GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (Nota Cons. Stato 6453/2020)

di Clara Napolitano

18 dicembre 2020

Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (Nota Cons. Stato 6453/2020)

di Clara Napolitano

Sommario: 1. Le Regioni e la gestione del rischio pandemico nel “settore istruzione”. – 2. La Campania: il decreto del Consiglio di Stato e i suoi profili processuali. – 2.1. I profili sostanziali. – 3. La Basilicata. – 4. La Calabria. – 5. La Puglia. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Le Regioni e la gestione del rischio pandemico nel “settore istruzione”

La gestione del rischio pandemico e del contagio interessa, come noto, tutti gli ambiti dell’agire pubblico, con inevitabili ripercussioni sulla vita privata dei cittadini. Uno di questi, oggetto di controversie a causa dei provvedimenti assunti dall’autorità amministrativa competente, è la scuola.

Le Regioni emanano ordinanze in successione in merito al rapporto tra diritto alla salute e diritto all'istruzione: i D.P.C.M. governativi si succedono allentando gradualmente le misure sul territorio nazionale, facendo tuttavia salve le prerogative regionali di introdurre disposizioni più rigide e restrittive, in relazione allo specifico contesto territoriale colpito dal virus.

Per avere un quadro complessivo della situazione, e delle problematiche che essa pone, è opportuno un esame della giurisprudenza che, da ultimo, si è pronunciata su alcune ordinanze regionali che sospendevano la didattica in presenza nelle scuole primarie.

Per l'analisi, da un punto di vista metodologico, si userà un criterio sistematico territoriale, passando al vaglio le pronunce dei Giudici di quelle regioni nelle quali sono nate controversie.

2. La Campania: il decreto del Consiglio di Stato e i suoi profili processuali

La Regione Campania ha emanato una serie di ordinanze regionali**[1]** in materia di scuola, poi sfociate nella richiesta di tutela giurisdizionale dinanzi al Giudice di legittimità**[2]**.

Il caso di questa regione è emblematico perché reca con sé due grandi questioni delle quali non può non farsi cenno: una di tenore processuale, concernente il doppio grado di giudizio sui decreti cautelari monocratici; l'altra, di natura sostanziale, riguardante invece la "forza" dei diritti in nome dei quali l'interpretazione delle regole processuali subisce una mutazione.

Il rapporto tra la giurisprudenza e l'emergenza pandemica corre infatti sul crinale di provvedimenti del Giudice amministrativo che sempre più frequentemente si occupano della tutela di diritti fondamentali e ad essa adattano l'interpretazione delle regole processuali**[3]**.

Il provvedimento giurisdizionale ora segnalato**[4]** è uno dei pochissimi che si collocano in antitesi rispetto all'interpretazione consolidata e granitica del paradigma normativo *ex* art. 56 c.p.a., secondo la quale – nel silenzio del legislatore**[5]** – i decreti cautelari monocratici non sono impugnabili**[6]**.

Con esso, infatti, il Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato ha pronunciato in secondo grado su un decreto monocratico del TAR Campania, Napoli, con il quale il Giudice territoriale si era espresso in via cautelare in merito all'ordinanza della Regione Campania n. 89 del 5 novembre 2020.

Con quel provvedimento amministrativo, la Regione aveva provveduto alla conferma delle misure – già disposte con ordinanze nn. 86 del 30 ottobre 2020 e 87 del 31 ottobre 2020 – di sospensione delle attività didattiche ed educative nelle scuole primarie, secondarie e dell'infanzia.

Il tema è sensibile. Vengono in rilievo diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali quello degli alunni all'istruzione e quello dei genitori al lavoro: la protezione di questi diritti voga in direzione della riapertura delle scuole e, dunque, dell'annullamento (previa sospensione) dell'ordinanza regionale; viceversa, il diritto alla salute, in piena emergenza sanitaria, reclama la sua tutela inducendo le Amministrazioni territoriali regionali a disporre la chiusura degli istituti e l'erogazione di didattica a distanza.

Questo contrasto tra diritti è peraltro aggravato dalla temperie attuale: la quale, evidentemente, consente di accedere a uno strumento di cui il ricorrente, di regola, non può far uso, giusta l'interpretazione maggioritaria dell'art. 56 c.p.a.. Questo induce il Giudice di seconde cure a valutare positivamente l'ammissibilità dell'appello: nelle sue parole, «ricorre uno dei limitatissimi casi per i quali il Consiglio di Stato, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del c.p.a., ammette l'istanza in appello, visto il pericolo affermato di irreversibile lesione di interessi che trovano diretto fondamento nella Carta».

2.1. I profili sostanziali

L'ordinanza n. 89/2020, il cui gravame è giunto fino in Consiglio di Stato già in sede cautelare monocratica, recava misure abbastanza drastiche. In essa si prevedeva infatti la sospensione delle attività didattiche in presenza per le scuole primaria e secondaria, fatte salve situazioni concernenti alunni disabili; nonché la sospensione dell'attività in presenza nelle scuole dell'infanzia.

Questo sulla scorta di un'istruttoria svolta dall'Unità di crisi regionale la quale comunicava, nel suo *report* periodico, che «Dall'apertura delle scuole (private e pubbliche) si è avuto un progressivo incremento dei casi positivi nelle varie fasce di età interessate, con una correlazione positiva con il numero di casi in età adulta»; che tuttavia la chiusura delle scuole era stata in grado di contrarre i dati epidemiologici; sicché «al fine di continuare ad arginare la diffusione del contagio, appare utile e necessario continuare le attuali misure di contenimento già in essere mediante nuovo provvedimento che proroghi di almeno 7 giorni le precedenti misure».

Nello stesso *report*, l'Unità di crisi segnalava che «in un'ottica di prevenzione del rischio e non di rincorrere con misure postume il progressivo aumento del contagio, ormai in crescita

esponenziale, la proroga delle misure fino ad ora messe in campo appare proporzionale ed indispensabile».

Sicché, la Regione ha provveduto con ordinanza alla proroga delle misure restrittive, ritenute – incorporando le parole del *report* – proporzionali e indispensabili**[7]** in un'ottica di prevenzione o, prima ancora, di precauzione**[8]**.

La reazione è stata immediata, sicché il TAR Campania, adito in prime cure, si è pronunciato con un decreto cautelare che ha respinto la domanda dei ricorrenti. I quali hanno poi appellato quel provvedimento – come detto, contrariamente all'orientamento giurisprudenziale consolidato che non lo ammette – dinanzi al Consiglio di Stato.

Il Giudice, nel decreto monocratico qui in commento, si pronuncia anzitutto sui profili di ammissibilità, giustificata – come più sopra accennato – dal fatto che l'oggetto della tutela è costituito da diritti fondamentali, di rilievo costituzionale, in contrasto tra loro: all'istruzione, al lavoro, alla salute e all'incolumità.

Nel merito, poi, due sono i punti che emergono nitidamente al vaglio giurisdizionale:

- la completezza dell'istruttoria di cui ai dati tecnico-scientifici forniti dall'Unità di crisi nel suo *report*;
- il contemperamento degli interessi.

Quanto al primo aspetto, il Consiglio di Stato esamina le posizioni degli appellanti e della Regione resistente circa l'idoneità del *report* dell'Unità di crisi regionale a costituire una base scientifica per una scelta tecnico-discrezionale tale da giustificare la prosecuzione delle misure di sospensione della didattica in presenza. L'aggiornamento dei dati – invero sin troppo celere, tanto da indurre le Amministrazioni a provvedere giorno per giorno, adeguando costantemente le misure – è il *punctum dolens*. Secondo la considerazione del Consiglio di Stato, anche se l'istruttoria è completa, e dunque la decisione amministrativa ragionevole, ciò non esaurisce «il dovere dell'Amministrazione di rendere conoscibili i dati scientifici nella loro interezza, con gli aggiornamenti giornalieri e con le indicazioni scientifiche prognostiche del minor impatto-contagio dovuto alla sospensione "in presenza" dell'attività didattica». Non v'è, tuttavia, un vizio d'istruttoria per il Giudice amministrativo. L'ordinanza della Regione reca tutti i dati a sua disposizione e la relazione dell'Unità di crisi, che ne costituisce la motivazione *per relationem*, non risulta essere manifestamente illogica, carente o contraddittoria: di conseguenza, nessuno di questi vizi affligge il provvedimento regionale gravato in prime cure.

Quanto, poi, al contemperamento degli interessi, il Giudice rileva che – in difetto di prova dell'illogicità della misura regionale – prevale senza dubbio alcuno la necessità di una più rigorosa prevenzione della salute pubblica nell'ambito territoriale di competenza della Regione: il Presidente ha il potere di provvedervi, e può farlo proprio in virtù del fondamento costituzionale del diritto alla salute che deve tutelare.

Resta il problema della conoscibilità**[9]** e dell'aggiornamento dei dati tecnico-scientifici a fondamento dell'ordinanza: questione che il Consiglio di Stato scioglie ordinando alla Regione – ai fini del prosieguo della fase cautelare innanzi al TAR – il deposito dei dati e della documentazione scientifica dell'Unità di crisi regionale aggiornati alla data dell'ordinanza e quello dei dati scientifici/medici prognostici sull'effetto positivo della sospensione scolastica "in presenza" ai fini della contrazione dei contagi.

L'appello cautelare è dunque rigettato. Le misure sostanziali sono peraltro confermate dall'ordinanza regionale n. 93/2020, vigente al momento della stesura di questo contributo.

3. La Basilicata

Diversamente da quanto accaduto in Campania in prime cure – e innanzi al Consiglio di Stato in appello – la Regione Basilicata ha uno scenario che pare tutelare maggiormente il diritto all'istruzione.

Lo testimonia un articolato decreto presidenziale**[10]** di accoglimento d'istanza cautelare monocratica, pronunciato su un'ordinanza regionale**[11]** che impone la didattica a distanza nella scuola primaria e secondaria di primo grado.

Quanto al *periculum*, il ragionamento del Giudice s'impone per la peculiarità dell'interpretazione del lemma «estrema gravità e urgenza» di cui alla norma di riferimento: se – in un contesto ordinario – la impellenza dev'essere «estrema», e dunque deve avere un *quid pluris* rispetto alla tutela cautelare collegiale *ex* art. 55 c.p.a. – per invocare la quale è sufficiente paventare il «danno grave e irreparabile» –, è pur vero che la fattispecie concreta impedisce di giungere alla tutela collegiale. Il provvedimento regionale del quale i ricorrenti chiedono la sospensione cautelare ha invero una efficacia che si esaurisce il giorno successivo alla prima udienza collegiale utile. Sicché, il Giudice in veste monocratica, per accogliere la domanda cautelare sotto il profilo del *periculum* e del *fumus*, valuta questi elementi *non* alla stregua dell'art. 56 c.p.a., bensì come se i ricorrenti avessero invocato una tutela cautelare collegiale *ex* art. 55 c.p.a.:

questo è richiesto da una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni processuali al fine di garantire l'effettività della tutela anche in via immediata e cautelare**[12]**.

Quanto invece al danno, il Tribunale lucano sottolinea che deve escludersi la possibilità che il Presidente della Regione di modificare l'assetto organizzativo in via generalizzata dell'attività scolastica, alterando il quadro delle misure calibrate dal governo per effetto di un diverso apprezzamento dei parametri di rischio epidemiologico e delle misure di contenimento necessarie e sufficienti per fronteggiare la situazione quale risulta compendiata nei diversi "scenari" rappresentati e determinati dall'Autorità governativa centrale. La Regione può solo motivatamente derogare, introducendo misure più restrittive a favore della salute dei cittadini **[13]**, ove giudichi queste restrizioni *indispensabili* in aree infraregionali per specifica situazione locale o per inadeguatezza delle misure di contenimento adottate nelle strutture scolastiche in particolari contesti; ciò, sempreché risulti insufficiente o inefficiente 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.

Sicché il TAR accoglie la istanza cautelare ma non sospende l'ordinanza: utilizza una misura alternativa, imponendo alla Regione un riesame del suo provvedimento per la parte oggetto d'impugnativa, ingiungendole di seguire le indicazioni del decreto cautelare nella ricerca di misure compatibili con il prosieguo delle attività didattiche secondo quanto previsto dal governo.

4. La Calabria

Anche la Regione Calabria aveva emanato ordinanza con la quale sospendeva sull'intero territorio regionale le attività educative e didattiche in presenza in tutte le scuole di ogni ordine e grado, con ricorso alla didattica a distanza.

Anche questa ordinanza è stata impugnata con correlativa istanza di concessione di misure cautelari *ex* art. 56 c.p.a.: istanza accolta con decreto presidenziale.

Il Giudice territoriale spende pochissime parole sul *periculum*, ritenuto sussistente in relazione al «grave pregiudizio educativo, formativo e apprendimentale ricadente sui destinatari ultimi del servizio scolastico».

Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, il TAR ha ritenuto sussistente il contrasto del provvedimento regionale con le misure governative**[14]**, le quali introducono la possibilità di fare attività didattica "in presenza" nella scuola materna, in quella elementare e nella prima media. Rileva,

invero, la necessità di assicurare a queste categorie di alunni, più piccoli e dunque in fase di primo sviluppo sociale, attività formative adeguate all'evoluzione della loro personalità non surrogabili da una eventuale – sempre qualora concretamente attivabile con carattere di generalità – didattica a distanza**[15]**.

L'atto regionale sconta un difetto d'istruttoria: una misura generalizzata all'intero territorio regionale**[16]** di sospensione delle attività didattiche avrebbe dovuto esser basata su una «almeno verosimile indicazione di coefficienti e/o percentuali di contagio riferibili ad alunni e operatori scolastici»; l'ordinanza *de qua*, invece, fonda sulla mera rappresentazione della «problematica connessa ai numerosi contagi di studenti e operatori scolastici», senza certezza alcuna del nesso di causalità intercorrente fra lo svolgimento in presenza delle attività didattiche nella scuola materna, in quella elementare e media di primo grado (limitatamente al primo anno) e il verificarsi dei contagi. L'istruttoria procedimentale è ritenuta, pertanto, sommaria e carente.

5. La Puglia

La situazione pugliese è piuttosto peculiare, se non altro perché le ordinanze del Presidente dell'Amministrazione territoriale regionale sono state oggetto di pronunce interinali diametralmente opposte da parte del Tribunale amministrativo barese e della sua sezione distaccata leccese.

L'ordinanza gravata – la n. 407 del 27 ottobre 2020**[17]** – prescriveva la sospensione delle attività in presenza in tutte le scuole di ogni ordine e grado con contestuale adozione della didattica digitale integrata e riserva delle attività in presenza esclusivamente ai laboratori (ove previsti dai rispettivi ordinamenti dal ciclo didattico) e alla frequenza degli alunni con bisogni educativi speciali.

Ciò sulla scorta del D.P.C.M. 24 ottobre 2020 – a mente del quale «fermo restando che l'attività didattica ed educativa per il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, per contrastare la diffusione del contagio [...] le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica [...] incrementando il ricorso alla didattica digitale integrata» – nonché dei *report* di monitoraggio dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS), i quali rilevavano un incremento allarmante dei contagi nelle comunità scolastiche, rivelatisi potenziali cluster familiari e comunitari

impeditivi del *contact tracing* territoriale. La Regione Puglia rilevava, dunque, l'insufficienza delle misure adottate con la precedente ordinanza del 25 ottobre 2020.

Il provvedimento regionale ha subìto una vicenda processuale anch'essa peculiare, essendosi pronunciate su di esso in via cautelare entrambe le sezioni dei Tribunali amministrativi della regione Puglia: Bari e Lecce**[18]**. Una circostanza – indubbiamente atipica e foriera d'incertezze – legata forse anche al diverso impatto che le misure amministrative di prevenzione avevano sulla zona delle province di Bari, BAT, Foggia e su quella – più specificamente salentina – di Lecce, Brindisi e Taranto**[19]**.

Le decisioni monocratiche, praticamente contestuali, come detto, conducono a due orientamenti diametralmente opposti.

Il Giudice barese**[20]** – in accoglimento dell'istanza cautelare monocratica – rileva che il provvedimento gravato non è coerente con le misure governative frattanto sopravvenute (il D.P.C.M. 3 novembre 2020) e che, pertanto, si rende necessario l'intervento giurisdizionale immediato. Se il livello governativo prevede, infatti, la predisposizione di didattica in presenza, l'ordinanza regionale impugnata si colloca in netto contrasto con quelle disposizioni.

Ciò soprattutto in ragione dell'inadeguatezza del sistema scolastico pugliese ad attivare subito la didattica a distanza: con un effetto dell'ordinanza sostanzialmente interruttivo delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica.

Il *fumus* è poco indagato. Un veloce riferimento – anche qui – a un vizio motivazionale *ictu oculi*: «dalla motivazione del provvedimento impugnato non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione».

L'orientamento del Giudice leccese**[21]** conduce invece al rigetto dell'istanza cautelare monocratica avverso la medesima ordinanza regionale. Una motivazione stringata, essenziale, che fonda sull'importanza dei valori costituzionali contemperati dal provvedimento impugnato e sulla temporaneità delle rigide misure di sospensione dell'attività in presenza, le quali consentono comunque la didattica a distanza, che soddisfa parzialmente l'interesse all'istruzione.

Il bilanciamento degli interessi vede, pertanto, una netta prevalenza di quello alla salute e all'incolumità su quello «organizzativo delle famiglie coinvolte»: il provvedimento regionale non merita d'esser sospeso, dunque.

Il contrasto giurisprudenziale non è stato certo immune da conseguenze: con ordinanza immediatamente successiva**[22]**, la Regione Puglia ha preso atto dei profili rilevati da entrambi i Giudici territoriali. Ha dunque rimodulato le proprie misure in modo da conciliare gli interessi così fortemente confliggenti: «il conflitto tra pronunce dello stesso TAR Puglia (sede di Lecce e sede di Bari) dimostra indiscutibilmente l'incertezza della stessa Magistratura a valutare in modo univoco il bilanciamento tra il diritto alla salute con il diritto allo studio, tanto che il TAR di Bari, accogliendo l'istanza di sospensione, se pur con un decreto cautelare destinato a perdere efficacia a seguito della pronuncia collegiale fissata per il 3 dicembre, ha operato una drammatica scelta tra il diritto alla salute – tutelabile con la didattica digitale integrata – e il diritto allo studio, decidendo di privilegiare quest'ultimo con la didattica in presenza». La Regione, in applicazione dei principi di precauzione, adeguatezza e proporzionalità, ha dunque disposto che il diritto alla salute ha una preminente esigenza di tutela. Ciò non deve condurre, tuttavia, all'interruzione della didattica: stanti le inadeguatezze tecnologiche, il diritto allo studio deve essere tutelato in modo alternativo. Sicché quell'ordinanza della Regione Puglia – confermata da ordinanza successiva**[23]**, oggi vigente – rileva che le scuole devono garantire la didattica a distanza nelle scuole elementari e medie «per le famiglie che ne facciano richiesta».

Lasciando, dunque, ai genitori la facoltà di scegliere se mandare i propri figli a scuola oppure usufruire della didattica a distanza. Una decisione contrastata e che tuttavia parrebbe adeguatamente bilanciata per tentare di contemperare le esigenze del diritto alla salute e del diritto allo studio alla luce del sopravvenuto D.P.C.M. 3 novembre 2020.

6. Osservazioni conclusive

Quelle che possono farsi in questa sede sono conclusioni parziali e transeunti: non si ha alcuna pretesa d'esaustività.

L'esame dei decreti cautelari impone di soffermarsi su due aspetti.

Quello processuale, anzitutto. Si percepisce dall'intelaiatura delle pronunce qui esaminate un'attenzione specifica del Giudice al ricorrere del *periculum*, più che del *fumus*. Vero è che – trattandosi di decreti monocratici – il requisito dell'urgenza dettata da ragioni temporali contingenti assume un rilievo maggiore: questo profilo diventa ancor più spiccato in tempi nei quali l'agire amministrativo segue ritmi così convulsi da modificare il corso degli eventi nell'attesa di pronunce cautelari collegiali, che poi finiscono per dichiarare i ricorsi improcedibili

per sopravvenuta carenza d'interesse.

Il versante processuale si arricchisce di uno specifico tema: ne indica i contorni il decreto del Consiglio di Stato analizzato in apertura. Si è fatta strada, pur nelle ipotesi limitatissime dell'urgenza di una tutela di diritti previsti dalla nostra Costituzione, la possibilità del doppio grado di giudizio sul decreto cautelare monocratico. Una conseguenza del diritto dell'emergenza anche sul piano del processo**[24]**. I punti nevralgici che sorreggono il decreto monocratico del Consiglio di Stato si riferiscono proprio al contrasto tra diritti costituzionalmente tutelati: una rappresentazione di quanto i diritti fondamentali possano giustificare l'adattamento di interpretazioni consolidate delle regole processuali. Non v'è dubbio, però, che la categoria dei diritti fondamentali è di per sé sfuggente: come tale, rischia di diventare nebulosa anche la regola processuale dell'inappellabilità del decreto monocratico. Asserire che si può derogare all'interpretazione consolidata dell'art. 56 c.p.a. perché ci sono in gioco diritti tutelati dalla Costituzione genera dovuti interrogativi: non essendovi un catalogo certo e cristallizzato, non è agevole distinguere tra diritti fondamentali e non, poiché la Costituzione – in realtà – li tutela tutti; gli stessi diritti fondamentali per definizione (la salute, il lavoro, la vita) sono d'incerto e problematico bilanciamento**[25]**, per cui la prevalenza dell'uno sugli altri non è di agevole affermazione. Ne consegue che la regola processuale relativa all'ammissibilità o meno di un appello a decreto cautelare dipende dal diritto fatto valere. Il sistema è così permeabile attraverso un oggetto d'incerta qualificazione e classificazione: rendendo le regole del processo sin troppo ambigue, con inevitabili riflessi sull'effettività della tutela.

Sul versante sostanziale, poi: sempre sui diritti in conflitto. Non è secondario per il Giudice amministrativo il fatto che vengano in rilievo diritti fondamentali (pur con le perplessità che chi scrive ha appena manifestato). Quello alla salute. Quello all'istruzione. Quello al lavoro.

Il bilanciamento si mostra complesso e non v'è un diritto che prevalga nettamente sugli altri: la portata del diritto alla salute viene limitata dall'Amministrazione tramite il principio di proporzionalità e il Giudice ne valuta la legittima applicazione. Serpeggia, infatti, nelle pronunce, non soltanto il diritto allo studio e all'istruzione del singolo: ma il dovere inderogabile della Repubblica di assicurare lo sviluppo della persona. Viene in rilievo, insomma, l'art. 2 Cost.**[26]**: uno dei pilastri fondativi della nostra Carta costituzionale.

Nessun decreto lo cita. Tuttavia, è evidente che il pericolo delle misure che tutelano (quasi) esclusivamente il diritto alla salute, sospendendo le attività didattiche ed educative in presenza, è quello di privare gli alunni – specie i più piccoli – del primo ambiente sociale esterno alla famiglia nel quale iniziano a sviluppare la propria personalità in relazione agli altri.

Questo richiede una solidità motivazionale e tecnico-scientifica delle ordinanze particolarmente forte. Di ciò il Giudice è perfettamente conscio: l'urgenza delle decisioni e l'affastellarsi di dati epidemiologici niente affatto rassicuranti lo fanno propendere – non escludendosi da questa considerazione nemmeno il decreto del TAR Bari[27] e quello del TAR Basilicata[28] – per una più marcata tutela del diritto alla salute.

Lo dimostra con una certa continuità l'*iter* motivazionale dei decreti che, pur con le dovute oscillazioni e l'unicità del percorso decisorio di ciascun Giudice territoriale, guardano ai dati scientifici ed epidemiologici a fondamento delle gravate ordinanze regionali: le misure sono drastiche, specie nelle Regioni più colpite, sicché è essenziale vagliarne da subito eventuali vizi d'istruttoria e motivazione.

È ciò che fa il Consiglio di Stato in appello sul TAR Campania; è ciò che fa il Giudice calabrese, rilevando la genericità del riferimento all'incremento dei contagi, di per sé non sufficiente a giustificare l'ordinanza di sospensione delle attività didattiche.

Fanno eccezione a questo *iter* motivazionale il Giudice amministrativo barese e quello lucano: 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 esser 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 inconoscibilità 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.

È evidente, allora, che la complessità del quadro impone un attento vaglio giurisdizionale, che fa uso dei principi di precauzione e di proporzionalità, perché in gioco ci sono il diritto allo studio, all'istruzione, al lavoro, alla salute e alla vita. La compressione del diritto fondamentale di sviluppare la propria persona nelle formazioni sociali può essere giustificata dalla tutela del concorrente diritto alla salute: nondimeno, essa dev'essere comunque garantita tramite misure alternative, di matrice – inevitabilmente – telematica.

Ancora una volta, non v'è un diritto "tiranno" rispetto agli altri: nemmeno quello alla salute, in nome del quale non possono essere interrotte le attività educative e sociali, poiché le Amministrazioni devono garantirne l'erogazione continuativa e stabile, seppure in modo diverso

e innovativo.

[1] Le ordinanze si susseguono a ritmi convulsi. Attualmente è in vigore la n. 93 del 28 novembre 2020, la quale, con decorrenza dal 30 novembre 2020 e fino al 7 dicembre 2020, fatte salve eccezioni ivi previste, restano sospese le attività didattiche in presenza delle classi della scuola primaria diverse dalla prima, quelle della prima classe della scuola secondaria di primo grado nonché quelle concernenti i laboratori. V. in proposito gli aggiornamenti costanti su *www.regione.campania.it*.

[2] Il TAR Campania annovera più pronunce cautelari sul punto, tutte in forma di decreto presidenziale *ex* art. 56 c.p.a.: 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.

[3] È emerso invero il problema dell'effettività della tutela cautelare monocratica e del doppio grado di giudizio su di essa. V. in proposito, *amplius*, M.A. Sandulli, *La tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010, pp. 1130 ss.

[4] Cons. Stato, Pres. III, dec. 10 novembre 2020, n. 6453.

[5] L'art. 56 c.p.a., come noto, concerne la tutela cautelare monocratica in corso di causa e non si esprime sui rimedi avverso il decreto che si pronuncia sull'istanza del ricorrente volta a invocarla. Nel silenzio del legislatore, il consolidato orientamento giurisprudenziale propende per la inappellabilità dei decreti cautelari monocratici. V. in proposito anche M.A. Sandulli, *La tutela*, cit.; E. Follieri, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2011, pp. 733 ss.

[6] Analizza criticamente le ragioni fondative di quest'orientamento A. De Siano, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020. Sulla capacità conformativa dei poteri giurisdizionali esercitata da parte dell'emergenza sanitaria v. da ultimo R. Dagostino, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, in questa *Rivista*, consultabile al link *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1428-emergenza-pandemica-e-tutela-cautelare-monocratica-di-raffaella-dagostino*.

[7] Le decisioni amministrative farebbero dunque applicazione del principio di proporzionalità, sul quale v. tra gli innumerevoli autori, A. Sandulli,*La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; Id., (voce) *Proporzionalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, pp. 4643 ss.; D.-U. Galetta, *La proporzionalità quale principio generale*

dell'ordinamento, *Nota a Cons. Stato sez. V 14 aprile 2006, n. 2087*, in *Gior. dir. amm.*, n. 10/2006, pp. 1107 ss.; Id., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012.

[8] È noto il *discrimen* esistente tra prevenzione e precauzione, la prima relazionandosi al pericolo (certo), la seconda invece al rischio (incerto). Lo spiega bene P. Savona, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi.it*, n. 25/2011: «Il pericolo (*Gefahr*) [...] è una situazione in cui, se non si interviene per cambiare il corso degli eventi, ci si può aspettare con ragionevole probabilità che si verificherà un danno a beni giuridici protetti dall'ordinamento. [...] il rischio [*Risiko*, n.d.r.] si riferisce a situazioni in cui non è valutabile la probabilità che certi eventi si verifichino (incertezza in senso ampio) o in cui non sono nemmeno valutabili i possibili sviluppi degli eventi e i loro effetti (incertezza in senso stretto). Detto in altri termini, mentre il pericolo rappresenta un evento dannoso futuro e incerto il cui verificarsi, alla luce dell'esperienza passata, può ritenersi ragionevolmente probabile, il rischio è un evento dannoso futuro e incerto, di cui non è possibile allo stato attuale delle conoscenze valutare in maniera sufficientemente sicura le probabilità (o anche solo le modalità) di avveramento. Il rischio ricorre pertanto in caso di sospetto di pericolo (*Gefahrenverdacht*), in situazioni di "non ancora pericolo" (*noch nicht Gefahr*), e può essere definito come il "pericolo della valutazione errata del pericolo" ("*Gefahr einer Fehleinschaetzung der Gefahr*")».

V. in proposito anche C.R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, 2001, trad. it. Bologna, 2005. Sul tema, v. ovviamente F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; Id., *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 413 ss.; v. anche F. De Leonardis, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 2/2011, spec. p. 25. L'A. ritiene che la giurisprudenza unionale non abbia offerto una buona delineazione del principio di prevenzione: ne ritiene difficile, pertanto, fissare il confine col contiguo principio di precauzione. All'inizio la dottrina tendeva infatti a sovrapporli – e a considerarli, pertanto, espressivi della stessa necessità di anticipare la tutela di un bene giuridico – a causa della loro comune derivazione dal *Vorsorgeprinzip*, tanto che il principio di precauzione era ritenuto mera «sub-funzione» del principio di precauzione: «Se si considera, però, che le valutazioni che giustificano l'applicazione del principio di precauzione sono

connotate da rischio e incertezza, mentre quelle che consentono l'applicazione del principio di prevenzione risultano connotate da regole meno elastiche e probabilistiche, non si può non rimarcare che i due principi corrispondano ciascuno a presupposti differenziati ovvero che la precauzione costituisca uno sviluppo o una specificazione della prevenzione».

Sul punto, v. da ultimo, R. Ferrara, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1/2020, pp. 14 ss.

[9] La conoscibilità dei dati è estrinsecazione del più generale principio di trasparenza amministrativa, di recente oggetto di riforme che ne hanno accentuato i profili di tutela per il privato. V. in proposito M.A. Sandulli, L. Droghini, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020.

[10] TAR Basilicata, Pres. I Sez., 24 novembre 2020, n. 272.

[11] Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale di Basilicata n. 44 del 15 novembre 2020, reperibile su *www.regione.basilicata.it*.

[12] TAR Basilicata, n. 272/2020, cit.: «occorre seguire canoni interpretativi costituzionalmente orientati per ricavare il senso di una "estrema gravità ed urgenza" nel caso in cui il provvedimento lesivo abbia un orizzonte temporale che non raggiunge la data della prima camera di consiglio utile;

- in tale ipotesi, in cui è la durata stessa del provvedimento impugnato a "non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", i presupposti per accedere alla tutela cautelare in sede monocratica non possano essere sostanzialmente diversi da quelli usualmente considerati in sede collegiale, sotto il profilo sia del *fumus boni iuris*, sia del *periculum in mora*; ciò (sia chiaro) a condizione che la parte ricorrente non abbia adottato comportamenti processuali dilatori, ma abbia anzi attivato senza indugi (come nella specie) gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento».

[13] Sussistendo condizioni e presupposti di cui all'art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833, nonché condizioni e presupposti di cui alla normativa emergenziale per l'adozione di un'ordinanza recante misure più restrittive.

[14] D.P.C.M. 3 novembre 2020.

[15] Così, TAR Calabria, Catanzaro, Pres. I Sez., 23 novembre 2020, n. 609.

[16] Per il Tribunale amministrativo calabrese, il contrasto avrebbe potuto essere composto «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 specificità locali».

[17] Tutte le ordinanze sono reperibili sul sito *www.regione.puglia.it*.

[18] La vicenda è singolare perché il TAR leccese, secondo i criteri di competenza inderogabile *ex* art. 13 c.p.a., non sarebbe stato competente a pronunciarsi. L'accaduto, dunque, non è irrilevante, perché il Tribunale che – in ossequio alle disposizioni – si è pronunciato in violazione di norme sulla competenza, ha creato una duplice conseguenza: ha anzitutto dato vita a un contrasto giurisprudenziale, contrariamente all'obiettivo posto proprio dalle norme sulla competenza inderogabile che vogliono evitare il *forum shopping*; di conseguenza, quel contrasto giurisprudenziale ha dato la stura a una nuova ordinanza della Regione Puglia, la n. 413/2020, che oggi dispone che siano i genitori a scegliere, per i propri figli, la didattica che preferiscono, se a distanza o in presenza.

[19] La differenziazione è vieppiù necessaria, avendo essa indotto il Presidente della Regione a emanare, poi, nuova ordinanza che modula le misure a seconda delle zone territoriali colpite e della loro curva epidemiologica: cfr. Regione Puglia, ord. 7 dicembre 2020, n. 448, in *www.regione.puglia.it*.

[20] TAR Puglia, Bari, Pres. III, dec. 6 novembre 2020, n. 680.

[21] TAR Puglia, Lecce, Pres. II, dec. 6 novembre 2020, n. 695.

[22] Regione Puglia, ord. 6 novembre 2020, n. 413, in *www.regione.puglia.it*.

[23] Emanata alla luce del D.P.C.M. 3 dicembre 2020: Regione Puglia, ord. 4 dicembre 2020, n. 444, in *www.regione.puglia.it*.

[24] Tra i numerosi e ricchi contributi sulla torsione della tutela cautelare nella temperie dell'emergenza pandemica, v. M.A. Sandulli, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici,* in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 31 marzo 2020; F. Francario, *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *www.giustiziainsieme.it*; F. Saitta, *Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica* ex officio *nell'emergenza epidemiologica da Covid-19: chi? Come? ma soprattutto, perché?*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020. Più in generale, sull'impatto

dell'emergenza da Covid-19 sul processo amministrativo e sulle tecniche di tutela predisposte, di fondamentale rilevanza il Webinar di Modanella, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, svoltosi nei giorni 30 giugno – 1 luglio 2020, su «L'emergenza Covid-19 e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro».

[25] L'esempio emblematico è dato dalla vicenda ILVA, sulla quale la Corte costituzionale pronunciò una celebre sentenza pilatesca: Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

[26] Sul dovere di solidarietà declinato anche come diritto, v. P.L. Portaluri, Lupus lupo non homo. *Diritto umano per l'ethos degli animali?*, in *Dir. econ.*, n. 3/2018, pp. 17; Id., *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali:* "quid noctis, custos"*?*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2019, pp. 401 ss.

[27] Il TAR Bari invero non ha sospeso l'ordinanza regionale per ragioni d'illegittimità nel bilanciamento d'interessi, ma si è limitato a rilevare che strutturalmente la Puglia non riesce a garantire una continuativa ed efficace didattica a distanza. Se ne deduce che, ove la regione ne fosse stata dotata sin d'allora, probabilmente anche il Tribunale barese avrebbe propeso per il rigetto dell'istanza cautelare e, sul piano sostanziale, per la maggior tutela del diritto alla salute.

[28] Anche il TAR Basilicata ha disposto in via cautelare il riesame dell'ordinanza regionale perché la presenza di criticità nel sistema scolastico non consente di garantire la continuità dell'attività didattica a distanza: sicché il bilanciamento è fatto salvo dal punto di vista istruttorio.