato Regioni, pur non rappresentando una scelta «costituzionalmente vincolata» rappresenta «la sede privilegiata del confronto e della negoziazione politica tra lo Stato e le regioni [... ed opera] come strumento per l'attuazione della cooperazione tra lo Stato e le Regioni (e le province autonome)». Affermazione ripresa qualche anno più tardi nella sentenza Corte Cost. n. 116/1994: «la Conferenza [...] è la sede privilegiata del confronto e della negoziazione politica fra lo Stato e le Regioni, al fine di favorire il raccordo e la collaborazione fra l'uno e le altre». Ancora, si veda Corte Cost, sent. n. 251/2016.

²⁵ Corte cost., sent. n. 39/2013. In dottrina: A. POGGI, *Corte Costituzionale e principio di "lealtà" nella collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni*, in *Federalismi.it*, 11 ottobre 2017; A. PROZZO, *Il principio di collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Diritti Regionali*, 3, 2020, 348-382; R. BIN, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente*, atti del Seminario "Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni" Roma, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, 6 aprile 2017; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-costituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2, 2020, 333 ss; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020; G. DI COSIMO, G. MENEGUES, *L'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special issue 1, 2020, 183-199.

²⁶ Così F. DEL PRETE, *L'attuazione del principio di leale collaborazione nella prassi della Conferenza Stato-Regioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2020.

ma con scarsi risultati e dimostrando, anzi, che la poca chiarezza del sistema è stata in grado di determinare decisioni diverse anche in presenza di uguali punti di partenza. Ciò a tutto detrimento della certezza del diritto che, nel già confuso sistema normativo frutto della situazione di emergenza sanitaria, non ha tratto per ora giovamento dalle indicazioni del Giudice amministrativo.

Se un filo conduttore si deve trovare nella normativa regolatrice della materia – anche alla luce della posizione dei TAR – è il principio che «solo al verificarsi di specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario su tutto il territorio regionale o su parte di esso, la Regione, nelle materie di sua competenza, può introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle indicate nel DPCM in vigore» e comunque e solo «nelle more e con efficacia limitata all’entrata in vigore del decreto successivo» verificandosi un automatismo a favore della fonte statale (il DPCM) il cui venir meno – a seguito della adozione di un nuovo DPCM – determina il venir meno della deroga²⁷ e purché le stesse siano adeguatamente motivate da un iter logico-giuridico solido e basato su dati scientifici riconosciuti e riferiti alla peculiarità del territorio di riferimento. E pur tuttavia, per quanto ampiamente descritto, questa impostazione non si presenta mai lineare e di facile momento. Le Regioni, infatti, hanno inteso assumere decisioni relative alla introduzione di misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle statali^{[A3][A4][A5]} sulla base di valutazioni sui dati della Pandemia che erano state già prese come riferimento dal Governo e sulla base delle quali lo stesso aveva – anzi – emanato le prescrizioni ritenute opportune. E ciò, peraltro, a partire dal DPCM del 3 novembre 2020, con la predeterminazione, su base regionale, dei diversi livelli di rischio e la introduzione di tre “scenari” individuati in base a 21 criteri di monitoraggio del rischio, peraltro condivisi dalle Regioni e che era stato pensato, probabilmente, proprio per garantire un “automatismo” che scongiurasse decisioni conflittuali di Stato e Regioni. Ma così, evidentemente non è stato. Ed anzi, proprio il sistema-scuola ha dimostrato come le finalità con le quali il Governo aveva approntato questo sistema ha rivelato tutta la sua inefficacia in occasione della prevista riapertura delle scuole dopo il 6 gennaio 2021. E così, mentre il Governo nella seduta del 4 gennaio ha trovato un compromesso sul ripristino della didattica in presenza, prevedendo il ritorno in classe il 7 gennaio per la scuola primaria e la secondaria di primo grado e l’11 gennaio per la secondaria di secondo grado con il 50% di lezioni in presenza e il 50% di didattica a distanza, la maggior parte delle Regioni fin da subito ha comunicato di voler fare scelte diverse²⁸. Si tratta, a ben vedere, al di là delle

²⁷ Cfr R. MARZO, *op. cit.*

²⁸ Probabilmente solo in Abruzzo, Valle d’Aosta e Lazio le scuole seguiranno il calendario previsto dal Governo. Ciascuna delle altre regioni seguirà strade diverse: in Alto Adige, dal 7 gennaio, gli studenti delle scuole superiori torneranno in presenza fino al 75% e con un minimo del 50%. In Calabria è prevista la sospensione delle attività didattiche in presenza per le scuole superiori dal 7 al 31 gennaio (cfr. <https://www.orizzontescuola.it/la-calabria-chiude-le-scuole-di-ogni-ordine-e-grado-dal-7-gennaio-il-presidente-spirli-sto-per-firmare-ordinanza/>). Per le scuole elementari e medie la sospensione è prevista, invece, dal 7 al 15 gennaio. In Friuli Venezia Giulia, Veneto, Marche e Calabria le scuole secondarie di secondo grado dovrebbero prevedere il rientro in classe dopo il 31 gennaio (cfr. <https://www.orizzontescuola.it/friuli-veneziam-giulia-firmata-ordinanza-per-scuole-superiori-ddi-fino-al-31-gennaio/>). E mentre in Liguria e Lombardia è stata sospesa ogni decisione, in Molise ci sarà lo stop alle lezioni in presenza fino al 17 gennaio per le scuole primarie e secondarie di primo grado (cfr. <https://www.orizzontescuola.it/molise-scuole-primarie-e-medie-in-didattica-a-distanza-fino-al-17-gennaio-ordinanza/>), in Puglia le scuole di ogni ordine e grado, dalle primarie alle superiori, saranno in DDI, Didattica digitale integrata, sino a venerdì 15 gennaio 2021 (cfr. <https://www.orizzontescuola.it/in-puglia-tutte-le-scuole-in-didattica-digitale-integrata-fino-a-venerdi-15-gennaio-ordinanza/>), in Sardegna si va verso il posticipo al 15 gennaio. Ma c’è un’altra ipotesi, restando comunque in piedi l’ipotesi di riprendere il 1 di febbraio mentre in Sicilia gli studenti degli istituti

date previste per le riaperture in ciascuna regione, evidentemente suscettibili di ulteriori cambiamenti e ad aggiornamenti *ad horas*, di una situazione inaccettabile e del tutto ingiustificata, che dà una immagine pessima del sistema istruzione e determina un grave stato di incertezza nelle famiglie. Non si comprende, infatti, come possano assumersi decisioni così diverse da regione a regione e soprattutto cosa possa comportare in termini di contenimento del contagio differire o meno di qualche giorno il rientro in classe – in particolare degli studenti delle scuole secondarie di secondo grado – rispetto all’evolversi del contagio. L’impressione, avallata anche dai TAR, è che le Regioni abbiano preso e prendano decisioni diverse non solo a causa di quell’ingiustificato protagonismo dei “governatori” di cui si è fatto cenno in precedenza, ma anche e soprattutto sulla base di un malinteso senso del “pericolo” rispetto alla gestione della pandemia, che appare più come la volontà di prevenire un ipotetico rischio di contagio che quella di scongiurare un rischio concreto ed attuale, sacrificando sull’altare di una facile demagogia proprio la scuola. Perché a questo punto bisogna chiedersi se e in che misura il sacrificio del diritto-dovere all’istruzione possa essere adeguatamente giustificato se consideriamo che non si tratta solo di una “facenda” individuale ma anche e soprattutto di una modalità di estrinsecarsi del dovere inderogabile della Repubblica di assicurare lo sviluppo della persona così come previsto e tutelato dall’art. 2 Cost.²⁹. Scontata una gestione della prima parte della pandemia priva di contrasti a livello istituzionale alla luce della decisione di una chiusura pressoché generalizzata di tutte le agenzie educative sull’intero territorio nazionale fino alla fine dell’anno scolastico appena trascorso, in cui semmai gli ambiti di problematicità erano riferibili all’eccessivo protagonismo del Ministro dell’Istruzione rispetto a decisioni che avrebbero richiesto un livello decisionale diverso³⁰, l’impressione, ora, è – infatti – che una eccessiva semplificazione del problema da parte dei Presidenti di Regione stia comprimendo i diritti inalienabili di una fascia particolarmente importante di popolazione che purtroppo è senza voce, quelle migliaia e migliaia di studenti costretti a rimanere a casa e a seguire le lezioni a distanza senza che ciò spesso sia tecnicamente possibile e soprattutto senza che ciò porti loro alcun effettivo giovamento. L’impressione, infine, è che occorran – come detto in precedenza – strumenti diversi ed inesplorati nel confronto tra Stato e Regioni sul punto, poiché è evidente che tutti quelli fino ad ora utilizzati non hanno dato i risultati sperati. E se questa analisi può fare a meno dell’approfondimento in merito a quello che potrebbe essere uno degli snodi cruciali della questione, e cioè quello relativo alla ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in tema di istruzione, potendo essere concordi sul fatto che la scelta del calendario scolastico rientri tra le competenze regionali³¹, non appare

secondari di secondo grado e dei corsi di istruzione e formazione professionale (Iefp) non torneranno in classe in presenza prima del prossimo 11 gennaio (cfr. <https://www.orizzontescuola.it/riapertura-scuole-in-sicilia-le-superiori-in-classe-dall11-gennaio/>). In Piemonte è previsto il rientro a scuola il 7 gennaio per scuola primaria e secondaria di primo grado e la didattica a distanza per le scuole superiori al 100% fino al 16 gennaio. Viceversa, Toscana e Trento prevedono il ritorno in classe per le secondarie di secondo grado al 50% il 7 gennaio. Le decisioni, ad oggi, non sono comunque definite (cfr. <https://www.orizzontescuola.it/riapertura-scuole-11-gennaio-16-regioni-dicono-no-e-rinviano-sindacati-un-rischio-vaccinare-subito-i-prof/>, consultati il 10 gennaio 2021).

²⁹ Cfr in questo senso la condivisibile opinione di C. NAPOLITANO, *op. cit.*

³⁰ In questo senso vedi P. MACI, *Prime note*, cit.

³¹ Sul punto Corte cost., sent. 15 luglio 2005, n. 279, con note di M. MICHETTI, *La Corte, le Regioni e la materia istruzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 5117 ss.; di S. NICODEMO, *L’istruzione tra “principi fondamentali” e “norme generali”*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 128 ss.; di G. SCACCIA, *Norme generali sull’istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla ricerca di un criterio discrezionale*, in *Giurisprudenza*

in dubbio, proprio alla luce di quanto accade in queste ore, che il Parlamento dovrebbe porre in essere una poderosa rivisitazione sia degli strumenti istituzionali di confronto tra Stato centrale ed autonomie territoriali anche in relazione alla ripartizione delle competenze. E questo tenendo conto, in alcuni frangenti e per alcune materie – come quella della istruzione – della ineludibile esigenza di una condotta unitaria da parte dei centri di decisione politica in considerazione del fatto che in gioco vi è non solo il diritto all’istruzione in sé e per sé considerato, ma anche un ventaglio più ampio di diritti insopprimibili della persona umana, quelli appunto cristallizzati dall’art. 2 della Costituzione, rispetto ai quali i decisori politici non possono arretrare, accontentandosi di scegliere la strada più facile e meno “pericolosa”, quale quella di far retrocedere alcuni tra i diritti inalienabili dell’uomo di fronte al diritto alla salute, ma creando le condizioni perché questa scelta sia la meno incisiva e dolorosa possibile.

Essays

costituzionale, 2005, 2716 ss.; A. MORRONE, *Appunti sulle “norme generali” (dopo il progetto di “riforma della riforma”)*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, 154 ss.

