

Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei "Governatori": il caso della Puglia

di Maurizia Pierri – Professoressa aggregata di Diritto Costituzionale Comparato Italiano ed Europeo nell'Università del Salento

ABSTRACT: This essay deals with the relationship between national and regional powers in the management of the health emergency from Covid -19, with reference to the case study of a regional ordinance which introduced restrictive measures of the right to education in derogation from national regulation.

SOMMARIO: 1. La didattica nella scuola primaria in Puglia tra l'ordinanza del Presidente della Regione n. 407 del 27 ottobre 2020 ed il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 Novembre 2020: gli eventi. – 2. Le questioni giuridiche implicate. – 2.1 I poteri normativi del Governo e del Presidente del Consiglio dei Ministri durante l'emergenza da COVID-19 ed il loro impatto sulle attività scolastiche. – 2.2 I poteri normativi delle Regioni. – 3. La natura dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale pugliese n.407 del 2020 e la possibilità di una sua "sopravvivenza" al Decreto del Presidente del consiglio dei ministri del 3 novembre 2020. – 4. Conclusioni.

· Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. La didattica nella scuola primaria in Puglia tra l'ordinanza del Presidente della Regione n. 407 del 27 ottobre 2020 ed il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 Novembre 2020: gli eventi

Il 27 ottobre 2020, il Presidente della Giunta della Regione Puglia dott. Michele Emiliano ha adottato una ordinanza, la n. 407, intitolata *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, con la quale ha disposto che a partire dal 30 ottobre sino al 24 novembre 2020 le Istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado (scuola primaria, scuola secondaria di primo grado e scuola secondaria di secondo grado) avrebbero adottato la didattica digitale integrata, 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.

La decisione è stata assunta in deroga a quanto stabilito dall'art. 1, comma 9 lett. s) del DPCM 24 ottobre 2020, che per il medesimo periodo aveva confermato il ritorno alla didattica in presenza per la scuola dell'infanzia e per il ciclo di istruzione di primo grado (elementari e medie, come disposto dai precedenti decreti presidenziali, sia quello 18 che del 24 ottobre¹), mentre aveva previsto che le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado potessero adottare forme flessibili nell'organizzazione dell'attività “*incrementando il ricorso alla didattica digitale integrata, per una quota pari almeno al 75 per cento delle attività, modulando ulteriormente la gestione degli orari di ingresso e di uscita degli alunni, anche attraverso l'eventuale utilizzo di turni pomeridiani e disponendo che l'ingresso non avvenga in ogni caso prima delle 9,00*”.

La *ratio decidendi* dell'ordinanza regionale è fondamentalmente basata sulla illustrazione di alcuni elementi ritenuti sintomatici di un pericolo di aggravamento della situazione epidemiologica sul territorio pugliese ed in particolare: a) un RT (indice di trasmissione) pari ad 1,52, corrispondente ad un rischio medio-alto, secondo quanto riportato dal Report di monitoraggio dell'Istituto superiore di sanità n.23 del 20 ottobre 2020, avente come riferimento la settimana dal 12 al 18 ottobre 2020; b) un incremento nella circolazione del virus tale da rendere “*difficoltosa anche l'attività di contact tracing nonché la tempestività dell'esecuzione dei tamponi diagnostici e di screening*”, come dimostrato dai dati (non meglio precisati) emergenti dagli ultimi rapporti di monitoraggio della situazione epidemiologica del territorio pugliese (anche questi non individuati);

¹ Cfr.art. 1, comma 6, lett. r) del DPCM dell'8 ottobre, art. 1, comma 9 lett. s) del DPCM del 24 ottobre.

c) la progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, (richiamata in modo generico senza ostensione di dati a conforto); d) i dati trasmessi da parte dei competenti Dipartimenti di Prevenzione, indicativi di un *“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”*²; e) l’elevatissimo carico di lavoro per le attività di *contact tracing* territoriale e per i laboratori di analisi, dato il numero dei casi rilevati in ambito scolastico e i potenziali *cluster* familiari o comunitari (elemento che evidentemente si somma alle difficoltà di cui al punto b); infine f) la richiesta *“di valutare la sospensione dell’attività scolastica, al fine di consentire la semplificazione delle procedure legate al rientro degli studenti in isolamento fiduciario, con il progressivo utilizzo del tampone rapido, avanzata nel corso dell’incontro del Comitato Permanente Regionale della Medicina Generale e dei Pediatri di libera scelta del 27 ottobre 2020”*³.

Sulla base di queste premesse, il Governatore della Regione Puglia ha ritenuto, invocando la sussistenza delle condizioni e dei presupposti di cui all’art.32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, nonché delle condizioni e dei presupposti di cui alla normativa emergenziale per l’adozione di misure più restrittive, di adottare l’ordinanza di cui sopra, facendo salve le ulteriori valutazioni del competente Dipartimento della salute, alla luce dell’evolversi della situazione epidemiologica e all’esito dell’analisi di impatto delle misure intraprese.

L’ordinanza non ha mancato di suscitare vive proteste nella comunità scolastica pugliese, alla luce sia degli sforzi organizzativi che i dirigenti avevano messo in campo nel periodo estivo per conformare gli istituti al protocollo di sicurezza indicato dal Ministero, sia delle difficoltà affrontate

² Questo riferimento è stato ritenuto da molti un sostanziale autogol, perché secondo i dati del Ministero relativi all’anno scolastico 2018/2019 (consultabili al link <https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Principali+dati+della+scuola+-+avvio+anno+scolastico+2018-2019.pdf/fb3e7b10-e2bc-49aa-a114-c41ef53cacf9?version=1.0>) le sedi scolastiche in Puglia sarebbero 2568 e popolazione scolastica pugliese (comprensiva degli studenti del primo e secondo ciclo di istruzione) conterebbe oltre 600.000 alunni. Conseguentemente risulterebbero contagiati lo 0,06% degli studenti nell’11% delle scuole. Il personale scolastico (solo con riferimento ai docenti) sarebbe pari a circa 60.000 unità, dunque il tasso di contagio sarebbe pari allo 0,25%. Tutti dati inferiori al tasso di contagio accertato sul territorio (ad esclusione delle sedi scolastiche).

³ In realtà secondo alcune fonti giornalistiche questa richiesta sarebbe stata smentita dagli stessi pediatri, si v. https://bari.repubblica.it/cronaca/2020/11/01/news/nicola_laforgia_non_siamo_stati_noi_pediatri_a_invocare_la_chiusura_dell_e_scuole_in_puglia_-272610136/

dalle famiglie per adeguare i propri ritmi lavorativi alle modifiche di orario e/o alle turnazioni nella presenza dei propri figli a scuola stabilite dalle direzioni didattiche ed altresì per educare gli stessi all'adozione di tutti i comportamenti necessari ad evitare il contagio (che possono apparire scontati per gli adolescenti ma lo sono molto meno per i bimbi della scuola dell'infanzia e delle prime classi delle elementari).

A pochi giorni dall'adozione dell'ordinanza, il capo del Governo, sulla spinta di una situazione epidemiologica in rapido peggioramento su tutto il territorio nazionale, ha adottato il D.P.C.M. del 3 novembre 2020, entrato in vigore il 6 successivo. Il Decreto ha graduato le misure restrittive connesse alla necessità di contenere gli effetti della pandemia, commisurandole al livello di gravità e di rischio di diffusione territoriale del virus, calcolati a livello regionale sulla base di 21 criteri di monitoraggio del rischio sanitario (riferiti al passaggio dalla fase 1 alla fase 2A, di cui all'allegato 10 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 aprile 2020), adottati con decreto ministeriale del 30 aprile 2020, all'esito delle riunioni del 29 e 30 aprile 2020 tra i direttori generali della Direzione generale della prevenzione sanitaria e della Direzione generale della programmazione sanitaria e le autorità regionali, politiche e tecniche (il decreto del 30 aprile ha anche stabilito che il Ministero della Salute, avrebbe costituito una apposita *cabina di regia*, con il coinvolgimento delle le Regioni e dell'Istituto Superiore di Sanità, per raccogliere le informazioni necessarie alla valutazione del rischio e realizzare una classificazione settimanale)⁴. Con ordinanza del 4 novembre 2020, lo stesso Ministero della salute, sulla base dei criteri già condivisi con le regioni, ha attribuito alla Puglia una situazione di elevata gravità ed un livello di rischio alto (associandolo al colore arancione), in relazione al quale, con riferimento alle attività scolastiche, ha trovato applicazione l'art. 1, comma 9, lett. s) del DPCM del 3 novembre che recita testualmente: *“L'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie salvo che per i bambini di età inferiore ai sei anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina.”*

⁴ Sia nelle fonti giornalistiche, sia nell'Ordinanza del ministero della salute del 4 novembre 2020 si richiama espressamente un decreto dello stesso ministero adottato il 29 maggio 2020, che avrebbe costituito un *cabina di regia* di monitoraggio del livello di rischio. Si segnala la circostanza che di questa ordinanza non si trova traccia su nessuna banca dati disponibile *online*. Sul sito dell'Istituto Superiore di Sanità è però consultabile un Report del 16 maggio 2020 elaborato sulla base dei dati forniti dalle regioni.

Si è dunque creato un evidente contrasto (antinomia) tra norme regolative dell'attività didattica per il primo ciclo di istruzione, che l'Ordinanza regionale vorrebbe svolgersi con DDI⁵, mentre il DPCM adottato per l'intero territorio nazionale, ha disposto che possa essere realizzata in presenza.

Continuando con la narrazione dei fatti, occorre precisare che il 4 novembre 2020, ancora prima che entrasse in vigore il DPCM promulgato il 3 novembre (con efficacia a partire dal 6), il Presidente Emiliano, insieme all'assessore alla salute dott. Lopalco, con una nota pubblicata sulla pagina web ufficiale della Regione, hanno comunicato che l'ordinanza n. 407 del 27 ottobre sarebbe rimasta in vigore fino alla naturale scadenza del 24 novembre 2020. Nella nota è stata manifestata la disponibilità, a richiesta dell'Ufficio Scolastico Regionale, a consentire ai dirigenti degli istituti scolastici di aumentare la quota di didattica in presenza fino a soddisfare le richieste delle famiglie, compatibilmente con le previsioni del DPCM e con le condizioni epidemiologiche.

Infine, e questo è l'elemento giuridicamente più interessante, si è affermato che ove il Governo nazionale avesse ritenuto assolutamente necessaria la riapertura della didattica in presenza secondo le previsioni del DPCM, avrebbe potuto richiedere espressamente la revoca dell'ordinanza del Presidente della Regione Puglia, che avrebbe valutato la richiesta di intesa col Ministro della Salute. In sostanza la nota ha negato il venir meno dell'efficacia dell'ordinanza regionale in seguito all'entrata in vigore del DPCM.

La vicenda tuttavia non si è conclusa con questa presa di posizione delle autorità regionali perché, come prevedibile, la questione della prevalenza tra contenuto normativo dell'ordinanza ed antitetico contenuto del DPCM è stata portata dinanzi al Giudice amministrativo con diversi ricorsi che hanno dato luogo a decisioni in contrasto tra loro.

⁵ Merita una precisazione il richiamo alla Didattica digitale integrata (DDI) che è una evoluzione strutturale della didattica a distanza (DAD). Come è noto, l'emergenza sanitaria ha comportato l'adozione di provvedimenti normativi che hanno riconosciuto la possibilità di svolgere "a distanza" le attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado, su tutto il territorio nazionale (decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, articolo 1, comma 2, lettera p) e successivi provvedimenti). In seguito il Ministero ha inteso rendere strutturale e non più emergenziale e provvisorio il ricorso alla didattica a distanza, integrandola alle attività in presenza. A tal scopo il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 ha finanziato ulteriori interventi utili a dotare le scuole e gli studenti degli strumenti necessari per la fruizione di modalità didattiche compatibili con la situazione emergenziale, nonché a favorire l'inclusione scolastica e ad adottare misure di contrasto alla dispersione. Il decreto del Ministro dell'istruzione 26 giugno 2020, n. 39 ha fornito un quadro di riferimento entro cui progettare la ripresa delle attività scolastiche ed ha invitato le scuole a dotarsi di un Piano scolastico per la didattica digitale integrata da adottare, nelle scuole secondarie di II grado, in modalità complementare alla didattica in presenza, nonché da parte di tutte le istituzioni scolastiche di qualsiasi grado, qualora fossero sorte necessità di contenimento del contagio, nonché qualora si fosse reso necessario sospendere nuovamente le attività didattiche in presenza a causa delle condizioni epidemiologiche contingenti.

In particolare, in data 6 novembre 2020, la Sezione terza del TAR pugliese, pronunciandosi, con decreto sul ricorso (n. registro generale 1236 del 2020) proposto da Codacons ed altri per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia dell'ordinanza n. 407 del 27 ottobre e di tutti gli atti connessi e consequenziali, nella parte in cui aveva disposto il ricorso alla DDI per tutte le scuole di ogni ordine e grado, a parte la scuola dell'infanzia, ha accolto la domanda cautelare interinale, sospendendo l'esecutività dell'ordinanza. Sui motivi dell'accoglimento si avrà modo di tornare in seguito.

Contemporaneamente, su ricorso analogo (n. registro 1300 del 2020), avente ad oggetto la medesima ordinanza, si è pronunciato anche il TAR di Lecce, Sezione seconda, respingendo l'istanza di misure cautelari provvisorie. Anche i motivi di questa decisione saranno oggetto di successive osservazioni. Importa qui invece sottolineare che la decisione del Tar di Bari, avendo accolto la richiesta di sospendere l'efficacia dell'Ordinanza su tutti il territorio regionale, è risultata prevalente rispetto a quella del Tar di Lecce, stimolando una risposta chiarificatrice della situazione da parte del governo pugliese.

Infatti, nelle more delle ulteriori pronunce giudiziali (la trattazione collegiale per il giudizio cautelare è stata fissata al 3 dicembre per il TAR di Bari, quella in camera di consiglio per il Tar di Lecce al 25 novembre), è stata adottata una nuova ordinanza regionale, la n. 413 del 6 novembre 2020, che ha ulteriormente inasprito le polemiche già insorte e rappresentate sui principali mezzi di informazione nonché sui social (come è ormai di prassi), non solo tra gli attori istituzionali di questa intricata vicenda ma anche all'interno della comunità scolastica (docenti, dirigenti, famiglie, personale tecnico). L'ordinanza, oltre a richiamare in premessa il quadro normativo di riferimento e le due decisioni giudiziali di cui sopra (non rinunciando ad un tono fortemente critico verso la il decreto del Presidente del Tar di Bari), ha illustrato le ragioni che hanno imposto l'individuazione di misure nuove e diverse rispetto a quelle applicabili al territorio pugliese secondo le disposizione del DPCM del 3 novembre, tutte comunque riconducibili ad un nuovo ed aggravato quadro epidemiologico, messo in luce dai dati trasmessi dal Dipartimento della salute. Questi ultimi avrebbero rilevato un aumento del numero di casi di contagio nella fascia di età 0-18 anni nelle 4 settimane successive alla riapertura delle scuole (24 settembre) rispetto alle 4 settimane precedenti e un peggioramento della situazione epidemiologica generale rispetto a quella su cui era intervenuta la contestata ordinanza n. 407. Ritenendo di dover rimodulare il bilanciamento tra diritto alla salute e garanzia del diritto allo studio, riconoscendo carattere preminente al primo, l'ordinanza (che,

come si illustrerà nel dettaglio successivamente, ha richiamato a sostegno della propria legittimità non solo le fonti del diritto cd “emergenziali” ma anche quelle generali), ha disposto che a partire dal 7 novembre e fino al 3 dicembre, nel primo ciclo di istruzione, la didattica in presenza avrebbe dovuto essere affiancata dalla didattica digitale integrata in modalità sincrona e che la scelta di avvalersi di una o dell’altra metodologia di apprendimento sarebbe stata sostanzialmente demandata alle famiglie. Ha addossato invece alle istituzioni scolastiche l’obbligo di attivarsi per adeguare tecnologicamente le proprie strutture nella misura necessaria a garantire alle famiglie che ne abbiano fatto richiesta la possibilità del collegamento on line per adottare la DDI *“anche in forma mista, e anche per periodi di tempo limitati coincidenti con eventuali quarantene o isolamenti fiduciari, in luogo dell’attività in presenza”*.

Per completezza di ricostruzione degli eventi giuridicamente rilevanti che hanno contraddistinto l’evoluzione di questa intricata vicenda, è necessario dar conto della (rituale ed accolta) richiesta espressa dal Presidente Emiliano di anticipare al 18 novembre la discussione in camera di consiglio del Tar di Bari e della (rigettata in quanto non ammissibile) richiesta di un interrogatorio libero da svolgersi in quella sede. All’esito della discussione, la sezione terza del Tar di Bari ha dichiarato con ordinanza 19 novembre 2020 (n.01236/2020 reg. ric.), improcedibile la domanda cautelare di sospensione della ordinanza regionale n. 407, fondamentale per essere stata adottata dalla Regione, nelle more del giudizio, una nuova ordinanza (la 413, non impugnata a sua volta) *“sul presupposto della sopravvenuta disciplina prevista dal DPCM 3 novembre 2020”*. Nella motivazione della decisione il Tar ha però precisato, per inciso, di ritenere che *“l’ordinanza n.407/2020, adottata in data 27/10/2020, abbia in ogni caso perso efficacia a seguito dell’entrata in vigore del DPCM del 3.11.2020, siccome l’art. 3 del D.L. 19/2020 (richiamato, peraltro espressamente nell’ordinanza regionale impugnata) è in equivoco nel limitare l’efficacia delle misure regionali – più restrittive rispetto alle misure statali di contenimento del rischio epidemiologico – fino al momento dell’adozione del decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all’art. 2, comma 1 D.L. 19/2020”*.

2. Le questioni giuridiche implicate

Come si è accennato, il nodo giuridico fondamentale dell'intera vicenda ruota intorno alla antinomia tra la richiamata Ordinanza del presidente della giunta regionale pugliese n. 407 del 27 ottobre 2020 "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", nella parte in cui dispone che *"Con decorrenza dal 30 ottobre sino al 24 novembre 2020: 1. le Istituzioni Scolastiche di ogni ordine e grado (scuola primaria, scuola secondaria di primo grado e scuola secondaria di secondo grado) adottano la didattica digitale integrata 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"* e l'art. 1 Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale, comma 9, lett. s) del l D.P.C.M. del 3 novembre 2020 che invece prevede (per le regioni con un livello di rischio alto, tra le quali si colloca la Puglia) che *"L'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie salvo che per i bambini di età inferiore ai sei anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina."*

Per risolvere il contrasto tra queste norme è necessario prendere atto della circostanza che esse trovano la loro legittimazione in fonti differenti, che provengono da autorità diverse e operano a livelli sovrapposti ma non coincidenti dell'ordinamento giuridico⁶, pur ricadendo sul medesimo oggetto. Il groviglio di competenze attribuite dalla legislazione generale nel suo intreccio con la produzione normativa emergenziale impedisce di risolvere immediatamente l'antinomia applicando *sic et simpliciter* il criterio risolutivo della abrogazione⁷ ma richiede una preventiva verifica sul riparto di competenze tra fonte statale e regionale, sull'esistenza di una deroga⁸, o di una invalidità

⁶ Sulla distribuzione di competenze tra stato e regioni con specifico riferimento alla pandemia da Covid 19, si v. almeno C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020, oltre agli autori citati nelle note successive che, nella quasi totalità dei contributi, fanno riferimento anche alle fonti regionali emergenziali.

⁷ La quale è determinata, come è noto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, p. 184 *"dal sopravvento di una fonte successiva, purché dotata della medesima competenza e non gerarchicamente subordinata rispetto a quella che aveva anteriormente prodotto le norme"*, effetto che è riconducibile, secondo S. PUGLIATTI, *Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc. del Dir.* I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 142 ss., al concetto di inesauribilità delle fonti del diritto.

⁸ Che è una sospensione temporanea della applicabilità delle norme, cfr. S. PUGLIATTI, cit. p. 143.

sopravvenuta. In altri termini occorre, come autorevolmente affermato⁹, ricostruire la catena normativa di giustificazione¹⁰ di entrambi gli atti, intesa in senso classico, ossia con riferimento alla loro matrice logica o fattuale (norma o forza legittimante).

2.1 I poteri normativi del Governo e del Presidente del Consiglio dei Ministri durante l'emergenza da COVID-19 ed il loro impatto sulle attività scolastiche

Pur non avendo questo contributo ad oggetto specifico i poteri emergenziali del Governo e gli strumenti adottati in occasione della pandemia per esercitarli¹¹, al fine di meglio inquadrare le

⁹ Sulle pagine della Rivista AIC da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti de diritto alla prova dell'emergenza*, n.2, 2020, p.110 e ss.

¹⁰ Ovvero, come ricorda M. CALAMO SPECCHIA il “fondamento giuridico dell'unità della concatenazione produttiva” di matrice Kelseniana “che individua nella catena normativa che lega la fonte di grado inferiore a quella di grado superiore (e che a ritroso individua il principio di giustificazione nel principio-base costituzionale) la fonte di legittimazione dell'ordinamento giuridico”, in *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, Osservatorio AIC, Fasc. 3/2020, pp.148-149.

¹¹ La natura ambigua dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, tra atti amministrativi e normativi, ha suscitato molte perplessità, anche se autorevole dottrina li riconduca senza alcun dubbio alla famiglia delle ordinanze *extra ordinem*. Sul punto cfr M. Luciani cit. p. 123, nota 72, nella quale è richiamato il contributo di E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, p. 3 e ss, il quale afferma che “i provvedimenti amministrativi extra ordinem emanati in esecuzione della normativa primaria altro non sono che ordinanze emergenziali, o meglio, norme d'ordinanza, in linea con le discipline, la giurisprudenza e le prassi vigenti in materia di poteri eccezionali dell'esperienza repubblicana” e che non sembrano esservi dubbi sul fatto che “tali DPCM rientrano tra le ordinanze extra ordinem”.

Le perplessità della dottrina sono accentuate dalla circostanza che i DPCM adottati durante la pandemia hanno determinato limitazioni per molte libertà costituzionalmente garantite e coperte da riserva (anche assoluta) di legge (se non addirittura da riserva di giurisdizione). Si v. in proposito, *ex multis*, M. OLIVETTI, *Le misure di contenimento del Coronavirus, fra Stato e Regioni*, su *Il Quotidiano giuridico* del 10 aprile 2020, consultabile al link <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/10/le-misure-di-contenimento-del-coronavirus-fra-stato-e-regioni>. A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n.2/2020, p. 558 ss, ha rilevato come, a prescindere dal giudizio sui singoli atti, il diritto costituzionale sia stato messo “sotto tensione” a causa della pandemia e che sia legittimo porsi dei dubbi sulla eventualità che “una situazione emergenziale (il fatto)” possa “curvare un principio fondamentale (il diritto alla salute, “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”, come ricorda B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, p. IV), al punto da legittimare una rottura, seppur temporanea, del principio gerarchico delle fonti”. La letteratura sul punto è già molto ricca ed evidenzia sostanzialmente due posizioni: una che ritiene che la attribuzione del potere di limitare diritti fondamentali costituzionalmente tutelati con fonti subordinate sia giustificata da una catena legittimante che procedendo a ritroso trova conforto in fonti primarie (i decreti legge emergenziali adottati rispettando i presupposti di cui all'art. 77 Cost.) e nella stessa costituzione (principio immanente del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, che si fondano sulla unità ed indivisibilità della repubblica, cfr. M. LUCIANI, cit. p. 113 ma anche S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della Pandemia*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza COVID – 19*, Paper 20 maggio 2020, p. 2, che richiama il fondamentale pensiero di S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, p. 384 ss. secondo il cui insegnamento la necessità rappresenterebbe in sé stessa fonte del diritto. L'altra che ritiene, sia pur con diversi toni di critica e variegata sfumature di pensiero, non

relazioni con gli omologhi poteri attribuiti agli organi esecutivi regionali e risolvere la questione della interferenza tra gli atti ad essi correlati, occorre rintracciare la fonte di legittimazione degli stessi, ossia la disciplina di rango primario (a sua volta costituzionalmente legittimata) che ne giustifica l'adozione¹². In questa prospettiva è opportuno richiamare non solo l'art. 77 della Costituzione ed il connesso art. 15 della legge 23 agosto 1988, n. 400, nonché la successione di decreti legge emergenziali (dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6¹³, fino al decreto-legge 9 novembre 2020, n. 149¹⁴) che, a partire dalla deliberazione dello stato di emergenza, adottata il 31 gennaio 2020 dal Consiglio dei Ministri¹⁵, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile)¹⁶, hanno

rispettoso del principio gerarchico e non conforme al principio di legalità sostanziale, nonché lesivo della riserva assoluta di legge, il contenuto dei DPCM incidenti sulle libertà fondamentali a causa della indeterminatezza della delega contenuta nei decreti legge emergenziali, cfr. infra nota 12. Secondo A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020, p. 368 e 368, è proprio lo stato di crisi, l'emergenza, a determinare "la condizione di stress e di vera e propria sofferenza in cui versa la Costituzione, vistosamente contratta nella sua forza normativa per effetto dell'emergenza, sino ad essere costretta a farsi da parte anche in alcune sue espressioni che danno voce ai valori fondamentali dell'ordinamento."

¹² Dottrina autorevole ha ravvisato un doppio canale di produzione normativa di gestione dell'emergenza: da un lato il quello legittimato dal sistema di protezione civile (Codice, ordinanze), dall'altro quello della decretazione d'urgenza, come osserva A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. M. CALAMO SPECCHIA, cit. p. 150, parla di due "filieri": la prima è data "dalla catena normativa "Costituzione, codice della protezione civile, dichiarazione dello stato di emergenza, DPCM/ordinanze anche integrative": in questo ambito, i DPCM sono legittimati a adottare tutte le misure di soccorso e assistenza alla popolazione e devono essere espressamente motivati (art. 25, comma 2 lett a) del codice protezione civile). Il secondo flusso normativo concerne, invece, la limitazione dei diritti fondamentali in caso di emergenza ed è dato dalla catena normativa "Costituzione, legge/decreto legge, (ed eventualmente) DPCM/ordinanze meramente esecutivi".

¹³ Recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

¹⁴ Recante *Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese e giustizia, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

¹⁵ Prorogata con delibera del 29 luglio fino al 15 ottobre 2020 ed il 7 ottobre fino al 31 gennaio 2021.

¹⁶ L'art. 24 del Codice della protezione civile prevede che quando ricorrano i requisiti di cui all'art. 7, comma 1 lett. c) (emergenza di rilievo nazionale) il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente delibera lo stato di emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata (che non può essere superiore a 12 mesi prorogabili per una sola volta) e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi.

attribuito al Presidente del consiglio una delega (che inizialmente è stata definita “in bianco”¹⁷) ad adottare atti idonei a fronteggiare l'emergenza epidemiologica¹⁸.

E' necessario qui accennare al fatto che il primo decreto legge emergenziale, il DL n.6/2020 è apparso alla dottrina prevalente di dubbia costituzionalità¹⁹, in relazione alle disposizioni di cui all'art. 1, che oltre a contenere nel comma 1 un lunghissimo elenco di misure di contenimento del virus a scapito del godimento di diritti costituzionalmente garantiti, nel comma 2 disponeva che “*le autorità competenti*”²⁰ sono tenute ad adottare *ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata* all'evolversi della situazione epidemiologica”; sempre nel secondo comma prevedeva espressamente che “*le autorità competenti*” potessero adottare “*ulteriori misure di*

¹⁷ A. LUCARELLI, cit. pp. 562 e 572, che contesta l'attribuzione ad un atto amministrativo generale (appunto il DPCM) del potere di limitare diritti e libertà fondamentali, con il solo limite della adeguatezza e proporzionalità della misura e con una trasformazione della riserva di legge assoluta in riserva di atto amministrativo, in palese violazione del principio di legalità sostanziale p.572 . S. STAIANO, *Né modello né sistema. la produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in AIC Rivista N°: 2/2020, p. 546 sostiene che il riferimento alla «delega» sia “*improprio, mentre è congruo quello al troppo ampio campo d'azione lasciato alle – non compiutamente identificate – «autorità competenti», un potere, questo sì, effettivamente pressoché «in bianco»*”.

¹⁸ Secondo lo stesso Lucarelli, il richiamo al Codice della protezione civile come fonte sulla produzione dei DPCM adottati in costanza della pandemia, sarebbe improprio poiché questo ultimo in realtà li configurerebbe come “direttive”, “*quindi né atti di diretta ed immediata attuazione, né ordinanze contingibili ed urgenti*”, p. 566. Secondo M. LUCIANI, cit. p. 121, il Codice individua (art. 3, comma 1, lett. a) il Presidente del Consiglio come autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia, che (ex. art. 5, comma 2) “*determina le politiche di protezione civile per la promozione ed il coordinamento delle attività amministrative*” su tutto il territorio nazionale. Sempre il Codice affida al Presidente del Consiglio anche i poteri di ordinanza in materia di protezione civile (che egli può esercitare tramite il Capo del Dipartimento di protezione civile), configurando questo atto (l'ordinanza di protezione civile) come normativo anche se non regolamentare. La diversa posizione dei due autori richiamati in questa nota si evidenzia proprio nella natura e nel ruolo delle ordinanze emergenziali (adottate nella forma dei DPCM): secondo A. LUCARELLI, semplici direttive finalizzate al coordinamento degli interventi (stabiliti a monte con fonte primaria), secondo M. LUCIANI veri e propri atti normativi chiamati ad individuare in concreto gli interventi da effettuare durante l'emergenza e conseguentemente a derogare (ex art. 25, comma 1 del Codice) ad ogni disposizione vigente.

¹⁹ Alcuni studiosi ritengono che il DL n.6/2020 abbia determinato dei veri e propri “sfregi” alla Costituzione, cfr. G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in www.unicost.eu, 4 aprile 2020, consultabile al link <https://www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/>. Di potenziale rottura costituzionale per indiretta violazione del principio di uguaglianza da parte delle misure di confinamento (che hanno un peso molto diverso a seconda delle condizioni economiche, sociali e culturali dei soggetti ad esse sottoposti), parla molto efficacemente S. STAIANO, cit., p.548 “*il parametro costituzionale chiamato in causa, per considerare tutta la gamma delle diversità di esito delle misure adottate e valutare la soglia oltre la quale esse siano irragionevoli, è quello della «pari dignità sociale», affermato dall'art. 3 Cost.: è inevitabile che, nelle condizioni date, sia così, pur nella consapevolezza della cautela con la quale questo «criterio» deve essere adoperato . Né può esservi dubbio che al valore della «pari dignità sociale», per il carattere necessariamente indifferenziato delle misure di confinamento, queste abbiano ampiamente derogato: ecco la vera rottura della Costituzione, una rottura-sospensione (che non deriva certo da un presunto «stato di eccezione» che in realtà non sussiste)*”.

²⁰ Formula assai generica che ha indotto G. SILVESTRI, cit, par. 3 a lamentare una “mera attribuzione di potere” e L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passa a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio conseguente strapotere alle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost, per tacer d'altri, in federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020, p. 12 s., di una attribuzione di potere “in bianco”.

contenimento e gestione dell'emergenza" rispetto a quelle elencate nell'articolo precedente. L'indeterminatezza delle norme che attribuivano eccezionali poteri alle "autorità competenti" (precisate solo indirettamente nel successivo art. 3, commi 1 e 2), avrebbe violato "*infatti in modo palese il dettato costituzionale, che esige l'individuazione delle materie derogabili e che queste non siano tutelate da riserve assolute di legge*"²¹. Si è inoltre osservato che il decreto legge adottato in occasione di una emergenza sanitaria (situazione riconducibile all'art. 32 cost) e quindi giustificato da ragioni di necessità ed urgenza (conformemente al dettato dell'art. 77 cost.) avrebbe potuto rinviare "soltanto per profili di natura attuativa ed esecutiva, fissando principi, criteri e direttive, ad atti quali i DPCM, nel rispetto della riserva di legge assoluta"²². Ad ogni modo, l'art. 3, comma 1 del contestato DL prevedeva che le misure di contenimento a livello nazionale fossero adottate con uno o più decreti del presidente del consiglio dei ministri, su proposta del ministro della salute, sentiti il ministro dell'interno, il ministro della difesa, il ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia.

Il successivo DL 25 marzo 2020, n. 19 ha in parte rimediato alle lacune del precedente²³ sottoponendo "a una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazioni delle

²¹ Così, U. DE SIERVO, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19*, in *Osservatoriosullefonti.it – Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, Anno XIII - Fascicolo speciale/2020, , p. 305., che manifesta analogo censura di i dubbia costituzionalità rispetto alla "*utilizzazione generalizzata di una sanzione penale, come quella prevista dall'art. 650 c.p., per sanzionare il mancato rispetto delle misure di contenimento adottate sulla base del DL n.6, che appunto avrebbero potuto essere discrezionalmente espandibili mediante il dettato dei DPCM e degli altri atti delle "autorità competenti", così contraddicendo la riserva di legge assoluta in materia penale*", ibidem. Sull'ultima questione (l'improprio rinvio all'art. 650 c.p.) insiste anche M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, Fasc. 3/2020, p. 180. Ma anche A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, Fasc. 3/2020 p.121 osserva che "*non è costituzionalmente legittimo il ricorso a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, che, se pur all'interno della dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale previsto dal Codice della protezione civile, introducono ex novo misure limitative dei diritti (essendo del tutto inadeguata la delega in bianco contenuta nel decreto legge n. 6 del 2020 e non potendo un atto avente forza di legge intervenire ex post in sanatoria)*".

²² A. LUCARELLI, cit. p. 566.

²³ 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. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 4 aprile 2020, p. 520: "... La funzione principale del nuovo decreto-legge è quella di fornire una più solida base legale ai precedenti e ai futuri provvedimenti governativi volti a fronteggiare l'emergenza», In questo senso non è costituzionalmente legittimo il ricorso a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, che, se pur all'interno della dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale previsto dal Codice della protezione civile , introducono ex novo misure limitative dei diritti (essendo del tutto inadeguata la delega in bianco contenuta nel decreto legge n. 6 del 2020 e non potendo un atto avente forza di legge intervenire ex post in sanatoria"; anche A. ALGOSTINO cit. p. 121 ritiene che "*prima facie, pare coerente con il quadro costituzionale il decreto legge n. 19 del 2020, che stabilisce nel dettaglio le limitazioni (lasciando impregiudicata, tuttavia, la necessità di indagare la ragionevolezza della sfera di discrezionalità che lo stesso decreto legge riconosce in capo all'esecutivo e alle Regioni)*". G. GUZZETTA, *Il decreto*

misure”²⁴ adottabili da parte delle *autorità competenti*, eliminando ogni formula generica di legittimazione a disporre al di fuori delle materie indicate, ed elencando minutamente 29 tipologie di misure di contenimento e contrasto dei rischi prodotti dalla pandemia all’interno delle quali gli atti delle varie *autorità competenti* (a cominciare dai DPCM.), *secondo principi di adeguatezza e proporzionalità* ed in stretta applicazione del *principio di tassatività*, avrebbero potuto adottare “una o più misure tra quelle” elencate “per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni” (si veda il primo comma dell’art.1 del decreto-legge n. 19/2020). E’ opportuno sottolineare che la legge di conversione del dl 19/2020 è intervenuta quasi in scadenza dello stesso²⁵ (legge 22 maggio 2020 n.35) e successivamente all’entrata in vigore (16 maggio) del nuovo decreto legge emergenziale, n. 33 del 2020. Quest’ultimo, se nell’art. 1 ha modificato radicalmente gli artt. 1, 2 e 3 del decreto-legge n. 19/2020 (anche dopo la conversione in legge), ha però consolidato il precedente sistema di produzione normativa²⁶, per tutto ciò che riguarda i poteri governativi

legge sull'emergenza e la retroattività delle nuove sanzioni, in *Il Dubbio*, 28 marzo 2020, ritiene che con esso “l’esecutivo abbia cercato di tracciare una linea chiara tra la fase tumultuosa delle ultime settimane e quello che appare essere l’orizzonte di medio periodo nel quale ci ha precipitato la crisi sanitaria, economica e sociale”. Non tutti concordano però nel ritenere superati i rilievi già espressi sui DPCM, si v. ad es. D. TRABUCCO, *Sull’(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020, p. 13 e M. BORGATO, *Prime riflessioni sulle ordinanze contingibili ed urgenti dopo il [d.l.] 25 marzo 2020*, n. 19, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020, p. 9, secondo il quale il d.l. n. 19 del 2020 è bensì “un provvedimento doveroso per far fronte al “cortocircuito di ordinanze” che si era venuto a creare, e tuttavia persiste “il fondato dubbio se le misure adottate per il contenimento del contagio da Covid-19 a seguito dell’adozione di queste fonti del diritto extra ordinem siano legittime”.

²⁴ Come recita la relazione illustrativa. L’art. 2, Attuazione delle misure di contenimento recita testualmente: 1. Le misure di cui all’articolo 1 sono adottate *con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell’interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell’economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l’intero territorio nazionale. *Omissis* 2. Nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all’articolo 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell’articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. *Omissis*.

²⁵ A differenza di quanto accaduto in sede di rapidissima conversione del dl n.6/2020, come ricorda, U. DE SIERVO, cit. p. 307, che attribuisce il ritardo alla dialettica parlamentare relativa alle proposte di emendamento ma anche alla necessità di risolvere le tensioni sociali legate alle limitazioni all’esercizio del diritto di culto.

²⁶ Con continui riferimenti agli articoli del precedente decreto legge. Ad esempio nell’art 1, comma 1 ha previsto che “*A decorrere dal 18 maggio 2020, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all’interno del territorio regionale di cui agli articoli 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, (convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35) e tali misure possono essere adottate o reiterate, ai sensi degli stessi articoli 2 e 3, solo con riferimento a specifiche aree del territorio medesimo interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica*”. L’art. 2 del DL n. 19/2020 affida l’attuazione delle misure di livello nazionale ai DPCM (ovvero, nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute con ordinanza del Ministro della salute). L’art. 3 del DL 19/2020 riguarda invece, come si specificherà meglio successivamente, la possibilità in

nell'adozione dei D.P.C.M.; infatti ha demandato a provvedimenti assunti ai sensi dell'art. 2 del DL 19 maggio 2020, misure *ulteriori* rispetto a quelle direttamente in esso stabilite. Infatti la produzione di decreti monocratici del Presidente del Consiglio dei Ministri non si è affatto fermata, visto che si possono conteggiare ulteriori 6 DPCM attuativi dei DL n. 19 e n.33 del 2020²⁷.

Una simile produzione normativa, che qualcuno efficacemente ha definito “delirio normativistico²⁸” è stata giustificata dalla necessità di modulare costantemente le misure adottate all'andamento dell'epidemia ed in tal senso è stato certamente opportuno prevedere che al procedimento di formazione del Decreto partecipasse (*di norma*) anche il Comitato tecnico scientifico (come dispone l'art. 2, comma 1, parte finale del DL n.19²⁹). Tuttavia il profluvio di regole ha inevitabilmente generato confusione, non soltanto sotto il profilo interpretativo ma anche in relazione all'intreccio tra fonti di livello nazionale, regionale e locale, di diversa natura ma incidenti sui medesimi spazi di libertà o di esercizio dei diritti ed in qualche caso in conflitto tra loro.

Con riferimento al caso di specie, e quindi con riguardo ai limiti posti dalle fonti emergenziali al diritto all'istruzione, i decreti del 24 ottobre e del 3 novembre menzionati nel paragrafo 1., sono soltanto gli ultimi anelli della catena di atti normativi che hanno delineato “in concreto” la misura del bilanciamento tra diritto alla salute e diritto all'istruzione da parte di fonti statali³⁰. La prima

situazioni particolari e con riferimento a porzioni del territorio nazionale, di adottare misure urgenti di contenimento del contagio da parte dei presidenti delle regioni o dei sindaci.

²⁷ Per l'esattezza, i DPCM 7 agosto 2020 e 7 settembre 2020, entrambi recanti il titolo “*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*”; i DPCM 13 ottobre 2020, 18 ottobre 2020, 24 ottobre 2020, 3 novembre 2020 tutti intitolati “*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*”.

²⁸ E' l'espressione usata da M. CACCIARI durante un'intervista su RAI 3, nella trasmissione *Cartabianca* del 14 ottobre 2020. In modo meno enfatico ma ugualmente efficace, “*un'alluvionale e, fisiologicamente, disorganica massa di atti normativi*”, cfr. F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 22 aprile 2020, p.2. Descrive polemicamente la situazione come un “caos” normativo invece G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020.

²⁹ Che recita “*Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630*”.

³⁰ Giova qui ricordare, sia pure brevemente “l'intreccio di competenze” in materia di istruzione (espressione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 13 del 2002) delineatosi a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione ad opera della legge costituzionale n.3 del 2001. Allo Stato competono le norme generali sull'istruzione

fonte emergenziale che è intervenuta limitare l'esercizio del diritto all'istruzione a causa dell'emergenza sanitaria da COVID-19, ossia il D.L. n.6/2020 aveva previsto la possibilità di sospendere, con decreto monocratico del Presidente del Consiglio dei Ministri³¹, il funzionamento dei servizi educativi dell'infanzia, delle istituzioni scolastiche del sistema nazionale di istruzione e degli istituti di formazione superiore, compresa quella universitaria (salvo le attività formative svolte a distanza). I successivi DPCM legittimati dal decreto legge, hanno progressivamente dettagliato ed esteso, in termini temporali e territoriali, le annunciate sospensioni³². In seguito il D.L. n. 19/2020, che, come già ricordato, ha abrogato quasi totalmente il precedente, è ritornato ad intervenire sul diritto all'istruzione, prevedendo che su parte o anche su tutto il territorio nazionale, potesse essere disposta, (sempre con DPCM), per periodi predeterminati di durata non superiore a 30 giorni, reiterabili e modificabili anche più volte³³ e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento, ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus, la *sospensione dei servizi educativi per l'infanzia, delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado e delle*

(art. 117, comma 2, lett. n.), l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, comma 2 lett. m.) e i principi fondamentali, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e formazione professionale (art. 117, comma 3). Le regioni invece hanno competenza legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3 (sempre salva l'autonomia scolastica), competenza legislativa residuale per l'istruzione e la formazione professionale e competenza amministrativa in via sussidiaria (secondo i principi di differenziazione ed adeguatezza) ai sensi dell'art. 118. I poteri delle regioni di fatto si sviluppano negli spazi lasciati liberi per un verso dalle competenze statali, per altro verso dall'autonomia scolastica (i cui epigoni risalgono alla legge n. 537 del 1993 sulla autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche, sviluppata in seguito dall'articolo 21 della legge n. 59 del 1997 e dal regolamento sull'autonomia n. 275 del 1999), la cui costituzionalizzazione ha conferito centralità alle istituzioni scolastiche, cfr. sul punto A. PAJNO, *Autonomia delle scuole e riforme istituzionali*, in *Rapporto sulla scuola della autonomia 2002*, Armando editore, p. 49.

³¹ L'attribuzione ad una fonte statale (sia pur subordinata), del potere di incidere sul godimento di un diritto costituzionalmente tutelato in modo così significativo (al punto da suggerire in riferimento alle disposizioni della carta fondamentale, la formula di "Costituzione scolastica", utilizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza n.454 del 1994 ma prima ancora dalla dottrina, a partire da E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Editore Morano, Napoli, 1961, p. 81 e ss., come ricorda M. TROISI, *La Costituzione scolastica*, Cacucci, Bari, 2008, p. 44) per quanto discutibile sul piano della legittimità (cfr. *supra*, spec. note 11 e 17) sembra corrispondere alla "connotazione nazionale dell'ordinamento della scuola" di cui parla A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*. Mulino, Bologna, 2003, p. 99.

³² In particolare, il DPCM 4 marzo 2020 aveva stabilito che sull'intero territorio nazionale, a decorrere dal 5 marzo 2020 (e fino al 15 marzo 2020) erano sospesi, fra l'altro, i servizi educativi per l'infanzia e le attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché la frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore. Lo stesso DPCM ha, inoltre, previsto – con disposizioni poi presenti, salvo qualche variazione, in tutti i successivi DPCM recanti previsioni riferite al periodo dell'a.s. e dell'a.a. 2019/2020 - che, per tutta la durata della sospensione, i dirigenti scolastici dovevano attivare modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità. Le sospensioni erano state dapprima confermate (dall'8 marzo 2020 al 15 marzo 2020) dal DPCM 8 marzo 2020 (art. 2, co. 1, lett. h), e art. 5, co. 1).

³³ Originariamente fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

attività delle istituzioni di formazione superiore, ferma restando la possibilità di svolgimento delle attività con modalità a distanza. Lo strumento del DPCM è stato quindi nuovamente più volte utilizzato per prorogare le sospensioni, salvo qualche minima deroga con riferimento però alla formazione superiore³⁴, fino all'adozione del D.L. n. 33/2020, che ha previsto che le attività dei servizi educativi per l'infanzia e le attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado fossero svolte con modalità definite con decreto del Presidente del Consiglio sensi del D.L. 19/2020 (art. 1, co. 13)³⁵. Dopo ulteriori interventi monocratici di proroga, il DPCM 7 settembre 2020 ha disposto che, fino al 7 ottobre 2020, sull'intero territorio nazionale: *“- in relazione alla ripresa in presenza delle attività dei servizi educativi per l'infanzia e dell'attività didattica delle scuole di ogni ordine e grado secondo i rispettivi calendari - le istituzioni scolastiche”* continuassero a predisporre ogni misura utile all'avvio e al regolare svolgimento dell'a.s. 2020/2021.

Come accennato, l'art. 1, comma 9 lett. s) del DPCM 24 ottobre 2020, aveva confermato il ritorno alla didattica in presenza per la scuola dell'infanzia e per il ciclo di istruzione di primo grado (elementari e medie, come disposto dai precedenti decreti presidenziali, sia quello 18 che del 24 ottobre³⁶), mentre aveva previsto che le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado potessero adottare forme flessibili nell'organizzazione dell'attività *“incrementando il ricorso alla didattica digitale integrata, per una quota pari almeno al 75 per cento delle attività, modulando ulteriormente la gestione degli orari di ingresso e di uscita degli alunni, anche attraverso*

³⁴ Il DPCM 26 aprile 2020, confermando la sospensione (fino al 17 maggio 2020) dei servizi educativi per l'infanzia, nonché delle attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado, nelle università e nelle istituzioni AFAM – con esclusione dei corsi di formazione specifica in medicina generale –, e la prosecuzione delle attività didattiche a distanza, aveva previsto che, a decorrere dal 4 maggio 2020, nelle università e nelle istituzioni AFAM potevano essere svolti esami, tirocini, attività di ricerca e di laboratorio sperimentale e/o didattico ed esercitazioni, ed era altresì, consentito l'utilizzo di biblioteche, a condizione che vi fosse un'organizzazione degli spazi e del lavoro tale da ridurre al massimo il rischio di prossimità e di aggregazione e che fossero adottate misure organizzative di prevenzione e protezione, contestualizzate al settore della formazione superiore e della ricerca, anche avuto riguardo alle specifiche esigenze delle persone con disabilità, di cui al « Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione» pubblicato dall'INAIL.

³⁵ Lo stesso D.L. 33/2020 ha altresì previsto che le sue disposizioni si applicassero fino al 31 luglio 2020 (art. 3, co. 1) ed in sede di prima attuazione, il DPCM 17 maggio 2020 ha confermato, sostituendolo, quanto previsto dal DPCM 26 aprile 2020 (art. 1, co. 1, lett. q), r), s), t)), fino al 14 luglio 2020, termine poi ulteriormente prorogato fino al 31 luglio dal DPCM 14 luglio 2020. Il D.L. 30 luglio 2020, n. 83 (L. 124/2020) ha poi prorogato al 15 ottobre 2020 (nuovo termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri il 29 luglio 2020) la possibilità di intervento con DPCM prevista dall'art. 1, co. 1, del D.L. 19/2020 (L. 34/2020) e, conseguentemente, ha prorogato alla stessa data quanto previsto dall'art. 3, co. 1, del D.L. 33/2020 (L. 74/2020) (art. 1, co. 1 e 2). Infine il D.L. n. 125/2020 ha ulteriormente prorogato al 31 gennaio 2021 (nuovo termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri 7 ottobre 2020) i poteri emergenziali affidati all'esecutivo ai sensi della normativa precedente.

³⁶ Cfr. art. 1, comma 6, lett. r) del DPCM dell'8 ottobre, art. 1, comma 9 lett. s) del DPCM del 24 ottobre.

l'eventuale utilizzo di turni pomeridiani e disponendo che l'ingresso non avvenga in ogni caso prima delle 9,00". Da ultimo il DPCM del 3 novembre 2020³⁷, ha invece previsto (per le regioni con un livello di rischio alto, tra le quali si colloca la Puglia) che "L'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie salvo che per i bambini di età inferiore ai sei anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina."

Riassumendo e non entrando nel merito delle scelte di bilanciamento tra diritto alla salute e diritto all'istruzione operate dal governo nazionale³⁸, la normativa emergenziale adottata a livello

³⁷ Art. 1 Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale, comma 9, lett. s) d.

³⁸ Sulle quali pure la dottrina non ha mancato di esprimersi, anche criticamente. Si v. tra gli altri M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le regioni*, a. XLVIII, n. 4, agosto 2020, p. 765 e ss., che rileva come la scarsa attenzione per i diritti sociali che ha caratterizzato le scelte pubbliche negli ultimi decenni, abbia determinato una amplificazione dei danni che l'emergenza sanitaria ha prodotto sulla tutela del diritto alla salute ma anche ed in particolare su quello all'istruzione e S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza COVID – 19, paper* del 6 maggio 2020, che molto efficacemente osserva che "La scelta politica, allo stato attuale, sembra dettata da un mero interesse di fatto a non far perdere una certezza di continuità. In concreto non sembra avere posto al centro l'individuo: non ha tenuto conto dell'interesse del discente, ma neppure di quello del personale scolastico docente e non docente, né delle famiglie, ha dimenticato il fatto che la scuola è una comunità di viventi: ha compresso i diritti costituzionali fondamentali inerenti l'istruzione, la salute e l'educazione dei minori". Pur ribadendo che non costituisce oggetto del presente saggio la valutazione delle misure di bilanciamento in concreto individuate dal Governo nel corso della pandemia, non si può non rilevare l'assenza di una scelta di fondo sul contenuto essenziale ed imprescindibile del diritto all'istruzione, da salvaguardare anche in situazioni di emergenza causate da pandemia. In sede di individuazione dei servizi di pubblica utilità da mantenere attivi nonostante la pandemia, l'art. 1, comma 1, lett. e) del DPCM del 25 marzo 2020, ha espressamente richiamato i servizi essenziali di cui alla legge 12 giugno 1990, n. 146 (*Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge*), fonte normativa che ha proprio il pregio (inesistente nella normativa emergenziale, quanto meno con riferimento all'esercizio del diritto in questione) di individuare lo "zoccolo duro" del diritto all'istruzione, non pregiudicabile ed impregiudicato dal bilanciamento con il diritto di sciopero, pure costituzionalmente tutelato. Questa scelta metodologica non è stata adottata durante l'emergenza e dunque non è stato affrontato, né dalle fonti primarie tantomeno da quelle secondarie, il nodo spinosissimo della individuazione delle componenti essenziali che qualificano l'istruzione, riconosciuta come un diritto sociale fondamentale dalla Costituzione e dunque come diritto che, nel suo versante cd. "passivo" (M. TROISI, *La Costituzione*, cit. p. 69 e ss., richiamando P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 49 e A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, p. 23) si realizza come pretesa di accedere al sistema scolastico e mira a rendere operativo il principio di uguaglianza sostanziale contenuto nell'art. 3 comma 2 della nostra carta costituzionale, nella misura in cui riconosce a tutti il diritto di avvalersi della scuola dell'obbligo ed impone alla Repubblica di intervenire per tutelare i capaci e meritevoli ma privi dei mezzi economici necessari (art.34, comma 3, della Costituzione) per raggiungere i gradi più alti dell'istruzione. Come efficacemente sottolinea M. TROISI, *Il Sistema Nazionale* cit. p. 767, il diritto all'istruzione "è funzionale alla tenuta della stessa democrazia" (cfr., sul punto, E. SPAGNA MUSSO, in *Scritti di diritto costituzionale*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 426) perché ha la missione di formare cittadini responsabili (secondo l'insegnamento di P. CALAMANDREI, *Contro il privilegio dell'istruzione*, in *Il Ponte*, n. 1/1946, p. 4-5. Se è vero che attività scolastica ed attività di istruzione non si sovrappongono (come implicitamente sottolinea S.

statale ha alternato periodi di sospensione delle attività didattiche (con erogazione della didattica a distanza) a periodi di didattica in presenza (con l'ausilio della didattica digitale integrata), modulando le misure sulla base dell'andamento epidemiologico.

2.2 I poteri normativi delle Regioni

Per quanto riguarda i poteri delle regioni nella gestione dell'emergenza³⁹, si possono sinteticamente richiamare, a monte l'art.118 Cost., che attribuisce alle Regioni le funzioni amministrative che per esigenze di unitarietà non possano essere affidate agli enti territoriali minori,⁴⁰ e quali fonti generali, sia l' art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833⁴¹ (che in materia

NICODEMO, cit., p. 1) è pur vero che (per esempio) per la scuola dell'infanzia *“la sospensione dell'attività in presenza ha determinato contestualmente anche l'interruzione del servizio, scelta che costituisce un passo indietro rispetto alla riflessione giuridica ed alla normativa vigente”*, (S. NICODEMO, cit, *ibidem*) e che la didattica a distanza nel ciclo primario, soprattutto nelle prime classi della scuola elementare, è uno strumento che confida moltissimo (forse troppo) nel supporto delle famiglie per raggiungere obiettivi dignitosi (M. TROISI, *Il Sistema*, cit, pp. 771-772, ravvisa in questo dialogo “forzato” all'interno della comunità scolastica una positiva riscoperta del ruolo della famiglia nel processo formativo ma nello stesso tempo una inaccettabile invadenza della scuola nei ritmi e nelle prerogative familiari associata ad una perdita degli specifici ruoli . Ma vi è di più: attività scolastica e attività di istruzione possono disallinearsi (non senza residui e seri dubbi sulla possibilità di prescindere dall'elemento relazionale e fisico) qualora gli strumenti didattici alternativi alla presenza *in loco* siano nella *disponibilità di tutti*, ossia realizzino, sia pur in maniera alternativa, quella “apertura a tutti della scuola” ed in particolare dei più meritevoli e capaci ma privi di mezzi, preconizzata dal primo comma dell'art. 34. Su quest'ultimo aspetto, gettano un'ombra che non può essere ignorata, i dati sulla accentuazione delle disuguaglianze sociali a causa della pandemia resi pubblici dall'ISTAT nel Rapporto annuale del 2020 (secondo l'Istituto, *“La chiusura delle scuole imposta dall'emergenza epidemica può produrre un aumento delle diseguaglianze tra i bambini: nel biennio 2018-2019 il 12,3% dei minori di 6-17 anni (pari a 850mila) non ha un pc né un tablet ma la quota sale al 19% nel Mezzogiorno (7,5% nel Nord e 10,9% nel Centro). Lo svantaggio aumenta se combinato con lo status socio-economico: non possiede pc o tablet oltre un terzo dei ragazzi che vivono nel Mezzogiorno in famiglie con basso livello di istruzione”*, e *“Il 45,4% degli studenti di 6-17 anni (pari a 3 milioni 100mila) ha difficoltà nella didattica a distanza per la carenza di strumenti informatici in famiglia, che risultano assenti o da condividere con altri fratelli o comunque in numero inferiore al necessario”*).

³⁹ Sui quali, come ricorda A. LUCARELLI, cit. p. 578, si è espressa anche la Corte costituzionale riconoscendo alle Regioni di non essere estranee (cfr. Corte cost. 21 gennaio 2016 n.1, in *Giur. Cost.*, 2016, 1) al processo decisionale che si attiva in occasione di una emergenza sanitaria, anche in ragione della natura policentrica dell'organizzazione della protezione civile, dovendo cooperare lealmente e solidaristicamente con lo Stato (Corte cost. 21 gennaio 2016 n.1) per raggiungere una deliberazione condivisa. Sempre la Corte costituzionale ha però affermato che i limiti fissati dalla normativa statale non siano derogabili dalle regioni neppure *in melius* per ragioni attinenti ad esigenze di uniformità di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti (Corte costituzionale, 1° ottobre 2003, n. 303 in *Riv. Giur. Edilizia* 2004, I, p.10).

⁴⁰ Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza” (mentre il 117 comma 3 stabilisce che la materia “salute” è oggetto di competenza legislativa concorrente).

di igiene e sanità pubblica attribuisce al Presidente della Giunta il potere di adottare ordinanze di carattere contingibile ed urgente), sia l'art. 50, comma 5⁴² del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (T.T. delle leggi sull'ordinamento locale), sia l'art. 117⁴³ del D.Lgs 31 marzo 1998 n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59), sia il Codice della Protezione civile che riconosce come autorità di protezione civile anche i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, in base alla potestà legislativa e/o amministrativa loro attribuita⁴⁴ e conferisce alle Regioni un potere di ordinanza in deroga alla legislazione regionale vigente in caso di emergenza di livello regionale (art. 25, comma 11 del Codice).

Con riferimento specifico alle ordinanze relative alla pandemia da COVID 19, devono essere richiamate due matrici legislative, (che a nostro avviso non si sovrappongono): in primo luogo l'art. 3, comma 2 del più volte richiamato DL n.6/2020⁴⁵ che dispone(va) che *“nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri”* nei *“casi di estrema necessità ed urgenza”* le misure (di cui agli articoli 1 e 2) potessero essere adottate ai sensi della normativa pocanzi

⁴¹ Istituzione del servizio sanitario nazionale, comma 1 *“1. Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. Omissis.*

⁴² Art. 50, comma 5. *“In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali”* (comma così modificato dall'art. 8, comma 1, lettera a), legge n. 48 del 2017).

⁴³ Art. 117, Interventi d'urgenza 1. *“In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.”*

⁴⁴ Cfr. ad esempio, art. 3, comma 1, lett. b); art. 3, comma 2, let. b); art. 4, comma 1; art. 6, comma 1; art. 11, comma 1; art. 25, comma 11.

⁴⁵ Come coordinato con la legge di conversione 5 marzo 2020, n. 13.

richiamata e che tali misure avrebbero perso efficacia se non fossero state comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione⁴⁶. Questa previsione è stata abrogata dal DL n.19/2020⁴⁷, che all' art. 3 comma 1 ha disposto⁴⁸: *”Nelle more⁴⁹ 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 ... 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 comma 3 recita: *“Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente.”* In altri termini, il decreto legge prevede che le regioni possano, sul presupposto dell'aggravamento del rischio sanitario verificatosi nel loro territorio, introdurre misure ulteriormente restrittive con efficacia nel tempo limitata all'entrata in vigore di un nuovo DPCM, nell'ambito delle attività di propria competenza. Inoltre avverte (nel comma 3) che gli elementi procedurali e sostanziali indicati quali presupposti della deroga di poteri statali emergenziali alle regioni, rappresentano un filtro di valutazione della legittimità dell'azione regionale anche quando essa sia giustificata da norme previgenti: il rinvio è evidentemente alle fonti generali prima richiamate ed ai poteri da esse conferiti alle Regioni (direttamente o in via sussidiaria).

Questa tipologia di ordinanze è stata fatta salva, ed anzi ad essa si è espressamente fatto rinvio nel successivo DL n. 33/2020⁵⁰, che all'art. 1 dispone: *“A decorrere dal 18 maggio 2020, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli articoli 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, ... e tali misure possono essere adottate o reiterate, ai sensi degli stessi articoli 2 e 3, solo con riferimento a specifiche aree del territorio*

⁴⁶ Secondo S. STAIANO, cit. p. 539, *“si deve ritenere dunque”* che in una condizione generale già caratterizzata da necessità ed urgenza, tale da richiedere l'adozione di un decreto legge e, sulla base di quello, di decreti monocratici del Presidente del Consiglio, *“si possa creare una situazione di urgenza ancora più stringente”* ... *“una contingenza tanto pressante da impedire che possa essere tempestiva l'ordinanza proveniente dall'Esecutivo nazionale”* (che è comunque assoggettato a incombenze procedurali).

⁴⁷ Convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35.

⁴⁸ L'art. 3 è infatti intitolato *“Misure urgenti di carattere regionale o infraregionale”*.

⁴⁹ Sulla ambiguità di questa espressione temporale e sugli effetti in termini di interventismo regionale si v. per tutti, G. BOGGERO, *Le “more” dell'adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le Regioni*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1, 2020, p. 361 ss.

⁵⁰ Convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74.

medesimo interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica.” Conseguentemente, non dovendosi considerare neppure tacitamente abrogata per incompatibilità la disciplina di cui ai predetti artt. 2 e 3 del DL n. 19/2020, si deve ritenere che ad altra e differente tipologia appartengano le ordinanze regionali previste dall’ articolo 1 comma 16 del citato DL n.33/2020, che, oltre a prevedere un monitoraggio giornaliero dell’andamento della situazione epidemiologica e dell’adeguatezza del proprio sistema sanitario da parte delle regioni⁵¹, dispone che *“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.”* Il potere di ordinanza delle Regioni include la possibilità di adottare misure derogatorie ampliative o restrittive di quelle previste dei DPCM sul presupposto dei dati epidemiologici accertati secondo i 21 criteri stabiliti a suo tempo dal Ministero della salute, che deve solo esserne informato. Successivamente il DL n. 125/2020 e, in particolare l’articolo 1 comma 2 lettera a)⁵² ha modificato il testo dell’articolo appena richiamato, disponendo che: *“Al decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, ... omissis ... a) all’articolo 1, comma 16, 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»”.* In sostanza, fermi restando i presupposti per l’adozione delle ordinanze regionali, per quelle che alleggeriscono le restrizioni è necessaria l’intesa con il Ministero nei soli casi e con il rispetto dei criteri previsti dai DPCM.

⁵¹L’articolo recita testualmente: *“Per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali, le regioni monitorano con cadenza giornaliera l’andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e, in relazione a tale andamento, le condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale. I dati del monitoraggio sono comunicati giornalmente dalle regioni al Ministero della salute, all’Istituto superiore di sanità e al comitato tecnico-scientifico di cui all’ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni”.*

⁵²Decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125, recante *“Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta covid nonché per l’attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020”.*

Per completezza è opportuno sottolineare che cornice normativa generale ed emergenziale all'interno della quale la Regione può adottare ordinanze che attuino le misure di contenimento dell'epidemia, è completata, per la Regione Puglia dall' art. 42 comma lett. g) dello Statuto⁵³, che prevede la possibilità per il Presidente della giunta regionale di adottare ordinanze di necessità e provvedimenti di urgenza salvo ratifica da parte della Giunta stessa.

All'esito dell'esame della normativa portata in rassegna, si ritiene di poter elaborare schematicamente alcune conclusioni: a) il potere di ordinanza in materia di salute pubblica del presidente della regione è legittimato non soltanto dalla normativa emergenziale ma dalla fonte legislativa generale (direttamente dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale e sussidiariamente dal D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e dal D.Lgs 31 marzo 1998 n. 112) e statutaria; il presupposto è quello del verificarsi di una situazione di necessità ed urgenza a livello territoriale regionale; b) il potere di ordinanza con specifico riferimento alla emergenza sanitaria dichiarata a far data dal 31 gennaio 2020, e' legittimato da altre fonti primarie ossia dalla successione dei decreti legge emergenziali avviata a partire dal DL n. 6/2020, poi abrogato. Questa seconda matrice (a nostro sommo avviso), tuttavia legittima non una ma due tipologie di intervento, che si fondano su presupposti differenti, prevedono procedure di approvazione non coincidenti e danno luogo ad atti che si relazionano in modo diverso sia con riferimento ai poteri del Ministero della salute, sia rispetto ai DPCM insistenti sulla medesima materia.

Se il presupposto è quello del verificarsi di "specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario su tutto il territorio regionale o su parte di esso", (originariamente art. 3, comma 1 del DL n. 6/2020 – poi abrogato -; successivamente art. 3, comma 1 del DL n.19/2020), il Presidente della regione, nelle materie di sua competenza, ivi inclusa la materia sanitaria e senza incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale, può introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle indicate nel DPCM in vigore, nelle more e con efficacia limitata all'entrata in vigore del decreto successivo. Un elemento peculiare di queste ordinanze è l'assenza di qualunque riferimento ad un *advice and consent* del Ministero della salute, che non deve neppure essere informato. *Last, but not least*, perché si tratta forse del dato forse più

⁵³ Approvato con legge regionale 12 maggio 2004, n. 7 e modificato con leggi regionali 11 aprile 2012, n. 9, 28 marzo 2013, n. 8 e 20 ottobre 2014, n. 44), che recita "Il presidente della giunta ... può adottare ordinanze di necessità e provvedimenti di urgenza salvo ratifica della Giunta regionale"

significativo, la fonte primaria risolve in modo inequivocabile e “a monte” il problema dell’antinomia tra fonti subordinate nazionale e regionale, stabilendo un automatismo a favore della fonte di provenienza governativa, la cui adozione determina il venir meno della ordinanza regionale (adottata in deroga).

Se il presupposto è invece (ai sensi dell’art. 1, comma 16 del DL n. 33/2020, come modificato dal DL n. 125/2020) una “valutazione a livello regionale dell’andamento della situazione epidemiologica sul territorio” (accertato però, ed è fondamentale sottolinearlo, secondo i criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020 e sue eventuali modificazioni e dunque alla luce dei 21 criteri che hanno di fatto dato luogo alla classificazione di rischio delle regioni operata dal DPCM del 3 novembre in combinato con l’Ordinanza del Ministero della salute del 6 novembre successivo), allora è previsto che dell’adozione dell’ordinanza “restrittiva” sia soltanto data informazione al Ministero della salute, (parte del testo non modificata) mentre per le ordinanze ampliative (che quindi allentano le misure di contenimento del contagio) è necessario che vi sia anche l’intesa con il Ministero (modifica al testo precedente apportata dall’art. 1, comma 2 lett. a del DL n. 125/2020). La fonte primaria non è però altrettanto limpida nell’indicare gli effetti sulle ordinanze regionali (restrittive od ampliative) determinate dall’entrata in vigore di un nuovo DPCM che intervenga sulla medesima materia, limitandosi a stabilire che le prime possono essere introdotte “nelle more” dell’adozione della decretazione presidenziale. Si ritiene tuttavia di attribuire alla locuzione “nelle more”, *“un significato corrispondente allo specifico uso linguistico in campo giuridico”* e dunque *“essa non può che stare a designare un arco temporale intercorrente tra l’avvio del procedimento inteso alla emanazione del DPCM ed il suo compimento”*⁵⁴. Al verificarsi del quale (emanazione del DPCM), l’ordinanza in deroga verrebbe automaticamente meno, per il venir meno della deroga (analogamente a quanto previsto per le ordinanze ex art. art. 3, comma 1 del DL n.19/2020) o in ragione dell’effetto abrogativo determinato dalla applicazione delle norme del DPCM.

I poteri “emergenziali” attribuiti alle Regioni a tutela del diritto alla salute minacciato dalla pandemia, esattamente come accade per quelli assegnati allo Stato, interferiscono con il godimento di altri diritti costituzionalmente tutelati, inasprendone o alleggerendone le limitazioni adottate a livello nazionale. Nel caso in oggetto, le misure ulteriormente restrittive hanno avuto un impatto sul

⁵⁴ Come limpidamente osserva S. STAIANO, cit. p. 539.

diritto all'istruzione, in relazione al quale la distribuzione di competenze a livello territoriale e funzionale è di per sé complessa perfino in regime ordinario⁵⁵, tanto da aver sollecitato più volte l'intervento chiarificatore della Corte costituzionale⁵⁶.

3. La natura dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale pugliese n.407 del 2020 e la possibilità di una sua "sopravvivenza" al Decreto del Presidente del consiglio dei ministri del 3 novembre 2020

Per risolvere il dubbio di una possibile "sopravvivenza" dell'ordinanza testé menzionata, nella parte in cui disciplina diversamente dal sopravvenuto decreto del presidente del consiglio l'erogazione della didattica nel ciclo di istruzione primario, è necessario in primo luogo ricondurla ad una delle tipologie illustrate nel precedente paragrafo, valutandone non soltanto gli elementi di auto qualificazione ma gli aspetti procedurali e sostanziali.

Si osserva in primo luogo che l'ordinanza, sia nella premessa che in motivazione, rinvia espressamente a tutte le matrici legislative indicate nel paragrafo precedente, quindi occorre individuare altri elementi utili a decodificarne la natura. In premessa non viene richiamata una preventiva "informazione" del Ministero della salute, che viene semplicemente citato tra i destinatari, dell'atto, mentre invece è menzionata una comunicazione al Ministero dell'Istruzione (la nota n. prot. 2530/SP, contenente il Report previsto dall' art. 1, comma 9 lett. s) del DPCM 24 ottobre 2020⁵⁷ per intervenire con misure restrittive della didattica). Inoltre l'ordinanza, come si è

⁵⁵ Cfr. nota 30.

⁵⁶ Si ricordano, *ex multis*, le fondamentali sentenze n. 13 e n. 423 del 2004 e, sul fronte dottrinario per tutti, A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Le Regioni*, 2002, 4, pp. 771-814. In realtà una certa fluidità della linea di confine tra le materie, compreso il settore dell'istruzione, ha contraddistinto in senso problematico tutta la riforma del Titolo V della Costituzione, come è testimoniato non solo dalla poderosa giurisprudenza costituzionale ma dai numerosi e quasi immediati interventi della dottrina sull'argomento, cfr. almeno gli scritti di A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni Costituzionali* n. 1/2003, p.15 ss. e S. MANGIAMELI, *Il riparto Stato-Regioni tra assetto delle materie e disciplina delle fonti*, in *Le Regioni*, n. 5/2004, p.1216 ss.

⁵⁷ il DPCM 24 ottobre 2020, all'art. 1, comma 9, lett. "s) *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, previa comunicazione al ministero dell'istruzione da parte delle autorità regionali, locali o sanitarie delle situazioni critiche e di particolare rischio riferite agli specifici contesti territoriali, le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica*"

ricordato nel primo paragrafo, riferisce nelle motivazioni di un intervenuto aggravamento della situazione sanitaria nel territorio pugliese risultante da: a) un RT (indice di trasmissione) pari ad 1,52, corrispondente ad un rischio medio-alto ; b) un incremento nella circolazione del virus tale da rendere *“difficoltosa anche l’attività di contact tracing nonché la tempestività dell’esecuzione dei tamponi diagnostici e di screening”*; c) la progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale; d) i dati trasmessi da parte dei competenti Dipartimenti di Prevenzione, indicativi di un *“incremento dell’andamento dei contagi nelle comunità scolastiche ... che necessita dell’immediata adozione di misure più stringenti nell’intero settore scolastico”*⁵⁸; e) l’elevatissimo carico di lavoro per le attività di *contact tracing* territoriale e per i laboratori di analisi, dato il numero dei casi rilevati in ambito scolastico e i potenziali *cluster* familiari o comunitari ; infine f) la richiesta *“di valutare la sospensione dell’attività scolastica, al fine di consentire la semplificazione delle procedure legate al rientro degli studenti in isolamento fiduciario, con il progressivo utilizzo del tampone rapido, avanzata nel corso dell’incontro del Comitato Permanente Regionale della Medicina Generale e dei Pediatri di libera scelta del 27 ottobre 2020”*. A prescindere dalla valutazione nel merito della *ratio decidendi*, che pure meriterebbe di essere approfondita (in primo luogo la circostanza che tutti i dati invocati, a partire dall’RT, erano già in possesso della regione al momento dell’adozione della precedente ordinanza relativa alle attività didattiche – la n. 397. del 22 ottobre, che, pur sospendendola per gli ultimi tre anni delle scuole secondarie superiori, lasciava impregiudicata la didattica in presenza per il primo ciclo), essa sembra far riferimento a quelle *“specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio”* che costituiscono la premessa dell’adozione di una ordinanza restrittiva ai sensi dell’art. articolo 1 comma 16 del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33 (e successive modificazioni). In questo senso milita anche l’assenza di riferimenti a specifica e contestuale informativa del Ministero della salute. L’inserimento dell’ordinanza 407 all’interno della predetta tipologia implica

...’...incrementando il ricorso alla didattica digitale integrata, per una quota pari almeno al 75 per cento delle attività, e disponendo che l’ingresso non avvenga in ogni caso prima delle 9,00.”

⁵⁸ Questo riferimento è stato ritenuto da molti commentatori un sostanziale autogol, perché secondo i dati del Ministero relativi all’anno scolastico 2018/2019 (consultabili al link <https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Principali+dati+della+scuola+-+avvio+anno+scolastico+2018-2019.pdf/fb3e7b10-e2bc-49aa-a114-c41ef53cacf9?version=1.0>) le sedi scolastiche in Puglia sarebbero 2568 e popolazione scolastica pugliese (comprensiva egli studenti del primo e secondo ciclo di istruzione) conterebbe oltre 600.000 alunni. Conseguentemente risulterebbero contagiati lo 0,06% degli studenti nell’11% delle scuole. Il personale scolastico (solo con riferimento ai docenti) sarebbe pari a circa 60.000 unità, dunque il tasso di contagio sarebbe pari allo 0,25%. Tutti dati inferiori al tasso di contagio accertato sul territorio (ad esclusione delle sedi scolastiche).

la sua caducazione automatica (o più precisamente il venir meno della deroga alla disciplina nazionale affidata al DPCM), per espressa disposizione legislativa, all'entrata in vigore di un nuovo DPCM che preveda nuove misure di contenimento dell'epidemia.

Se anche si volesse ritenere che l'ordinanza rientri tra quelle di cui all'art.1, comma 16 del DL n. 33/2020, (come modificato dal DL n. 125/2020), e cioè quelle motivate da una valutazione a livello regionale dell'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, delle quali è necessario "informare" il ministero della salute (in quanto restrittive), le conclusioni non sarebbero diverse: è pur vero che l'art.1, comma 16 non prevede espressamente in venir meno degli effetti dell'ordinanza regionale a seguito dell'entrata in vigore del DPCM ma l'espressione "nelle more", come si è ricordato pocanzi, *non può che stare a designare un arco temporale intercorrente tra l'avvio del procedimento inteso alla emanazione del DPCM ed il suo compimento*, al termine del quale la deroga verrebbe meno. In ogni caso, se anche non si volesse ravvisare un meccanismo che circoscrive temporalmente la durata della deroga (e quindi si volesse intendere la locuzione "nelle more" non in senso tecnico-giuridico ma in senso letterale), si dovrebbe comunque ritenere l'ordinanza regionale abrogata dal successivo DPCM, non in applicazione di un criterio del gerarchico (che darebbe vita ad una invalidità sopravvenuta) ma di competenza (entrambe le fonti – secondarie - sono legittimate a regolare la medesima materia).

A queste conclusioni sembra allinearsi il Tar di Bari, che nell'ordinanza 19 novembre 2020 (con la quale, come già accennato, ha dichiarato improcedibile la domanda cautelare di sospensione della ordinanza regionale n. 407, a causa della adozione da parte della Regione una nuova ordinanza, la 413 del 6 novembre 2020) ha precisato, per inciso, di ritenere che *"l'ordinanza n.407/2020, adottata in data 27/10/2020, abbia in ogni caso perso efficacia a seguito dell'entrata in vigore del DPCM del 3.11.2020, siccome l'art. 3 del D.L. 19/2020 (richiamato, peraltro espressamente nell'ordinanza regionale impugnata) è inequivoco nel limitare l'efficacia delle misure regionali – più restrittive rispetto alle misure statali di contenimento del rischio epidemiologico – fino al momento dell'adozione del decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'art. 2, comma 1 D.L. 19/2020"*. Si sottolinea però la circostanza che il Giudice amministrativo regionale "aggancia" l'ordinanza regionale soltanto all'art. 3 del DL n. 19/2020, invocandone il meccanismo caducatorio a giustificazione del venire meno dell'ordinanza impugnata. In questo senso, il Tar

pugliese è perfettamente nel solco di altra autorevole giurisprudenza amministrativa⁵⁹ che ha rinvenuto nella legislazione adottata in tema di emergenza COVID, senza ulteriori distinzioni (e quindi ritenendo che non vi sia differenza tra tipologie di ordinanze regionali ex art. 3 del DL n.19/2020 ed ex art. 1 comma 16 del DL n.33/2020) un modello “a ventaglio”, caratterizzato da una doppia cedevolezza tra DPCM/DM statali ed ordinanze regionali, secondo un meccanismo assimilabile alla abrogazione e non alla illegittimità sopravvenuta, meccanismo che prevede il semplice “venir meno” della deroga (stabilita dalla fonte primaria) a favore della normativa regionale quando entri in vigore quella statale.

Neppure, a nostro avviso, è possibile invocare a sostegno della “resistenza” dell’ordinanza regionale rispetto alla disciplina introdotta dal DPCM, la sua riconducibilità al potere di ordinanza previsto dalla normativa generale, fonte di legittimazione autonoma ed estranea ai meccanismi “a ventaglio” introdotti dalla normativa emergenziale, poiché è proprio quest’ultima che stabilisce un collegamento tra le due catene di giustificazione normativa, affermando nel comma 3, dell’art. 3 del DL n.19/2020 che “*le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente.*”

E’ interessante la circostanza che il Giudice amministrativo pugliese, in prima battuta (in sede di valutazione dell’istanza cautelare) non abbia accennato ad una automatica cessazione dell’efficacia dell’ordinanza regionale in seguito all’entrata in vigore del DPCM ma abbia osservato che “*dalle*

⁵⁹ Cfr. Sentenza 29 ottobre 2020, n. 11096, T.A.R. Lazio – Roma – Sezione III quater, consultabile su Giustamm.it, <https://www.giustamm.it/bd/giurisprudenza/39328>, “... *Interventi regionali di questo tipo – si ripete: più restrittivi rispetto a quanto previsto da norme statali previgenti – possono in buona sostanza essere qualificati in termini di “cedevolezza invertita”, atteso che sono destinati ad essere superati (o caducati) da successivi DPCM che riguardino la stessa tematica (nella specie, misure di prevenzione epidemiologica) ... Il successivo DPCM, qualora finalizzato a disciplinare gli stessi ambiti materiali, è così destinato a superare o a far caducare pregressi interventi regionali. Allo stesso tempo esso consente, in ogni caso, che ulteriori successive iniziative regionali possano introdurre misure ancor più restrittive (oppure ampliative, al ricorrere di talune condizioni) rispetto alle prescrizioni governative. Una simile possibilità, da qualificare alla stregua di “cedevolezza ordinaria o pura”, è prevista sia dall’art. 3, comma 1, del decreto-legge n. 19 del 2020, sia dal citato art. 1, comma 16, del decreto-legge n. 33 del 2020; 6.3. Di qui la configurazione, come anticipato, di un sistema normativo “a ventaglio” (il quale si apre e si chiude a seconda del livello di emergenza che di volta in volta si registra) dal canto suo fondato su un meccanismo “a doppia cedevolezza”: invertita, ossia dal basso verso l’alto, allorché siano le regioni a disciplinare taluni ambiti in attesa di eventuali interventi governativi..... ordinaria o pura, ossia dall’alto verso il basso, allorché sia il governo a prevedere che talune misure dal medesimo stabilite possano formare oggetto di ulteriori deroghe in peius o in melius, sulla base dei dati epidemiologici disponibili anche su base territoriale e a determinate condizioni (come l’intesa con il Ministro della salute in caso di deroghe ampliative), ad opera degli enti territoriali ... Di qui il semplice superamento, delle medesime previsioni regionali, Le previsioni regionali qui oggetto di specifica contestazione, in altre parole, sono da considerarsi ... non illegittime, piuttosto, non più vigenti ed efficaci sulla base del sistema normativo statale sopra partitamente descritto”*

motivazioni del provvedimento non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione". Neppure il contestuale decreto del Presidente del Tar di Lecce, che ha assunto una decisione diametralmente opposta, ha affrontato in questi termini la questione dell'antinomia tra fonte regionale e nazionale, ma si è appellato alla preminenza del diritto alla salute rispetto a quello allo studio⁶⁰.

Entrambi i giudici a primo acchito hanno espresso una valutazione avendo riguardo al merito, alla *ratio decidendi* dell'ordinanza regionale n. 407 del 27 ottobre 2020, che aveva legittimato le misure restrittive all'attività didattica ulteriori rispetto a quelle in vigore a livello nazionale, richiamando gli stessi dati che però, per un verso avevano giustificato una ordinanza regionale di pochi giorni precedente e sostanzialmente allineata al DPCM del 24 ottobre⁶¹, per lo meno con riferimento al primo ciclo di istruzione, dall'altro avevano costituito il punto di riferimento del Ministero della Salute per l'attribuzione del livello di rischio alla Regione Puglia contenuta nella ordinanza ministeriale del 6 novembre 2020; in altri termini si tratta dei dati che, interpretati alla luce dei 21 criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020, hanno dato luogo alla classificazione di rischio delle regioni operata dal DPCM del 3 novembre, in combinato con la successiva ordinanza ministeriale.

Qualche osservazione merita la successiva ordinanza regionale n. 413 del 6 novembre, che sulla base di un nuovo ed aggravato quadro epidemiologico, è intervenuta nuovamente sulle attività scolastiche, non limitandosi ad inibire o a consentire la didattica in presenza in ragione di un diverso bilanciamento tra diritto alla salute e diritto allo studio, operato alla stregua di un aggiornamento del monitoraggio dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nel territorio

⁶⁰ Asserendo 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 di contagi, da apprezzare anche tenendo conto della capacità di risposta del sistema sanitario regionale – di contenere il rischio del diffondersi del virus"*.

⁶¹ Si fa riferimento alle Ordinanze n. 397 del 22 ottobre e 399 del 25 ottobre, con le quali, si è intervenuti limitando la didattica in presenza nelle scuole superiori per l'alta movimentazione di studenti sui mezzi pubblici in concomitanza con gli spostamenti dei lavoratori ma si è lasciata impregiudicata la didattica in presenza del primo ciclo di istruzione (cfr testo dell'ordinanza n. 397: ... *CONSIDERATO che il Dipartimento Promozione della Salute, in ragione dell'ulteriore evoluzione epidemica in corso, ha accertato che il maggior incremento della diffusione del predetto virus è correlato al notevole aumento dell'utilizzo dei mezzi pubblici registrato in concomitanza con l'apertura delle scuole; CONSIDERATO, inoltre, che l'Assessorato ai Trasporti, con nota prot. n.875/2020, ha comunicato che tale aumento è ragionevolmente collegabile alla frequenza degli istituti scolastici secondari di secondo grado, in quanto i relativi studenti - in particolare i più grandi, frequentanti gli ultimi tre anni del predetto ciclo scolastico - si spostano autonomamente con i mezzi pubblici in orari coincidenti con gli orari di spostamento di tutte le categorie di lavoratori e altri utenti*).

pugliese, ma ha disposto che a partire dal 7 novembre e fino al 3 dicembre, nel primo ciclo di istruzione, la didattica in presenza avrebbe dovuto essere affiancata dalla didattica digitale integrata in modalità sincrona e che la scelta di avvalersi di una o dell'altra metodologia di apprendimento sarebbe stata sostanzialmente demandata alle famiglie (che avrebbero la disponibilità di modalità didattiche *on demand*). A prescindere da ogni valutazione sui presupposti (e quindi sulla fonte di legittimazione) di una ordinanza regionale che prescriva misure di contenimento del contagio più restrittive rispetto a quelle individuate da un DPCM solo di pochi giorni precedente (alla luce dei dati trasmessi dalle stesse regioni e filtrati dalla cabina di regia e dal comitato tecnico scientifico), sembra opportuno evidenziare che l'ordinanza n.413 si inserisce in un ambito (quello della modalità didattiche da adottare in caso di emergenza) che il DL 16 maggio 2020, n. 33, affida ad interventi statali: all'art. 1 *Misure di contenimento della diffusione del COVID-19*, comma 13, infatti recita: *“Le attività dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, e le attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché la frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, comprese le Università e le Istituzioni di Alta Formazione Artistica Musicale e Coreutica, di corsi professionali, master, corsi per le professioni sanitarie e università per anziani, nonché i corsi professionali e le attività formative svolte da altri enti pubblici, anche territoriali e locali e da soggetti privati, sono svolte con modalità definite con provvedimento adottato ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020”*, quindi assegna il compito di intervenire sulle modalità delle attività didattiche ai decreti monocratici del Presidente del Consiglio dei Ministri (disciplinati appunto dall'art. 2 del DL 19/2020), e non anche alle Regioni (i cui poteri sono indicati nel successivo art. 3).

4. Conclusioni

La dialettica aspra tra competenze statali e regionali in materia di tutela del fondamentale diritto alla salute, nel quadro di un bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti, reso ancor più delicato dalle caratteristiche epidemiologiche dell'emergenza sanitaria cagionata dalla pandemia, rischia di rendere marginale la riflessione sul pericolo di una normalizzazione dello stato

di “sospensione dei diritti”⁶². In questo senso, l’esempio della progressione di ordinanze della Regione Puglia e di Decreti del Presidente del Consiglio è purtroppo emblematico: sullo sfondo dello scontro tra Stato e Regione non c’è solo il diritto alla istruzione che viene compresso o dilatato a vantaggio del diritto alla salute, in base a parametri formalmente oggettivi ma poi valutati in modo diverso dai livelli di governo regionale e nazionale, ma c’è una comunità di famiglie, docenti, dirigenti e personale tecnico assoggettata a regole destinate a cambiare di continuo, in virtù di un meccanismo molto suggestivamente definito “a ventaglio”, che però risulta incomprensibile alla maggioranza dei cittadini, oltre che essere fisiologicamente destinato ad incepparsi. Il faro che dovrebbe essere acceso sui diritti di libertà, sui diritti civili, politici e sociali, sulle libertà economiche, che dovrebbe illuminarne i contorni descritti in modo diverso dalla costituzione e garantiti da tutele altrettanto differenti, (che non si prestano ad interventi trasversali e monolitici ma ponderati e differenziati) è invece costantemente orientato sui poteri. L’eredità più pesante che questa emergenza rischia di lasciare in ambito giuridico è proprio una deviazione del *focus*, della concentrazione della attenzione dai diritti ai poteri, che equivale ad una inversione di tendenza nella concezione dei diritti inseriti nelle Costituzioni europee del secondo dopoguerra, ossia di “una dotazione giuridica propria dei loro titolari indipendentemente dalla legge”⁶³.

⁶² In relazione al quale si rinvia alle lucide osservazioni di E. DE MARCO, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus*, in *Consulta online*, fasc. 2/2020, consultabile al link <https://www.giurcost.org/studi/demarco.pdf>.

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 63.