

LA SCUOLA NELL'EMERGENZA: L'INFLUENZA DELLE VALUTAZIONI
TECNICO-SCIENTIFICHE SUL BILANCIAMENTO TRA DIRITTO
ALL'ISTRUZIONE E DIRITTO ALLA SALUTE NEL PERIODO
PANDEMICO*

ANDREA GIUBILEI**

Sommario

1. Premessa. – 2. Politica e tecnica davanti all'avvento inaspettato della pandemia di Covid-19: il caso della scuola. – 3. La ricerca di un equilibrio nella difficile “convivenza” con il virus. – 3.1. L'accesso ai dati sul contagio negli istituti scolastici. – 3.2. La stratificazione delle fonti e delle valutazioni tecnico-scientifiche: le ordinanze regionali per la gestione del virus nelle scuole. – 3.2.1. Segue. Il fondamento scientifico delle ordinanze regionali sul contenimento del Coronavirus nella giurisprudenza amministrativa. 4. Un (opportuno) “sbilanciamento”: alcune considerazioni conclusive sulla priorità alla scuola in presenza.

Abstract

The essay analyzes how the Education sector dealt with the limitations imposed by the Covid-19 pandemic in order to guarantee the right to health of students and their families. The analysis shows the strong influence of the technical-scientific assessments on policies adopted for carrying out distance learning activities in schools, in particular those produced by the “Technical Scientific Committee” set up ad hoc to support the Government’s activities. The sacrifice imposed on the right to education has raised relevant collateral problems: first, the inability to access to data on infections in schools to ensure greater transparency and effectiveness on public decisions; secondly, the overlap between national and regional measures that are often conflicting with each other. The essay concludes with a reflection on the priority of carrying out in-person school activities, in line with the positions taken by the Government in the current 2021-2022 school year.

Suggerimento di citazione

A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza: l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra diritto all'istruzione e diritto alla salute nel periodo pandemico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione del Convegno “La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica”, tenutosi a Roma il 25 novembre 2021 e organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, nell'ambito del Progetto PRIN 2017 “Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law” (SE.CO.R.E TECH).

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi “Roma Tre”.

Contatto: andrea.giubilei@uniroma3.it.

1. Premessa

«Il Governo ha la priorità che la scuola sia aperta, in presenza. [...] Non ha senso chiudere la scuola prima di aver chiuso tutto il resto». Queste affermazioni, che potevano riecheggiare in qualche piazza riempita da studenti in protesta contro la didattica a distanza, sono state pronunciate dal Presidente del Consiglio dei ministri Mario Draghi durante la presentazione delle nuove misure di contenimento del virus SARS-CoV-2 che hanno anticipato la ripresa delle attività didattiche nel 2022¹. Certamente il rientro a scuola in presenza dopo l'interruzione natalizia, nel pieno della terza ondata del Covid-19 e con picchi di contagi ancora sconosciuti all'Italia dall'avvento della pandemia, non è stato così lineare come quelle dichiarazioni potevano far sperare.

Tuttavia, in una riflessione sulle misure adottate per contrastare il diffondersi del virus *nella* scuola e *tramite* la scuola (o meglio: tramite la sua chiusura), può essere interessante partire proprio da quelle parole del Presidente del Consiglio, che rappresentano il tentativo, da parte della politica, di dare nuovamente al diritto all'istruzione quella centralità persa nel periodo pandemico. L'esercizio di tale diritto, infatti, sin dalle prime notizie sull'arrivo del Coronavirus in Italia, si è ritrovato in contrapposizione con le restrizioni imposte per proteggere il diritto alla salute, nell'ambito di un bilanciamento dalle caratteristiche inedite, che ha caratterizzato questo e molti altri settori dell'ordinamento². La vera peculiarità, rispetto a quanto di consueto accade nella relazione tra diritti, è che in questo caso, ancor di più, l'ago della bilancia ha subito il peso decisivo di valutazioni di natura tecnico-scientifica, in grado di condizionare in maniera particolarmente pervasiva le soluzioni adottate dal legislatore³.

¹ Il contenuto integrale della conferenza stampa del 10 gennaio 2022 è reperibile sul sito istituzionale della Presidenza del Consiglio dei ministri al seguente link: <https://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-del-presidente-draghi/18950>.

² La dottrina in materia di bilanciamento tra diritti all'epoca del Covid-19 è estremamente vasta. Sul tema si vedano, almeno, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020, III ss.; C. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 13 ss.; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 16 ss.; D. DE LUNGO, *Il "lato oscuro" del bilanciamento. Note sulla tutela giurisdizionale dei diritti e delle libertà individuali in tempo di pandemia*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, 117 ss.; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 315 ss.; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 71 ss.; F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 82 ss.

³ Sul punto si veda, tra tutti, A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 119 ss. Più in generale, per quanto riguarda l'intreccio tra tecnica e diritto, specie per le ripercussioni sul sistema delle fonti

Tale circostanza è frutto del tentativo di “istituzionalizzare” l’apporto di competenze tecniche degli esperti all’interno del circuito pubblico che, con l’avvento dell’emergenza sanitaria, ha portato all’introduzione di un Comitato tecnico-scientifico (d’ora in avanti più semplicemente “CTS”) a supporto delle attività del Governo per fronteggiare l’emergenza epidemiologica e destinato ad avere un impatto determinante sull’attività normativa e, di conseguenza, sulla vita dei cittadini⁴.

Che l’attuale contesto emergenziale – al netto delle sue più gravose conseguenze – stia mettendo a dura prova la tenuta del sistema delle fonti del diritto disegnato dalla Costituzione è stato ampiamente messo in luce dalla dottrina⁵. Tuttavia, ciò che rileva maggiormente in questa sede, è che si è registrata (e si registra tuttora) una forte compressione della discrezionalità del legislatore e, più in generale, degli operatori pubblici, considerata l’influenza determinante che esercitano le valutazioni degli esperti sull’adozione di norme giuridiche⁶.

Il presente contributo, dunque, intende approfondire come ciò abbia coinvolto il settore della scuola, analizzando gli esiti ondivaghi del citato bilanciamento tra diritto all’istruzione e diritto alla salute, alla luce dell’intreccio tra le valutazioni del CTS e le soluzioni normative che hanno riguardato la vita di studenti, insegnanti e genitori. Com’è noto, la scuola ha rappresentato uno degli ambiti colpiti più incisivamente dalle misure di contenimento del virus, il

del diritto, cfr. ID., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 143 ss.

⁴ In particolare, il Comitato tecnico scientifico è stato istituito con decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, con il fine dichiarato di svolgere attività di consulenza e di supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell’emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del Coronavirus.

⁵ I contributi della dottrina costituzionalistica che hanno approfondito l’impatto della gestione della pandemia sul sistema delle fonti del diritto sono ormai davvero numerosissimi. Si vedano, senza pretesa di esaustività, AA. VV., *Le fonti normative nella gestione dell’emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec. 2020, 291 ss.; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell’emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, 1 ss.; L. DELL’ATTI – G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell’emergenza da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 135 ss.; A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell’epoca del diritto transnazionale*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 3277 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 109 ss.; N. LUPO, *L’attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2020, 121 ss.; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020; C. PINELLI, *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l’emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 4263 ss.; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 531 ss.; A. VERNATA, *Decretazione d’urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 161 ss.

⁶ Cfr. L. DEL CORONA, *op. ult. cit.*, 71, secondo cui «che il sapere scientifico possa porsi in rapporto di strumentalità rispetto al soddisfacimento e alla tutela di diritti fondamentali è infatti cosa nota, meno chiaro è invece come tale rapporto di strumentalità debba incidere sul modo di procedere e sulla discrezionalità del decisore pubblico».

che impone un approfondimento altrettanto rigoroso sul fondamento – tecnico-scientifico, prima che politico – delle soluzioni adottate.

2. Politica e tecnica davanti all'avvento inaspettato della pandemia di Covid-19: il caso della scuola

Nell'ambito della scuola e del diritto allo studio l'influenza del CTS sulle scelte governative per la gestione della pandemia può dividersi in più fasi. La prima è senz'altro quella rappresentata dal diffondersi inaspettato del virus sul territorio nazionale.

Come forse era inevitabile, questa fase si è aperta con un evidente sbilanciamento verso soluzioni di natura più “politica”, tramite l'introduzione di misure di contenimento del virus adottate in autonomia dal Governo. Tuttavia, sin dai suoi primi interventi, le valutazioni del CTS hanno mostrato tutto la loro (potenziale) influenza⁷. Emblematico, in tal senso, è stato il primo parere, in termini assoluti, del CTS, adottato proprio in tema di istruzione. Nella sua prima riunione del 7 febbraio 2020⁸, infatti, il Comitato si è limitato a valutare positivamente le misure precedentemente adottate – in autonomia – dal Ministero della Salute sulla gestione del settore scolastico per gli studenti rientranti dalla Cina, contenute nella prima circolare adottata in materia (1° febbraio 2020, n. 3187). D'altronde, non poteva essere diversamente, dal momento che l'istituzione del CTS è di qualche giorno successiva rispetto all'adozione di detta circolare. È interessante notare, però, come quest'ultima sia stata poco dopo aggiornata, proprio alla luce delle considerazioni del CTS contenute nel suo citato primo parere. Con una nuova circolare, infatti, il Ministero ha raccomandato, per gli studenti rientranti dalle aree della Cina colpite dall'(allora) epidemia, una sorveglianza domiciliare attiva quotidiana per la valutazione dell'eventuale febbre ed altri sintomi nei 14 giorni successivi all'uscita dalle aree a rischio⁹. Proprio come aveva raccomandato il CTS.

⁷ Sul punto, cfr. I. MASSA PINTO, *op. ult. cit.*, che riscontra nella fase iniziale di risposta normativa alla pandemia un'«eclissi della politica», che costituisce «al medesimo tempo la causa e l'effetto del fenomeno: lo stato comatoso nel quale si trova la politica alimenta le tendenze segnalate e a loro volta queste tendenze mortificano ulteriormente la politica». Secondo l'Autrice, tale situazione sarebbe il riflesso (anche) della nomina del CTS e del ruolo assunto dai tecnici, quali «ispiratori delle decisioni via via adottate»; tutto ciò, infatti, avrebbe avuto un peso determinante, «anche alla luce del dibattito che ha visto gli scienziati confrontarsi in una vivace dialettica sull'interpretazione del fenomeno in atto e sulle strategie per contrastarlo».

⁸ Il verbale di tale riunione del CTS – così come gli altri che verranno citati ed analizzati nel corso del presente lavoro – è consultabile sul portale istituzionale del Dipartimento della protezione civile al seguente link: <https://emergenze.protezionecivile.gov.it/it/sanitarie/coronavirus/verbali-comitato-tecnico-scientifico>.

⁹ Tali valutazioni del CTS sono poi effettivamente confluite – quasi testualmente – nella nuova circolare del Ministero della Salute 8 febbraio 2020, n. 4001.

Questo primo intreccio tra regolazione delle limitazioni per contrastare il Coronavirus e valutazioni di natura tecnico-scientifica ha una portata senz'altro limitata rispetto a quanto accaduto con le altre misure che sono state adottate a causa della pandemia, ma consente di fare già una prima considerazione. Nell'esercizio del suo potere normativo, l'Amministrazione ha tutelato l'interesse collettivo della salute tentando di limitare la diffusione del virus con misure fortemente limitative dei diritti degli studenti, *in primis* proprio del diritto all'istruzione, stante la sostanziale impreparazione del settore scolastico nel fronteggiare l'avvento inaspettato della pandemia e assicurare forme di didattica alternativa e a distanza. Da un raffronto tra la circolare di aggiornamento del Ministero della Salute e il precedente parere del CTS (più volte richiamato dalla stessa circolare), emerge un'aderenza pressoché integrale alle valutazioni e alle soluzioni individuate dal Comitato, palesando, già con il primo intervento, la sua capacità di incidere in maniera determinante sulle limitazioni introdotte dal legislatore¹⁰.

Tuttavia, questo approccio non è stato certamente l'unico tenuto nel corso della pandemia. Anzi, dalla lettura dei pareri del CTS e dei successivi atti normativi adottati risulta alquanto difficile riscontrare un atteggiamento costante del legislatore che, al contrario, ha oscillato frequentemente nella sua adesione alle valutazioni tecnico-scientifiche degli esperti. Come, d'altronde, è emerso già dai primi interventi di contrasto all'emergenza sanitaria.

Nel settore dell'istruzione, in particolare, uno degli interventi fondamentali è stato previsto ad opera d.p.c.m. 4 marzo 2020 che, per la prima volta, ha esteso a tutto il territorio nazionale l'interruzione delle attività didattiche¹¹, con "possibilità" di svolgerle a distanza tramite l'utilizzo di piattaforme informatiche¹². Ebbene, questa scelta del Governo è stata presa nonostante il CTS – in

¹⁰ Sul punto può già anticiparsi quanto si vedrà più approfonditamente *infra*, par. 3.1, ovvero che le deliberazioni del CTS, pur avendo condizionato le decisioni politiche adottate per fronteggiare il diffondersi della pandemia, «sono state caratterizzate dall'assenza delle imprescindibili garanzie di trasparenza e pubblicità che avrebbero reso possibile ai cittadini il controllo e la verifica sulla logica di determinate valutazioni alla base dalle misure restrittive delle libertà da parte del Governo»; così F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *federalismi.it*, n. 20/2021, 126 ss., spec. 134.

¹¹ Alcune limitazioni avevano già interessato esclusivamente le prime zone colpite dal virus, come avvenuto nel caso delle misure adottate con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 che – tra le altre possibili misure di contenimento per le regioni ivi indicate – aveva introdotto la «sospensione del 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».

¹² Su quest'ultimo punto, v. G. MATUCCI, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, 623 ss., spec. 628. L'Autrice evidenzia come, nella prima fase, a fronte dell'avvento di un virus sostanzialmente sconosciuto, «l'uso della tecnologia non può essere considerato, in tutto e per tutto, una scelta biasimevole. Non v'è dubbio, infatti, che l'impiego degli

risposta al quesito del Ministro della Salute in merito all'utilità di una chiusura generalizzata delle scuole – avesse dato parere essenzialmente negativo. Infatti, nella riunione del 4 marzo 2020, il cui verbale è espressamente richiamato nelle premesse del d.p.c.m. citato¹³, il CTS aveva evidenziato come non vi fossero dati in grado di dimostrare l'utilità di chiudere tutte le scuole, a prescindere dalla situazione epidemiologica locale, attestando, quindi, un'efficacia solo limitata di una simile misura per contenere la diffusione del virus; tanto che nel parere successivo, del 5 marzo 2020, quella della chiusura generalizzata delle scuole si considera ancora come una semplice misura di «ulteriore precauzione».

Tuttavia, in questa fase iniziale, il discostamento dal parere degli esperti può forse annoverarsi nell'ambito di quelle scelte sbilanciate più sul versante “politico” che – per l'appunto – su quello “tecnico” che il Governo ha dovuto adottare perseguendo un fine di massima precauzione, derivante dal trovarsi di fronte ad una minaccia dai contorni non ancora sufficientemente nitidi¹⁴.

Le settimane successive, invece, sono state caratterizzate da una maggiore conoscenza del virus, a cui ha corrisposto una maggiore stabilità delle misure di contenimento. Questa fase – che si è aperta subito dopo l'avvento della pandemia – è stata cadenzata da numerosissime circolari e note protocollari contenenti indicazioni operative per le istituzioni scolastiche ed educative, a dimostrazione di una notevole autonomia del Governo e del Ministero

strumenti informatici abbia consentito, almeno nell'immediato, di assicurare una *continuità* all'erogazione del servizio». In tal senso, si veda anche S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 1 ss., che evidenzia come la sospensione dell'attività scolastica disposta sul territorio nazionale non si sia tradotta in una «sospensione dell'attività di istruzione», proprio grazie alla continuazione dell'insegnamento mediante lezioni a distanza (a differenza di quanto avvenuto per i servizi della prima infanzia, ove la sospensione dell'attività in presenza ha determinato contestualmente anche l'interruzione del servizio).

¹³ Come osserva A. IANNUZZI, *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, cit., 3290, i verbali del CTS «risultano tutti ritualmente citati nelle premesse di diversi DPCM che si sono convulsamente succeduti, seguendo il procedimento atipico tratteggiato dall'art. 2 del d.l. n. 19/2020». Quest'ultimo, infatti, ha stabilito che «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, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020».

¹⁴ Cfr. T. GROPPI, *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, n. 1/2020, 192 s. Secondo l'Autrice, alcune delle decisioni politiche finalizzate a garantire il diritto alla salute, in particolare «quelle volte a ridurre il rischio di contagio, ispirate al principio di precauzione (cioè di prevenzione o mitigazione delle conseguenze negative di una situazione di fatto)», potevano essere valutate solo in relazione a conoscenze scientifiche che, in principio, erano contraddittorie e ancora limitate. In tal senso, si vedano, altresì, F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, n. 32/2020, 182 ss. e A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 1 ss.

dell'Istruzione nell'adozione delle misure concrete per conciliare il prosieguo della didattica con l'impossibilità di svolgere le attività in presenza; atti che, detto in altri termini, hanno rappresentato il tentativo di bilanciare il diritto all'istruzione con quello alla salute.

Considerato l'andamento dei contagi, in tale fase, il contributo del CTS sul settore dell'istruzione è stato estremamente contenuto, anzi, limitato all'unico parere del 9 aprile 2020 in cui il Comitato ha semplicemente raccomandato di prorogare la chiusura delle scuole. Valutazione a cui il Governo sembrerebbe comunque essersi pienamente adeguato, dal momento che nel d.p.c.m. 10 aprile del 2020 (nelle cui premesse il parere del 9 aprile viene espressamente richiamato), viene prorogata la didattica a distanza, la cui attivazione e pianificazione – inevitabilmente – non è più qualificata come mera “possibilità” ma come un obbligo incombente sui Dirigenti scolastici.

La chiusura di questa fase è segnata dall'adozione, da parte del CTS, di un fondamentale documento di analisi sui dati epidemiologici per valutare una rimodulazione delle misure di contenimento del contagio allora in atto. Tale documento è contenuto nel verbale del 22 aprile 2020 ed è caratterizzato da un'analisi particolarmente approfondita dei dati sanitari e (anche) scolastici, che si conclude con una considerazione particolarmente netta su un possibile ritorno alla didattica in presenza, laddove si afferma che «la sola riapertura delle scuole potrebbe portare allo sfioramento del numero di posti letto in terapia intensiva attualmente disponibili a livello nazionale».

Non a caso, richiamando espressamente le valutazioni contenute in tale verbale, con l'adozione del successivo d.p.c.m. 10 aprile del 2020 il Governo ha deciso di prorogare la sospensione delle attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado su tutto il territorio nazionale.

3. La ricerca di un equilibrio nella difficile “convivenza” con il virus

Sulla scia di questa maggiore centralità delle valutazioni tecnico-scientifiche, la fase immediatamente successiva, di transizione verso l'anno scolastico 2020/2021, è stata caratterizzata da una forte influenza del CTS sulle scelte normative in ambito scolastico. Nei mesi estivi del 2020, infatti, il dibattito pubblico e politico si è incentrato quasi esclusivamente sul rientro a scuola e sul tentativo di abbandonare – almeno parzialmente – la didattica a distanza.

Nel perseguimento di tale obiettivo, tutte le soluzioni governative e, più in particolare, ministeriali sembrano ruotare attorno ad un unico principale documento: il «*Documento tecnico sull'ipotesi di rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico*», adottato dal CTS nell'ambito della riunione del 28 maggio 2020.

Gli esperti del Comitato muovono dalla consapevolezza circa le criticità dello svolgimento delle attività didattiche a distanza, come emerge dalla

considerazione secondo cui l'aggregazione di studenti – pur rappresentando un fattore di rischio in termini di diffusione del virus – rappresenta al tempo stesso «la forza e l'energia propulsiva del sistema educativo; la sospensione delle attività scolastiche e il successivo isolamento hanno determinato una significativa alterazione della vita sociale e relazionale dei bambini e ragazzi determinando al contempo una interruzione dei processi di crescita in autonomia, di acquisizione di competenze e conoscenze, con conseguenze educative, psicologiche e di salute che non possono essere sottovalutate»¹⁵.

Nella ricerca di un giusto temperamento tra tali esigenze e la necessità di continuare a contrastare il diffondersi della pandemia, il CTS ha individuato diverse misure di contenimento destinate ad essere poi applicate nei mesi successivi. Tra di esse primeggia, anzitutto, il distanziamento fisico, da assicurare anche a costo dell'impatto «sul “modo di fare scuola”» e che, pertanto, deve essere pensato e proporzionato in relazione all'età dei singoli studenti coinvolti. Per le medesime ragioni, viene raccomandata la rimodulazione dei banchi, dei posti a sedere e degli arredi scolastici per garantire il distanziamento interpersonale di un metro. Viene prevista, poi, l'adozione – «in virtù dell'autonomia scolastica» – di misure organizzative di alternanza, turnazione e di didattica a distanza proporzionate all'età degli alunni e al contesto educativo complessivo¹⁶. Infine, si raccomanda l'utilizzo della mascherina per tutta la durata della lezione.

Al di là delle singole misure e della loro effettiva introduzione da parte degli istituti scolastici, ciò che rileva maggiormente in questa sede è che il contenuto del citato documento del CTS sia stato poi ripreso – testualmente e/o con meri rinvii – da numerosi atti di natura normativa adottati nel periodo estivo da parte del Ministero, che hanno caratterizzato, in concreto, le misure introdotte per la ripresa in presenza delle attività didattiche.

Tra questi, può prendersi in considerazione, a titolo esemplificativo, il decreto 26 giugno 2020, n. 39 del Ministero dell'Istruzione, sulla pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative di tutte le istituzioni del sistema

¹⁵ Il «Documento tecnico sull'ipotesi di rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico», consultabile come allegato del verbale n. 82 del 28 maggio 2020 della riunione del CTS, è stato pubblicato anche sul portale istituzionale del Ministero dell'Istruzione ed è reperibile al seguente link: <https://www.istruzioneer.gov.it/2020/05/28/scuola-indicazioni-del-comitato-tecnico-scientifico-per-settembre/documento-tecnico-sullipotesi-di-rimodulazione-delle-misure-contenitive-nel-settore-scolastico/>.

¹⁶ Le espressioni citate sono riprese dal «Documento tecnico sull'ipotesi di rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico» (v. *supra*, nota precedente). Sul punto, G. MATUCCI, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, cit., 634 s., osserva come queste misure rappresentino il tentativo di passare da una sospensione generalizzata delle attività in presenza, che ha coinvolto *tutti* gli studenti, ad «una risposta *graduale* e proporzionata», non solo per quanto riguarda il livello di rischio sul singolo territorio, ma anche per le peculiarità delle diverse fasce d'età e i bisogni specifici degli alunni più fragili, nel perseguimento di una maggiore inclusione scolastica.

nazionale di istruzione, in vista dell'avvio nuovo anno scolastico (2020/2021). Qui il Ministero ha testualmente stabilito che: «per ciò che concerne le misure contenitive e organizzative e di prevenzione e protezione da attuare nelle singole istituzioni scolastiche per la ripartenza, si fa esclusivo rinvio al Documento tecnico del CTS del 28 maggio 2020 e ai successivi aggiornamenti [...]. In particolare, con riferimento alle indicazioni sanitarie sul distanziamento fisico, si riporta di seguito l'indicazione letterale tratta dal verbale della riunione del CTS tenutasi il giorno 22 giugno 2020: "il distanziamento fisico (inteso come 1 metro fra le rime buccali degli alunni), rimane un punto di primaria importanza nelle azioni di prevenzione"». Il rinvio integrale alle valutazioni del CTS riguarda, inoltre, il rispetto delle misure igienico sanitarie relative al personale e agli ambienti. Le scuole sembrano mantenere un ampio margine di discrezionalità, invece, rispetto alla concreta organizzazione delle attività didattiche, in coerenza con l'autonomia costituzionale delle istituzioni scolastiche, salvaguardata dall'art. 117, comma 3, Cost.¹⁷; margine che, in fin dei conti, lo stesso CTS aveva comunque contemplato nelle proprie valutazioni. Si prevede, ad esempio, la possibilità di una diversa modulazione settimanale del tempo scuola, l'aggregazione delle discipline in aree o ambiti disciplinari, una frequenza a turni differenziati o, ancora, una riconfigurazione della classe in più gruppi di alunni¹⁸. Il minimo comun denominatore richiesto per tali soluzioni organizzative differenti è quello di garantire – con una buona dose di ottimismo – che ciascun alunno goda della medesima offerta formativa.

Anche in questo caso può facilmente riscontrarsi come la disciplina del rientro a scuola dopo l'interruzione estiva sia stata adottata in piena adesione alle preve valutazioni di natura tecnico-scientifica del Comitato, al punto da sfociare nell'inserimento – in atti considerabili, in senso lato, normativi – di interi virgolettati ripresi dai pareri del CTS e dai documenti ad essi allegati. Ciò ad ulteriore conferma di come, rispetto alle fasi iniziali in cui la pandemia ha fatto il suo ingresso sullo scenario nazionale, l'influenza del CTS sulle scelte normative sia stata via via più incisiva.

Di certo ciò non ha impedito che l'anno scolastico si aprisse in un contesto di estrema confusione. Dal punto di vista organizzativo, la pandemia ha messo in luce i già noti e numerosi divari che caratterizzano il settore scolastico:

¹⁷ Sul punto, si vedano, fra tutti, A. IANNUZZI, *Norme generali sull'istruzione e riserva di legge*, in *federalismi.it*, n. 24/2010, 7 ss.; 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*, n. 4/2002, 771 ss.; F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta»?*, in *federalismi.it*, n. 6/2019, 1 ss.

¹⁸ Le misure contenute nel Piano scuola 2020-2021 sono analizzate da F. DI LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *federalismi.it*, n. 4/2021, 89 ss., spec. 100 ss.

territoriale, economico, sociale e digitale¹⁹; divari su cui ha sicuramente pesato l'ampio rinvio – forse inevitabile – all'autonomia scolastica²⁰. Tuttavia, su un piano più generale, rispetto all'esercizio del diritto all'istruzione l'adesione alle valutazioni del CTS sembra aver celato un obiettivo ambizioso.

A differenza di quanto accaduto nella prima fase, in cui la soluzione più semplice e immediata per il Governo è stata quella della chiusura generalizzata delle scuole, l'anno scolastico 2020/2021 si è aperto all'insegna di un maggiore equilibrio tra la tutela del diritto alla salute e quella del diritto allo studio, tentando di garantire – nei limiti concessi da una pandemia – lo svolgimento delle attività didattiche in presenza. Come anticipato, infatti, in principio la politica sembrerebbe aver agito con maggiore autonomia, sacrificando ampiamente l'esercizio del diritto all'istruzione; per di più discostandosi da quelle che erano le valutazioni degli esperti del CTS, che avevano raccomandato una chiusura localizzata, limitata esclusivamente alle zone colpite maggiormente dal virus.

Dopo mesi di difficile convivenza con la pandemia, si è tentato, invece, di valorizzare maggiormente il contributo del Comitato, nella ricerca di un bilanciamento ragionevole tra i due diritti che l'emergenza sanitaria ha posto in contrapposizione. Nei mesi successivi, dunque, le attività didattiche sono state

¹⁹ Cfr. S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, cit., 5 s., che osserva come tra gli alunni più colpiti vi siano «non solo coloro che hanno difficoltà economiche e familiari, ma anche coloro che già avevano piani di apprendimento differenziati, laddove non è concretamente possibile garantire assistenza, supporto, mediazione linguistica e culturale. L'aver completamente pretermesso ogni intervento per la fascia zero-tre ha determinato ulteriori disuguaglianze, su base territoriale, considerato il necessario intervento dell'ente locale, per ovviare a tale mancanza». Per quanto riguarda, più in particolare, il diverbio relativo al possesso delle competenze digitali, cfr. P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 285 ss., spec. 291 s., il quale evidenzia come le reti di telecomunicazione – pur avendo consentito di continuare a svolgere alcune imprescindibili funzioni pubbliche – abbiano messo in luce che «chi era già attrezzato sul piano tecnologico e culturale per sostenere un uso più intenso delle tecnologie digitali ha affrontato l'emergenza con minori disagi, mentre coloro che non disponevano di risorse tecniche e cognitive adeguate hanno visto peggiorare gravemente la propria condizione». In queste circostanze – prosegue l'Autore – «i soggetti più penalizzati dal divario digitale non sono stati in grado di ricevere quell'ausilio che gli avrebbe consentito di superare in parte le limitazioni imposte dal *lockdown* al godimento di fondamentali diritti sociali, quali il diritto alla tutela della salute, il diritto all'istruzione (e, per certi versi, il diritto al lavoro)». In tal senso, si veda anche R. CALVANO, *L'istruzione, il Covid-19 e le disuguaglianze*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, 57 ss., spec. 79 ss.

²⁰ Sul punto, v. F. DI LASCIO, *op. ult. cit.*, 103, secondo cui le concrete modalità di configurazione della didattica a distanza «sono apparse condizionate a monte dallo specifico livello di dotazione e di orientamento digitale alla didattica e, allo stesso tempo, definite sulla base di decisioni dirigenziali adottate in assenza di linee guida statali nonché di standard minimi di livello nazionale». Dunque, tra gli effetti negativi del ricorso a tale tipologia di didattica, vi sarebbe anche quello di aver favorito l'emergere di profonde differenze tra scuole e tra classi di una medesima scuola. Secondo l'Autrice, questa eterogeneità troverebbe giustificazione proprio «nell'esercizio dell'autonomia scolastica» che «ha in verità messo a rischio il rispetto del principio di pari opportunità degli studenti nell'accesso alle prestazioni educative».

programmate e si sono svolte nella costante ricerca di tale bilanciamento, realizzato anche grazie al contributo del Comitato. Difatti, conducendo un'analisi parallela tra gli atti normativi del Governo e i pareri del CTS, emerge costantemente la capacità di quest'ultimo di incidere sulla disciplina concreta dello svolgimento delle attività didattiche.

Un caso evidente è rappresentato dal d.p.c.m. 24 ottobre 2020. Qui, anzitutto, si registra un'evidente penetrazione delle valutazioni del CTS contenute nel citato «*Documento tecnico sull'ipotesi di rimodulazione delle misure contenitive nel settore scolastico*», poiché si prevede che le istituzioni scolastiche di secondo grado²¹ debbano adottare forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica, secondo quanto disposto dal c.d. Piano scuola per l'anno scolastico 2020/2021 adottato con d.m. 26 giugno 2020, n. 39, che – come visto sopra – prevede un'adesione pressoché integrale al Documento tecnico adottato dal CTS.

Non solo. Il d.p.c.m. 24 ottobre 2020, infatti, è stato adottato quando il Paese iniziava ad attraversare un secondo ed allarmante aumento dei contagi. Per tale ragione, il decreto ha disposto che le attività didattiche fossero realizzate «incrementando il ricorso alla didattica digitale integrata, per una quota pari almeno al 75 per cento delle attività». Ebbene, il riferimento a tale ampia quota di didattica a distanza è frutto del mero recepimento di un vero e proprio “emendamento” apportato dal CTS. Nelle premesse del d.p.c.m. in esame, infatti, vengono richiamati i verbali delle riunioni del Comitato svoltesi il 18 e 24 ottobre 2020: nella prima, il Governo aveva sottoposto agli esperti la bozza di d.p.c.m. sulle nuove misure da adottare per il contenimento del virus in cui, nella parte relativa alla scuola, si prevedeva solo di incrementare il ricorso alla didattica digitale integrata, considerata semplicemente come «complementare alla didattica in presenza»; nel restituire le proprie valutazioni, nel corso della seconda riunione del 24 ottobre, il riferimento alla natura complementare della didattica a distanza rispetto alla didattica in presenza viene letteralmente cancellato dal CTS e sostituito con il riferimento all'incremento del ricorso alla didattica digitale integrata «per una quota pari al 75 per cento delle attività». Come visto, il Presidente del Consiglio dei ministri inserirà, poi, testualmente tale nuovo inciso all'interno del proprio decreto.

A ben vedere, in casi come questi, il contributo delle valutazioni a contenuto tecnico-scientifico sulla gestione del virus hanno avuto un peso più che

²¹ Sono lasciate fuori, per il momento, le attività didattiche e educative svolte per il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia, che continuano a svolgersi in presenza. Alcune considerazioni sull'importanza di una simile esclusione e sulle misure limitative che sono state adottate, anche per tali fasce di età, tramite le ordinanze contingibili e urgenti di alcune regioni, verranno svolte *infra*, par. 3.2.

determinante sulla disciplina delle attività didattiche, mostrando tutta la loro potenziale incisività sull'esercizio del diritto all'istruzione.

Tale circuito avviato tra i pareri del CTS e l'attività normativa del Governo ha continuato a influenzare lo svolgimento delle attività didattiche anche nei mesi successivi, a partire dall'adozione del d.p.c.m. 3 novembre 2020 che, a causa dell'andamento dei contagi, ha reintrodotto l'obbligo per tutte le istituzioni scolastiche di svolgere il 100% delle attività tramite il ricorso alla didattica digitale integrata – salvo alcune eccezioni²² – trasformando, ancora una volta, «il diritto a un'istruzione pubblica in un diritto usufruibile *on line*»²³. Tale regime è proseguito fino alla fine dell'interruzione delle attività didattiche per il periodo natalizio dell'anno scolastico 2020/2021, al termine del quale il Governo – come precedentemente disposto dal d.p.c.m. 3 dicembre 2020²⁴ – ha previsto lo svolgimento delle attività didattiche in presenza per il 75% della popolazione studentesca e a distanza per la restante parte. Al rientro nelle scuole, tuttavia, è stato necessario correggere il tiro con una parziale (ed eventuale) riduzione delle attività in presenza, introdotta dal d.p.c.m. 14 gennaio 2021. Quest'ultimo, infatti, ha previsto che, «a decorrere dal 18 gennaio 2021, almeno al 50 per cento e fino a un massimo del 75 per cento della popolazione studentesca delle [istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado] sia garantita l'attività didattica in presenza. La restante parte dell'attività didattica è svolta tramite il ricorso alla didattica a distanza. [...] L'attività didattica ed educativa per i servizi educativi per l'infanzia, per la scuola dell'infanzia e per il primo ciclo di istruzione continua a svolgersi integralmente in presenza».

²² Come si vedrà anche più avanti, vi sono due principali ordini di eccezioni previsti dall'art. 1, comma 1, lett. s), del d.p.c.m. 3 novembre 2020. Anzitutto, viene disposto 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». In secondo luogo, viene prevista «la possibilità di svolgere attività in presenza qualora sia necessario l'uso di laboratori o in ragione di mantenere una relazione educativa che realizzi l'effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali, [...] garantendo comunque il collegamento on line con gli alunni della classe che sono in didattica digitale integrata». Questa opportuna esclusione mira a tutelare gli studenti più fragili che subirebbero, nel regime di didattica a distanza, una forte limitazione della possibilità di «socializzazione». Quest'ultima – com'è stato messo in luce da attenta dottrina – rappresenta «il cuore della tutela costituzionale delle persone con disabilità» e, nella configurazione di tale «meta-diritto» alla socializzazione, il riconoscimento del diritto all'istruzione costituisce il pilastro principale. In tal senso, cfr. C. COLAPIETRO – F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 139 ss. Per quanto riguarda, in particolare, l'inclusione scolastica delle persone con disabilità, cfr. G. MATUCCI, *Il diritto/dovere all'inclusione scolastica*, n. 1/2019, 37 ss. e ID., *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della «scuola aperta a tutti»*, in M. FERRARI – G. MATUCCI – M. MORANDI, *La scuola inclusiva dalla Costituzione a oggi. Riflessioni tra pedagogia e diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2019, 97 ss.

²³ Così M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, cit., 29.

²⁴ Tale decreto, infatti, aveva mantenuto ferma la didattica a distanza al 100%, per poi passare, a decorrere dal 7 gennaio 2021, alla garanzia dell'attività didattica in presenza per il 75% della popolazione studentesca.

Ciascuno di questi interventi ha come fondamento un'interlocuzione con il CTS, i cui specifici pareri di riferimento sono sempre richiamati nelle premesse degli atti normativi del Governo, mettendo in luce una costante adesione alle valutazioni tecnico-scientifiche degli esperti. E lo stesso approccio verrà mantenuto nei mesi successivi, fino alla conclusione dell'anno scolastico 2020/2021; mesi in cui, com'è noto, la vita scolastica e quella dell'intera collettività sono state segnate – oltre che dal passaggio ad un nuovo Governo – dalla decisione di prevedere contemporaneamente regimi diversi per le misure di contenimento del virus, a seconda della sua diversa incidenza sulle popolazioni locali. È stato introdotto, così, un sistema flessibile, differenziato per regione e, di volta in volta, identificato tramite l'attribuzione di un colore corrispondente alla gravità del rischio sulla base di un'ordinanza del Ministro della Salute.

L'atto normativo di riferimento è il d.p.c.m. 2 marzo 2021 che, rispetto alle scuole, non ha previsto alcuna particolare limitazione delle attività didattiche in presenza nell'ambito delle cc.dd. “zone bianche”, se non quelle genericamente previste a livello nazionale sull'igiene personale e dei locali, il distanziamento interpersonale e l'utilizzo di dispositivi medici di protezione. Le prime forme di limitazione iniziano ad essere previste all'interno delle cc.dd. “zone gialle”, ove ritorna il regime misto, con la garanzia delle attività didattiche in presenza per una quota compresa tra il 50% e il 75% della popolazione studentesca. Le misure più stringenti sono previste dall'art. 43 del d.p.c.m. 2 marzo 2021, ove si stabilisce che, all'interno delle cc.dd. “zone rosse”, «le attività scolastiche e didattiche delle scuole di ogni ordine e grado si svolgono esclusivamente con modalità a distanza».

3.1 L'accesso ai dati sul contagio negli istituti scolastici

Dall'analisi condotta fino ad ora emerge chiaramente la capacità delle valutazioni espresse dal CTS di influenzare a fondo l'attività normativa sulla gestione dell'emergenza sanitaria.

Ciò ha posto – specie nell'ambito del settore scolastico – l'ulteriore problema legato alla trasparenza dell'attività del Comitato e, più in generale, dei dati relativi al monitoraggio dei contagi all'interno delle scuole. Com'è evidente, infatti, i dati sull'andamento dell'emergenza sanitaria hanno rappresentato il fondamento su cui il Comitato ha potuto elaborare le proprie valutazioni, dando avvio a quella concatenazione che li ha condotti ad incidere indirettamente sulla stessa produzione normativa. È sulla base dei dati disponibili, infatti, che il Comitato ha potuto esprimersi in merito alle possibili misure di

contenimento del virus da attuare ed è sulla base dei pareri espressi dal Comitato che il legislatore ha effettivamente disciplinato tali misure²⁵.

I dati sanitari, dunque, hanno rappresentato il vero motore propulsore dell'attività di regolazione dell'emergenza sanitaria.

Per tale ragione, in un contesto in cui i dati sono stati individuati quale fondamento ultimo delle stringenti limitazioni subite dalla popolazione nel corso della pandemia, si è posta l'esigenza di garantire un controllo diffuso sull'operato delle istituzioni tramite l'accesso al patrimonio informativo relativo all'andamento della pandemia²⁶. D'altronde, su un piano più generale, una corretta informazione rappresenta una condizione fondamentale per «elevare il tasso di democraticità del sistema» ed assicurare la formazione di un'opinione pubblica completa e imparziale²⁷, scongiurando, così, le criticità derivanti dalla formazione di convincimenti fondati su mere percezioni personali e la conseguente adozione di comportamenti individuali contrari al perseguimento dell'interesse collettivo.

Può richiamarsi, in tal senso, la recente decisione con cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito come «il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto – da

²⁵ Specularmente, come evidenziato da I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit., i dati scientifici hanno offerto la possibilità «di valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate rispetto agli scopi perseguiti». Sul punto, si vedano anche C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 772 ss., spec. 774, che – partendo dall'esperienza dell'app Immuni e dalla centralità dei dati per contrastare la diffusione del Covid-19 – evidenziano che, «attraverso la raccolta e l'analisi dei dati, si può consentire alle istituzioni pubbliche di assumere le migliori decisioni, nonché di progettare le azioni più efficaci e di fornire servizi sempre più rispondenti ai bisogni ed alle necessità di cittadini ed imprese».

²⁶ D'altronde, come osservato da C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 18, un potere invisibile è un potere discrezionale «che può trasmodare in vero e proprio arbitrio in dispregio delle garanzie poste dall'ordinamento a tutela dei diritti e delle libertà».

²⁷ Così P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2017, 397 ss. Sulla centralità dell'informazione e della trasparenza come strumento di partecipazione democratica, cfr. C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, 57 s. e, più recentemente, ID., *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2020, 63 ss., spec. 69.

“contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza [...] a manipolare i dati di realtà”²⁸.

Ebbene, l'accesso al patrimonio informativo in possesso alla Pubblica amministrazione ha rappresentato proprio lo strumento grazie al quale numerose organizzazioni della società civile e testate giornalistiche hanno tentato – con esiti spesso differenti – di accedere ai dati sulla gestione dell'emergenza sanitaria, a partire da quelli utilizzati dal CTS²⁹.

Per quanto riguarda i dati sulla circolazione del Coronavirus nelle scuole, il Ministero dell'Istruzione ha dichiarato più volte, a partire dall'ottobre del 2020, di condurre un monitoraggio con la collaborazione dei Dirigenti scolastici, i cui risultati sono stati poi condivisi con l'Istituto Superiore di Sanità. Tali dati sono stati oggetto di alcune istanze di accesso rivolte al Ministero dell'Istruzione, tra cui primeggia quella effettuata dalla rivista giornalistica *Wired Italia*, che ha poi contribuito alla loro diffusione al grande pubblico³⁰. Dalla lettura di tali dati³¹ – relativi, tuttavia, solamente alle prime settimane dalla ripresa della attività didattiche dopo l'interruzione estiva, ove l'andamento dei contagi era generalmente ancora contenuto – è emerso un ruolo in fin dei conti marginale

²⁸ Così Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 2 aprile 2020, n. 10, par. 36.5. Nell'ultimo passaggio, i giudici di Palazzo Spada richiamano testualmente le considerazioni di M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, n. 3/2019, 453 ss., spec. 455.

²⁹ Per una ricostruzione su alcune delle principali istanze di accesso presentate in relazione ai dati sulla gestione della pandemia, si vedano, tra tutti, F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, cit., 147 ss. e F. RICCIULLI, *Il FOIA alla prova della pandemia: gestione dell'emergenza e insegnamenti per il futuro*, 29 ottobre 2020, in <https://www.e-lex.it/it/il-foia-alla-prova-della-pandemia-gestione-dellemergenza-e-insegnamenti-per-il-futuro/>. Entrambi gli Autori concentrano la propria analisi partendo da alcune istanze di accesso ai verbali del CTS, tra cui, in particolare, quella presentata dalla Fondazione Luigi Einaudi, che si è conclusa con un diniego opposto dal Dipartimento della protezione civile. Sul punto, il T.A.R. Lazio si è pronunciato accogliendo il ricorso della Fondazione e dichiarando l'obbligo per il Dipartimento della protezione civile di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia della documentazione richiesta. A tal riguardo, il T.A.R. ha chiarito che tale decisione si fonda – per l'appunto – «[sulla] natura degli atti chiesti in visione nonché [sulle] finalità dello strumento dell'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, che oltre a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ha anche finalità di promuovere, come nel caso in esame, la partecipazione al dibattito pubblico» (così T.A.R. Lazio, sez. I-quater, sentenza 22 luglio 2020, n. 8615, par. 5).

³⁰ Cfr. <https://www.wired.it/attualita/scuola/2020/11/30/scuola-coronavirus-contagi-italia/>.

³¹ A distanza di pochi mesi dall'istanza di accesso, *Wired Italia* è tornata ad occuparsi dell'andamento dei contagi nelle scuole, con la condivisione dei dati ottenuti, aggiornati al 30 novembre 2020; cfr. <https://www.wired.it/attualita/scuola/2021/02/03/scuola-coronavirus-dati-30-novembre/>. Tali dati – forniti in formato aggregato e suddivisi a livello regionale, con indicazione delle ipotesi di positività o quarantena, tra studenti, docenti e personale – sono consultabili al seguente link: https://drive.google.com/file/d/1icXTw_9Fhs0cXWTjDFfGlqOi_zb_Njcf/view. Ad essi, si aggiunge anche la nota del di accompagnamento del Ministero, consultabile al seguente link: <https://images.wired.it/wp-content/uploads/2021/02/01211141/Lettera-ministero-istruzione.pdf>.

dell'apertura in sicurezza delle scuole quale contributo ad un possibile aumento dei contagi, per di più fortemente diversificato sul piano territoriale.

In ogni caso, tale vicenda ha consentito di sollevare in maniera concreta il tema della trasparenza sui contagi nelle scuole, palesando diverse criticità nel sistema di raccolta e accesso ai dati, *in primis* in termini di affidabilità³². In particolare, il sistema di monitoraggio all'interno degli istituti scolastici ha fatto sempre affidamento sulla spontanea collaborazione dei Dirigenti scolastici nella comunicazione dei dati, dal momento che tale compito non è mai stato previsto in termini di obbligatorietà.

Non sono mancate, dunque, richieste di accesso che hanno riguardato singoli istituti scolastici o gruppi di scuole, aggregate per territorio. L'esito di una di tali istanze di accesso ha portato il Garante per la protezione dei dati personali a pronunciarsi favorevolmente nei confronti della decisione degli istituti di negare l'accesso alle informazioni. Ci si riferisce, in particolare, al parere del 23 aprile 2021, avente ad oggetto un'istanza di accesso civico generalizzato rivolta a diversi istituti scolastici da parte di un comitato costituito da famiglie, professionisti della scuola e studenti attivi nella società civile, volta a rendere piena trasparenza sullo stato di diffusione del Covid-19 nelle scuole della Provincia di Modena. Come evidenziato dal Garante, tali richieste sarebbero state legittimamente negate dagli istituti coinvolti perché «l'ostensione del complesso delle informazioni richieste, anche se private dei dati direttamente identificativi dei soggetti interessati, "laddove combinati con informazioni verbali facilmente acquisibili soprattutto in realtà scolastiche contenute", possono consentire di risalire all'identità dei soggetti coinvolti» e, dunque, al loro stato di salute³³.

Il parere del Garante si conclude con una riflessione che torna sul già citato tema dell'affidabilità dei dati riguardanti la presenza del Covid negli istituti scolastici (da intendersi in senso ampio, anche rispetto alle misure di contenimento e monitoraggio messe in atto nelle scuole). In particolare, si evidenzia

³² Sul punto, si vedano le considerazioni – sviluppate in tempi non ancora particolarmente sospetti – di J. P.A. IOANNIDIS, *A fiasco in the making? As the coronavirus pandemic takes hold, we are making decisions without reliable data*, 17 marzo 2020, <https://www.statnews.com/2020/03/17/a-fiasco-in-the-making-as-the-coronavirus-pandemic-takes-hold-we-are-making-decisions-without-reliable-data/>.

³³ Così il Garante per la protezione dei dati personale, prov. n. 157 del 23 aprile 2021. A tal riguardo, è comunque necessario tenere a mente quanto messo in luce da C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, cit., 801, secondo i quali sarebbe da contestare con decisione l'esistenza di un *trade-off* tra salute e privacy, due diritti fondamentali tra cui non vi dovrebbe essere rapporto di esclusione: «la composizione fra i due valori» – osservano gli Autori – «è sempre possibile attraverso un'operazione di ragionevole bilanciamento anche se in taluni casi può risultare particolarmente gravosa. La tirannia dei valori è estranea alla nostra Costituzione, come più volte messo in luce dalla Corte costituzionale». In tal senso, si veda anche G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 5 maggio 2020, 8 ss.

come tali istituti non siano «i soggetti competenti all’elaborazione dei “dati ufficiali”, che è invece rimessa agli enti deputati alla sorveglianza sanitaria. Di conseguenza i dati richiesti, di diversa tipologia riferiti agli alunni [...], da essi eventualmente detenuti anche incidentalmente (ad esempio perché trasmessi dai genitori o da altri soggetti) possono essere non integri o incompleti; e la relativa comunicazione o diffusione potrebbe, a seconda dei singoli casi, porsi in contrasto con il principio generale di “esattezza dei dati”, sancito dall’art. 5, par. 1, lett. d), del RGPD»³⁴.

Tali considerazioni – pur condivisibili in riferimento al caso di specie, circoscritto a piccole realtà scolastiche locali – testimoniano la generale condizione di opacità che ha contraddistinto il patrimonio informativo sulla diffusione del virus nelle scuole e che si è protratta fino alla conclusione dell’anno scolastico 2020/2021, segnando altresì l’avvio di quello successivo. Difatti, nell’autunno del 2022, vi sono state ulteriori istanze rivolte al Ministero dell’Istruzione che si sono concluse con una sostanziale negazione dell’accesso ai dati, opposto, ancora una volta, sia per ragioni di privacy e per il rischio di identificazione dei soggetti coinvolti, sia per la perdurante mancanza di un obbligo in capo ai Dirigenti scolastici di condividere le informazioni sui contagi nei propri istituti, che – come visto – potrebbe tradursi nel consentire l’accesso a dati non accurati e inaffidabili³⁵.

Recentemente, il Governo ha tentato di assicurare una maggiore trasparenza sull’andamento della pandemia di Covid-19 nelle scuole, con la pubblicazione di un monitoraggio settimanale, avviato dal gennaio del 2022 ed effettuato, anche in questo caso, grazie al contributo e alla condivisione dei dati da parte dei Dirigenti scolastici dei singoli istituti; i report, in ogni caso, danno conto dell’estensione del campione di riferimento³⁶.

³⁴ Così, ancora, si legge nel prov. n. 157 del 23 aprile 2021 del Garante per la protezione dei dati personali.

³⁵ Si veda, in tal senso, la seconda richiesta di accesso effettuata dalla rivista *Wired Italia*, che si è conclusa con un rifiuto da parte del Ministero dell’Istruzione: <https://www.wired.it/article/covid-19-scuola-ministero-nega-dati/>.

³⁶ I report settimanali sono consultabili sul portale istituzionale del Ministero dell’Istruzione al seguente link: <https://www.istruzione.it/iotornoascuola/monitoraggi.html>. Può considerarsi, in tal senso, l’ultimo monitoraggio pubblicato – relativo al periodo 7-12 febbraio 2022 – riferito al 75,6% di tutte le istituzioni scolastiche statali. Uno dei dati più interessanti, soprattutto se paragonato con la situazione relativa all’anno scolastico precedente, è che il 99,7% delle classi censite risultano svolgere attività didattica in presenza, a cui si accompagna un numero particolarmente elevato di alunni che effettivamente partecipano alle lezioni in classe, corrispondente al 94,4% degli alunni che hanno partecipato alla rilevazione. Difatti, prendendo come riferimento gli istituti secondari di primo e secondo grado, sul totale degli alunni rilevati solo il 5,4% risultano positivi o in quarantena.

3.2 La stratificazione delle fonti e delle valutazioni tecnico-scientifiche: le ordinanze regionali per la gestione del virus nelle scuole

Nell'evolversi del contesto sopra descritto, le incertezze organizzative non sono mai venute meno e hanno portato alla luce un ulteriore problema collaterale. Ci si riferisce alla coesistenza tra discipline di contenimento poste da diversi livelli di governo e, alle volte, contrastanti tra loro, principalmente derivanti dall'autonomia regionale nell'adozione di soluzioni *ad hoc* per conciliare la tutela del diritto alla salute con quella del diritto allo studio sul proprio territorio³⁷. Il punto è di particolare interesse, poiché le misure governative che si sono succedute nel tempo, allentando gradualmente le limitazioni sul piano nazionale, hanno comunque fatto salve le prerogative regionali di introdurre disposizioni più rigide e restrittive, sulla base delle condizioni del sistema sanitario regionale e della circolazione del virus nel proprio contesto territoriale. Una simile possibilità è stata prevista sin dall'adozione del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 che, nel prevedere una serie di misure di contenimento, tra cui la proroga della sospensione delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, faceva salva la possibilità, per le regioni, di adottare misure ulteriormente restrittive in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento³⁸.

Non sempre, nel regolare l'evolversi della pandemia, il legislatore nazionale ha espressamente previsto la possibilità di introdurre misure derogatorie

³⁷ Come evidenziato da S. TROLIO, *Il diritto allo studio fra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, n. 9/2012, 1 ss., spec. 24 ss., a seguito della riforma del Titolo V, le Regioni possono esercitare la propria competenza concorrente in materia di istruzione – nel rispetto, come già anticipato, dell'autonomia delle istituzioni scolastiche – e la propria potestà residuale in materia di garanzia del diritto allo studio e formazione professionale. Tuttavia, non mancherebbero, nelle normative regionali adottate dopo il 2001, «profili collegati ad una visuale più aggiornata, rivolta ora a favorire non più solo l'accesso e la frequenza delle attività scolastiche e formative, ma anche la riqualificazione e l'arricchimento dell'offerta formativa complessiva». Inoltre, come nota M. BENVENUTI, «La scuola è aperta a tutti?» *Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *federalismi.it*, n. 4/2018, 98 ss., le «norme generali sull'istruzione» di cui all'art. 117, comma 2, lett. n), Cost., e i principi fondamentali in materia di istruzione, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., sono indicati «quali ambiti competenziali rispetto ai quali è consentito, ai sensi e per gli effetti dell'art. 116, comma 3, Cost., attribuire a singole Regioni "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia"»; strada che risulta già percorsa da diverse Regioni. Sul tema, si vedano anche R. CALVANO, *Una crisi gattopardesca non allontana le prospettive dell'autonomia differenziata: i rischi in materia di istruzione*, in *Diritti regionali*, n. 3/2019, 1 ss. e 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*, n. 4/2002, 771 ss.

³⁸ A tal riguardo, vi è chi, come S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., 531 ss., individua nel ruolo assunto dalle regioni nel periodo pandemico, specie da parte dei loro Presidenti, un effetto non desiderabile della «torsione monocentrica» della forma di governo; sebbene – osserva ancora l'Autore – debba considerarsi che l'eccesso di ruolo dei Presidenti sia «largamente ascrivibile alle debolezze del decisore centrale, che avrebbe avuto tutti gli strumenti istituzionali per contrastarlo, ma non li ha adoperati».

rispetto a quelle previste per l'intero territorio nazionale³⁹. Tuttavia, il quadro normativo di riferimento, a livello generale, contempla espressamente la possibilità per le regioni di adottare ordinanze contingibili e urgenti per far fronte a situazioni di emergenza sanitaria. Si tratta di quanto disposto dall'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, sull'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, in base al quale, in materia di igiene e sanità pubblica, possono essere «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».

Così, richiamandosi proprio a tale potere di ordinanza, tra la fine del 2020 e l'inizio del 2021 diverse regioni hanno deciso di introdurre misure derogatorie rispetto a quanto previsto dal legislatore nazionale⁴⁰; misure che, nei casi più discussi, hanno riguardato proprio il settore dell'istruzione.

In tal senso, può considerarsi anzitutto l'ord. n. 79 del 15 ottobre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Campania. Si tratta della prima di una serie di ordinanze con cui il governo locale campano ha disposto un graduale inasprimento delle misure di contenimento del virus, in cui si inserisce anche la generale sospensione delle attività didattiche ed educative in presenza. Il problema sorge in considerazione del fatto che l'ordinanza in questione si

³⁹ A tal riguardo, come osserva A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, 367 ss., spec. 373, «molti, studiosi e specialmente operatori (a partire dai Presidenti delle Regioni Lombardia e Veneto) hanno prontamente deplorato una indebita incisione del riparto costituzionale delle competenze tra centro e periferia conseguente all'intraprendenza del Governo. Il punto è, però, che davanti al dilagare del contagio si è resa necessaria l'avocazione al centro delle opportune determinazioni al riguardo. È pur vero che l'accentramento delle decisioni non esclude, in via di principio, l'adozione concordata delle stesse. Ad ogni buon conto, il modello vincente, soprattutto nelle situazioni di emergenza, non è (e non può essere) quello, ingenuo ed infecondo, della separazione delle competenze bensì l'altro della cooperazione di tutte le istituzioni operanti nel territorio coordinate in modo efficace dal centro». Sul punto, tuttavia, vi è chi, come C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Diritti comparati*, n. 2/2020, 45 ss., spec. 51 ss., mette in luce proprio la mancanza di politiche coordinate tra i diversi territori e gli organi centrali: «una frammentazione di interventi regolatori che in casi di emergenza non determina solo sperequazioni fra cittadini in ragione della loro residenza, ma riduce notevolmente la portata dell'azione di governo». In tal senso, v. anche F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 33 ss., spec. 40 ss.

⁴⁰ Come messo in luce da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 130 ss., quello delle ordinanze regionali rappresenta «il terreno sul quale la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale». A tal riguardo, l'Autore – sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia – osserva come l'avvento della pandemia non abbia implicato la necessità di proteggere solamente la salute, «ma anche di evitare il collasso del sistema economico e l'impoverimento di vastissimi strati sociali, ormai a rischio indigenza. Ogni aumento del tasso di protezione della salute che comporti una compressione delle attività produttive fatalmente si risolve in un pregiudizio per altri primari interessi collettivi, il cui apprezzamento complessivo non può non essere affidato allo Stato».

collocava in un contesto normativo nazionale in cui non era stato ancora previsto il ritorno alla frequenza a distanza. E le divergenze non sono venute meno anche quando, a causa del graduale innalzamento dei contagi, il legislatore nazionale ha disposto una graduale sospensione delle attività in presenza, con l'adozione del d.p.c.m. 3 novembre 2020. Quest'ultimo, infatti, ha espressamente escluso le scuole dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e i servizi educativi per l'infanzia, per i quali continuava a prevedersi lo svolgimento delle attività in presenza. Invece, contrariamente a quanto previsto a livello nazionale, la Regione Campania ha comunque continuato a prevedere la sospensione delle attività in presenza per *tutte* le scuole, primarie e secondarie, anche per le scuole dell'infanzia, come previsto dalla successiva ord. n. 89 del 5 novembre 2020.

Una simile scelta, sebbene a prima vista coinvolga un ambito limitato del settore dell'istruzione, ha avuto un peso estremamente rilevante, per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché per i bambini e gli alunni più piccoli lo svolgimento delle attività educative e didattiche in presenza può rappresentare l'unica alternativa valida ad assicurare un effettivo percorso di crescita e di formazione, essendo senz'altro più difficile, in questo caso, bilanciare il sacrificio imposto al diritto all'istruzione con la tutela dell'interesse collettivo alla salute⁴¹. In secondo luogo, perché la permanenza di tali alunni nelle proprie abitazioni per la fruizione delle attività a distanza ha comportato anche forti limitazioni allo svolgimento delle attività lavorative da parte dei genitori, rendendo più complesso il contemperamento tra i diritti e gli interessi in gioco.

Tra l'altro, la Regione Campania non è stata l'unica ad aver adottato simili misure, divergenti da quelle previste a livello nazionale. Possono menzionarsi, in tal senso, le seguenti ordinanze, adottate sempre ai sensi dell'art. 32, comma 3, della l. n. 833 del 1978: l'ord. n. 44 del 15 novembre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Basilicata con cui, a causa dell'andamento dei contagi nella Regione, si è previsto per tutte le istituzioni scolastiche che «il cento per cento delle attività sia svolta mediante il ricorso alla didattica digitale integrata»; l'ord. n. 87 del 14 novembre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Calabria, con cui si è disposto, «sull'intero territorio regionale, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado, con ricorso alla didattica a distanza»; o, ancora, l'ord. n. 407 del 28 ottobre 2020 del

⁴¹ Sul punto, cfr. G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 410 ss., spec. 414, secondo cui, «anche prima dell'obbligo scolastico, nel percorso dell'infanzia, la scuola mostra una dimensione ulteriore, quale luogo privilegiato per coltivare, riconoscere e valorizzare la propria intelligenza emotiva, cioè la capacità di motivare se stessi, di persistere nel perseguire un obiettivo nonostante le frustrazioni, di controllare gli impulsi e rimandare la gratificazione, di modulare i propri stati d'animo».

Presidente della Giunta regionale della Puglia (anch'essa, come si evince, antecedente rispetto all'adozione del d.p.c.m. 3 novembre 2020), che ha previsto che «le Istituzioni Scolastiche di ogni ordine e grado [...] adottano la didattica digitale integrata».

Simili ordinanze hanno continuato a susseguirsi anche nelle successive settimane, spostando via via l'orizzonte temporale del pieno ritorno alle attività didattiche in presenza, fino a giungere alle prime settimane del 2021, coincidenti con il possibile rientro a scuola dopo l'interruzione natalizia. Ciò ha determinato il continuo riscontrarsi di vistose divergenze tra la disciplina nazionale e regionale (oltre che tra regioni) sullo svolgimento dell'attività didattica. Soprattutto ove si consideri che, con il già anticipato d.p.c.m. 3 dicembre 2020, il Governo aveva previsto, a partire dal 7 gennaio 2021, il ritorno alle attività didattiche in presenza per il 75% della popolazione studentesca e a distanza per la restante parte. È in tale contesto che, ad esempio, si inserisce l'ord. n. 676 dell'8 gennaio 2021 del Presidente della Giunta regionale della Lombardia che, disattendendo quanto previsto a livello nazionale, ha disposto il ricorso alla didattica a distanza per il 100% della popolazione studentesca delle istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado.

Sono principalmente tre gli elementi che accomunano queste tipologie di ordinanze. Il primo, di natura sostanziale, consiste nel fatto che mediamente esse propendono per un maggiore sacrificio del diritto allo studio, a beneficio di una – auspicata – maggiore protezione del diritto alla salute; come visto, infatti, a fronte dei risultati delle attività di monitoraggio e dell'evidente aumento dei contagi sul territorio, i governi locali hanno risposto discostandosi dalla disciplina nazionale sul ritorno alle attività didattiche in presenza, prediligendo quelle a distanza. In secondo luogo, tali ordinanze condividono quale fondamento una valutazione, giustificabile ma sommaria, sulla situazione epidemiologica generale e sul riscontro di un aumento dei contagi; manca – tranne per il caso della Regione Campania, che si analizzerà a breve – un richiamo puntuale a valutazioni di natura tecnico-scientifica che giustificino il sacrificio del diritto all'istruzione e diano conto dell'impossibilità di un più ragionevole temperamento tra tale diritto e quello alla salute. Infine, gli interventi normativi sopra analizzati hanno dato il via ad un ricco filone giurisprudenziale, che ha visto diversi Tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato pronunciarsi sulla legittimità degli interventi normativi locali, tentando di fare maggiore chiarezza, non solo sulla legittimità della stratificazione normativa che ha disciplinato l'esercizio del diritto all'istruzione nel territorio locale, ma anche sull'incidenza delle molteplici valutazioni a contenuto tecnico-scientifico sull'attività normativa esercitata dai diversi livelli di governo.

Gli ultimi due profili risultano particolarmente intrecciati nell'ambito della vicenda normativa e giurisprudenziale relativa alla Regione Campania che, pur

avendo delle sue peculiarità, può essere presa in considerazione a titolo esemplificativo.

Come anticipato, il Presidente della Giunta regionale della Campania ha adottato una serie di ordinanze con cui sono state introdotte misure gradualmente più restrittive sullo svolgimento delle attività didattiche in presenza. Tuttavia, quella che potrebbe apparire *prima facie* come una conflittualità “politica” tra le decisioni locali e quelle centrali, cela, in realtà, una conflittualità (anche) tecnico-scientifica. A differenza di quanto avvenuto in altre regioni, infatti, la Campania si è avvalsa di una propria Unità di crisi regionale, istituita con decreto del Presidente della Giunta regionale 6 marzo 2020, n. 45, con il compito di svolgere attività operative di protezione civile inerenti alla definizione della catena di comando e controllo, del flusso delle comunicazioni e delle procedure da attivare in relazione allo stato di emergenza determinato dal diffondersi del Coronavirus. In altri termini, tale Unità è stata chiamata ad effettuare valutazioni tecniche sulle misure da adottare per contrastare la pandemia, in linea con i compiti previsti, a livello nazionale, in capo al CTS.

Ebbene, nelle ordinanze sopra citate della Regione Campania, vi è un costante riferimento all'attività e alle valutazioni dall'Unità di crisi, come si evince, ad esempio, dall'ord. 79 del 2020, ove si afferma testualmente che «all'esito dell'istruttoria svolta dall'Unità di Crisi, nonché alla luce delle previsioni relative al numero dei nuovi contagi previsti sul territorio nel breve-medio periodo, quale rilevato anche in seno alla Cabina di regia nazionale di monitoraggio Covid in data odierna, emerge la necessità di adottare le misure proposte dall'Unità di crisi, *più restrittive* rispetto a quelle contenute nel DPCM 13 ottobre 2020» (corsivi aggiunti).

Le misure – salvi minimali correttivi – sono state poi ribadite in numerose altre ordinanze, tra cui la già citata ord. n. 89 del 2020 che, a differenza di quanto previsto a livello nazionale, ha sospeso le attività didattiche in presenza anche per le scuole dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia. Anche in questo caso, l'ordinanza premette un'ampia valutazione svolta dall'Unità di crisi, di cui vengono riportate – testualmente – le conclusioni.

In particolare, all'esito di una specifica istruttoria svolta con riferimento alle misure già adottate nell'ambito del settore dell'istruzione, l'Unità di crisi ha formulato le seguenti conclusioni: «dall'apertura delle scuole (private e pubbliche) si è avuto un progressivo incremento dei casi positivi nelle varie fasce di età interessate, con una correlazione positiva con il numero di casi in età adulta, a dimostrazione dell'effetto moltiplicatore dei contagi connesso a positività nelle fasce in età scolare. [...] Per tale ragione è derivata nelle ultime settimane la necessità di applicare ordinanze che rendessero meno facile la diffusione del virus attraverso momenti di aggregazioni sociale nei quali potesse

esservi appunto commistione, cercando pertanto di ridurre la frequentazione delle scuole, in modo da limitare anche l'impatto sulla mobilità e prevenire ulteriore momento di contagio in ambiente intra ed extra scolastico».

Alla luce delle motivazioni sopra esposte, l'Unità di Crisi ha ritenuto di dover prevedere, «in aggiunta alle disposizioni di cui all'articolo 1 del nuovo d.p.c.m. 3/11/2020», una proroga delle misure già assunte in tema di attività scolastiche, «anche relativamente alle scuole dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado». Anche in questo caso, dunque, è evidente la consapevolezza di porsi al di là delle misure previste a livello nazionale.

3.2.1 Segue. Il fondamento scientifico delle ordinanze regionali sul contenimento del Coronavirus nella giurisprudenza amministrativa

Come già anticipato, le ordinanze regionali che hanno previsto misure limitative e di contenimento della pandemia diverse da quelle nazionali sono state oggetto di numerosi ricorsi davanti al giudice amministrativo, che è stato chiamato ad accertare la loro legittimità e a pronunciarne, eventualmente, l'annullamento⁴². Per ragioni espositive, si continuerà ad analizzare il caso della Regione Campania (considerato che è forse tra i più emblematici dell'intero filone), nella consapevolezza che sono state numerosissime le altre pronunce sulla legittimità degli atti in questione⁴³.

Già a pochi giorni dalla loro adozione, le prime ordinanze del Presidente della Giunta regionale della Campania sulla sospensione delle attività didattiche in presenza sono state impugnate davanti al T.A.R. Campania - Napoli per ottenerne l'annullamento e, nelle more del giudizio, la sospensione

⁴² Per un'analisi sui "conflitti" tra le misure nazionali e regionali inerenti al settore dell'istruzione dinnanzi al giudice amministrativo, cfr. F. DI LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 108 ss. Sul punto, l'Autrice evidenzia come le divergenze tra normativa nazionale e regionale in ambito di istruzioni non riguardino solamente lo svolgimento delle attività didattiche in presenza. Vengono in rilievo, in tal senso, alcune misure di monitoraggio e contenimento del virus, come la misurazione della temperatura, l'obbligo di indossare dispositivi di protezione e/o le valutazioni da adottare durante la didattica a distanza.

⁴³ Nel medesimo orizzonte temporale che ha interessato la Regione Campania e per quanto riguarda, più specificatamente, le decisioni sulle misure regionali relative al settore dell'istruzione, possono considerarsi, senza pretesa di esaustività: T.A.R. Calabria, sez. I, decr. 23 novembre 2020, n. 609; T.A.R. Basilicata, sez. I, decr. 24 novembre 2020, n. 272; T.A.R. Piemonte - Torino, sez. I, decr. T.A.R. Puglia - Lecce, sez. II, decr. 6 novembre 2020, n. 695; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, decr. 13 gennaio 2021, n. 32. Parte della dottrina ha messo in luce come, tuttavia, anche tali decisioni dei giudici amministrativi si siano contraddistinte per orientamenti tra loro divergenti; in tal senso, si vedano, fra tutti, L. DELL'ATTI, *Bilanciare istruzione e salute. Considerazioni brevi su strumenti unitari e leale collaborazione a partire da talune ordinanze regionali in materia di sospensione della didattica "in presenza"*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2021, 87 ss., spec. 96 ss.; G. DI COSIMO, *Stato, Regioni e didattica: troppa distanza?*, in *Le Regioni*, n. 6/2020, 1267 ss.; F. DI LASCIO, *op. ult. cit.*, 108 ss.; M. PIERRI, *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, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, 121 ss.

dell'efficacia ai sensi dell'art. 56 c.p.a. Quest'ultimo, com'è noto, prevede la possibilità per il ricorrente, in casi di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, di chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie.

Il destino delle misure introdotte dalla Regione Campania, dunque, in molti casi è dipeso da alcuni decreti presidenziali del T.A.R. territorialmente competente, che hanno inseguito l'incessante adozione di ordinanze con cui, di volta in volta, le limitazioni alla didattica in presenza venivano inasprite e prorogate. Inizialmente, in più occasioni, il T.A.R. ha respinto le istanze cautelari, soffermandosi su due principali profili: quello del fondamento scientifico delle misure introdotte con l'ordinanza impugnata e quello, strettamente correlato, della ragionevolezza del sacrificio per il diritto allo studio previsto per tutelare in maniera più efficace il diritto alla salute.

Per quanto riguarda il primo profilo, nell'ambito di uno dei primi decreti adottati, relativo alla citata ord. n. 79 del 2020, si evidenzia come la Regione Campania abbia «esaurientemente documentato l'istruttoria sulla base della quale ha inteso emanare la gravosa misura sospensiva; dando conto, in particolare, quanto alla idoneità della misura adottata, della correlazione tra aumento dei casi di positività al Covid-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente "indotti" dalla didattica in presenza), nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo e, quanto alla proporzionalità della stessa, della progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario».

Anche rispetto al bilanciamento degli interessi posto in essere dalla Regione e alla verifica rigorosa dei presupposti di "estrema gravità e urgenza" da porre a fondamento dell'eventuale concessione della invocata tutela cautelare, il T.A.R. chiarisce di dover dare prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato. Ciò in ragione del fatto che «tale interesse pubblico espressamente affonda nell'esigenza di tutelare il diritto primario alla salute, messo in pericolo dalla pure evidenziata scarsità delle risorse; [...] la lamentata compromissione degli altri diritti involti non sembra affatto assoluta, in ragione della assicurata continuità delle attività scolastiche mediante la pur sempre consentita didattica digitale a distanza, nonché della non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori»⁴⁴.

⁴⁴ I passaggi sopra citati sono tratti da T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, decr. 19 ottobre 2020, n. 1921.

Se è vero che, in tale fase, le decisioni del T.A.R. relative alle successive ordinanze regionali si sono concluse sempre nel senso del rigetto delle istanze cautelari, una prima (e parziale) inversione di tendenza si è riscontrata a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato sull'ord. 89 del 2020 della Regione Campania. Quest'ultima, come visto nel precedente paragrafo, era stata adottata per includere nel regime di sospensione delle attività didattiche in presenza anche le scuole dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado, rispetto alle quali il legislatore nazionale continuava a prevedere, invece, lo svolgimento ordinario delle attività didattiche ed educative.

Ci si riferisce, in particolare, al decreto 10 novembre 2020, n. 6453 del Consiglio di Stato, con cui quest'ultimo si è pronunciato in appello sul ricorso promosso per la riforma della decisione del T.A.R. Campania⁴⁵ che aveva escluso la sospensione, in via cautelare, dell'ordinanza sopra citata⁴⁶. Anche in questo caso, la decisione del Consiglio di Stato analizza due profili differenti: la completezza dei dati medico-scientifici posti a base dell'ordinanza impugnata e la ragionevolezza della ponderazione comparata degli interessi in contrasto. Su quest'ultimo punto il Consiglio di Stato evidenzia come non siano stati forniti dagli appellanti elementi decisivi in favore della irragionevolezza della misura contestata, volta «alla più rigorosa prevenzione della salute pubblica nell'ambito territoriale di competenza» e si conferma, «in presenza di istruttoria conforme ai principi di attualità e completezza, il potere di ciascun presidente regionale di adottare provvedimenti più restrittivi rispetto a quanto il D.P.C.M. prevede per la “zona di rischio” in cui la Regione è inserita»⁴⁷.

⁴⁵ Com'è noto, la possibilità per il Consiglio di Stato di pronunciarsi in appello sui decreti monocratici adottati ai sensi dell'art. 56 c.p.a., nell'attesa che si tenga l'udienza camerale dinnanzi al T.A.R., rappresenta un tema particolarmente controverso e la stessa giurisprudenza amministrativa tende ad escluderlo, se non a limitate condizioni. A tal riguardo, la stessa pronuncia in esame chiarisce che a fronte degli interessi in gioco nel caso di specie, «tutti riferiti a valori costituzionalmente tutelati, vi è l'interesse/dovere di prevenzione e tutela della incolumità e salute pubblica, specialmente nell'attuale fase pandemica, che anch'esso trova diretto fondamento nella Costituzione, e sul quale la Regione ha fondato la propria ordinanza impugnata». Pertanto, in tali circostanze, «ricorre uno dei limitatissimi casi per i quali il Consiglio di Stato, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del c.p.a., ammette l'istanza in appello, visto il pericolo affermato di irreversibile lesione di interessi che trovano diretto fondamento nella Carta» (così Cons. Stato, sez. III, decr. 10 novembre 2020, n. 6453). Più in generale, sull'appellabilità dei decreti monocratici adottati ai sensi dell'art. 56 c.p.a., cfr. A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, 59 ss.

⁴⁶ Difatti, l'ord. n. 89 del 2020 della Regione Campania inizialmente è stata oggetto di una pronuncia con cui il T.A.R. territorialmente competente ha rigettato l'istanza cautelare che mirava ad ottenere immediatamente la sospensione. Le argomentazioni sono analoghe rispetto a quelle riportate nel decr. 19 ottobre 2020, n. 1921, specialmente ove si ribadisce che tali misure trovano fondamento in un'istruttoria aggiornata alla luce dell'andamento del contagio su scala regionale e che esse sono non irragionevolmente motivate «sul rilievo della persistente emergenza sanitaria, sul verificato “effetto moltiplicatore dei contagi connessi a positività nelle fasce in età scolare” e sul prevedibile “impatto sul SSR”» (T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, decr. 9 novembre 2020, n. 2025).

⁴⁷ Cons. Stato, sez. III, decr. 10 novembre 2020, n. 6453.

Per quanto riguarda, invece, il fondamento scientifico delle decisioni regionali, gli appellanti lamentano la presenza di alcuni profili di contraddittorietà e la natura non aggiornata dei dati utilizzati, oltre alla mancanza di documentazione scientifica circa l'impatto della chiusura della scuola sulla diffusione del contagio. Ebbene, a tal riguardo il Consiglio di Stato afferma che «le relazioni dell'Unità di crisi regionale, ancorché idonee in questa fase di deliberazione sommaria ad evidenziare che una attività istruttoria è stata compiuta, non esauriscono il dovere dell'Amministrazione di rendere conoscibili – per le parti ed ai fini del sindacato giurisdizionale (consentito, come la stessa Regione conferma) sulla eventuale illogicità, ragionevolezza e contraddittorietà dell'atto impugnato e delle valutazioni ad esso presupposte – i dati scientifici nella loro interezza, con gli aggiornamenti giornalieri e con le indicazioni scientifiche prognostiche del minor impatto-contagio dovuto alla sospensione “in presenza” dell'attività didattica»⁴⁸. Per tali ragioni, pur respingendo l'istanza cautelare ed escludendo, dunque, la sospensione dell'ordinanza impugnata, il Consiglio di Stato conclude disponendo l'acquisizione agli atti del giudizio della documentazione integrale contenente i dati medico-scientifici utilizzati dalla Regione.

Se questa è stata la posizione del giudice amministrativo fino agli ultimi mesi del 2020, le valutazioni sono profondamente cambiate con l'inizio del 2021 e la ripresa delle attività didattiche dopo l'interruzione natalizia. In tale fase, il Presidente della Giunta regionale della Campania è nuovamente intervenuto con due diverse ordinanze, la n. 1 del 7 gennaio e la n. 2 del 16 gennaio 2021. Se, come visto sopra, il legislatore nazionale aveva cominciato a prevedere un graduale ritorno allo svolgimento delle attività didattiche in presenza, specie per gli alunni nelle fasce d'età minori, il governo campano ha ribadito, nella sostanza, l'operatività delle misure autunnali, disponendo lo svolgimento delle attività didattiche a distanza anche per i servizi educativi e la scuola dell'infanzia – oltre che per le classi successive – fino al 24 gennaio 2021.

Tali ordinanze sono state oggetto di un nuovo decreto presidenziale del T.A.R. Campania (decr. 20 gennaio 2021, n. 142), ove, sin dalle prime battute della parte motiva, si comprende l'intenzione del giudice di tornare sui propri passi e rivedere la giurisprudenza consolidata nei mesi precedenti, laddove viene chiarito che la perdurante e perpetuata sospensione dell'attività didattica in presenza, protrattasi per diversi mesi con una serie di misure concatenate, impone una rivalutazione dell'intero quadro⁴⁹.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Tale soluzione è in linea con quanto messo in luce da G. MATUCCI, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, cit., 624, secondo cui «l'emergenza che, per sua stessa definizione, nasce come fenomeno *transeunte*, di durata limitata nel tempo, ha imposto sin da subito risposte immediate, capaci di contenere il diffondersi della pandemia, anche a costo di inibire in tutto o in parte l'esercizio di alcuni diritti fondamentali: nondimeno, il prolungarsi della situazione, occasionato

Al vaglio del T.A.R. vi è la solidità scientifica dei provvedimenti adottati dalla Regione. Sul punto, il giudice amministrativo osserva come gli interventi normativi del Governo, contraddetti dalle ordinanze regionali, individuassero «uno strumentario di misure, qualificate idonee a fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, alla luce di continue attività di monitoraggio di rischio sanitario [...] e di valutazioni tecniche operate dal Comitato tecnico-scientifico. [...] La valutazione di idoneità e proporzionalità delle indicate misure è stata dunque operata già a livello statale, con un grado di attualità che non risulta messo in dubbio»⁵⁰.

In tale contesto, fermo il potere di ordinanza di cui all'art. 32, comma 3, delle l. n. 833 del 1978, la possibilità di discostarsi dalle misure nazionali potrebbe ammettersi solo all'avverarsi di precise condizioni, tra cui primeggia l'acquisizione di dati attuali, pertinenti e rilevanti sulla quantificazione del contagio e dell'idoneità delle misure individuate. «Particolarmente rigoroso» – prosegue il T.A.R. – «si prospetta lo scrutinio di proporzionalità-congruità della scelta compiuta dall'Autorità amministrativa, in astratto e tanto più in concreto, a fronte del sopra rappresentato quadro di protezione già apprestato dal Governo, al quale si potrebbe derogare solo ove risultino verificati eventi effettivamente contingibili, di durata limitata, non previsti e non regolati da altri atti, che impongano la necessità della nuova misura pur a fronte di altre misure già apprestate o apprestabili, concretamente idonea a fronteggiare il pericolo; inoltre, proporzionata, e dunque imposta anche a sacrificio di altri diritti e interessi, ma nella misura, temporale e contenutistica, strettamente necessaria a fronteggiare il pericolo e meno impattante per le situazioni contrapposte»⁵¹.

Sulla base di tali premesse, il decreto si sofferma, poi, sulle valutazioni dell'Unità di crisi regionale e sulla legittimità delle misure stabilite alla luce

fra l'altro dalle difficoltà connesse agli sviluppi della ricerca, l'ha, di fatto, trasformata in una condizione durevole, palesando l'insufficienza e l'inefficienza di queste stesse risposte».

⁵⁰ T.A.R. della Campania - Napoli, sez. V, decr. 20 gennaio 2021, n. 142.

⁵¹ *Ibidem*. Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 134 s., che, ripercorrendo i primi interventi normativi con cui il legislatore ha fronteggiato l'avvento della pandemia, evidenzia come la possibilità per le regioni di prevedere *standard* di protezione più elevati fosse consentita solo “nelle more” degli interventi normativi del Governo centrale. Secondo l'Autore, «il senso di questa previsione era chiaro: le ordinanze regionali potevano essere emanate solo “prima” delle ordinanze statali di protezione civile ed erano destinate a perdere efficacia al loro sopravvenire. Sostenere che la formula “nelle more” sarebbe inadeguata, in quanto consentirebbe a un Presidente di Regione di emanare ordinanze anche “subito dopo” l'intervento statale, perché si sarebbe “nelle more” di possibili ulteriori ordinanze statali, così come affermare che “il periodo di mora terminerà soltanto nel momento in cui l'emergenza si sarà conclusa, ossia quando sarà stato adottato l'ultimo DPCM”, è un abile esercizio retorico, ma non corrisponde all'evidente *ratio* della norma e nemmeno alla sua lettera (visto che questa si riferisce alla prima ordinanza statale che intervenga a tutela della salute, bilanciandola con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti)».

delle valutazioni espresse da quest'ultima. Quello che non tornerebbe, ad avviso del T.A.R., è la divergenza di soluzioni adottate a livello centrale e a livello locale nonostante la sostanziale contemporaneità tra gli atti normativi del Governo e le ordinanze della Regione, a cui corrisponde, di conseguenza, il medesimo contesto epidemiologico di riferimento. Difatti, è già l'Amministrazione centrale che valuta l'inserimento di un determinato territorio nell'ambito di quelli per cui prevedere misure più rigorose, in base alla sopra citata individuazione di zone identificate con colori diversi a seconda del rischio. Eppure, le valutazioni dell'Unità di crisi regionale hanno portato a conclusioni diverse da quelle espresse degli organi tecnici centrali, suggerendo la previsione di limitazioni più severe da quelle individuate dai decreti governativi delle prime settimane di gennaio 2021; limitazioni che, nel caso di specie, hanno portato ad un maggiore compressione del diritto allo studio per gli studenti campani.

Come già anticipato, simili circostanze denotano la possibile insorgenza di una conflittualità tra valutazioni tecnico-scientifiche, in grado di riflettersi sulla sovrapposizione di diversi fonti normative, al cui interno inevitabilmente si dissolve la percezione circa la ragionevolezza delle limitazioni subite. Il che può tradursi – e nei fatti si è tradotto – non solo in vistose difficoltà organizzative per gli istituti e le famiglie, ma anche in una delegittimazione del sacrificio imposto agli studenti, derivante dal senso generale di minore affidabilità nei confronti della scienza e nella sua idoneità ad individuare le misure più opportune per fronteggiare la pandemia.

Anche il T.A.R. Campania sembra essere consapevole di tali criticità, evidenziando i limiti delle valutazioni operate a livello regionale. In particolare, l'istruttoria svolta dall'Unità di crisi regionale non avrebbe dato conto di un'effettiva attività di rilevazione sul territorio che giustificasse la misura restrittiva incidente sul diritto all'istruzione, specie in considerazione del fatto che, dai dati acquisiti, era emerso come i contagi continuassero a crescere anche con la chiusura delle scuole (come avvenuto durante le vacanze natalizie), rendendo dubbie l'idoneità e la proporzionalità delle misure introdotte. Per tali ragioni, differentemente da quanto avvenuto nelle ipotesi precedenti, la decisione si conclude con l'accoglimento dell'istanza cautelare e la conseguente sospensione delle ordinanze regionali impugnate⁵².

Eppure, il “braccio di ferro” tra il legislatore regionale e quello nazionale è proseguito a lungo e, una volta concluso l'anno scolastico 2020/2021, la

⁵² Il che si è tradotto – data la natura autoesecutiva del decreto – nel consentire il rientro a scuola in presenza per gli alunni delle classi più grandi degli istituti già aperti e nel prevedere una graduale riapertura di quelli ancora chiusi; sul punto il T.A.R. evidenzia come l'accoglimento debba intendersi «nel senso che non possa essere reiterata analoga ordinanza soprassessoria disponente ulteriore sospensione delle attività didattiche in presenza oltre il 24 gennaio 2021» (T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, decr. 20 gennaio 2021, n. 142).

medesima stratificazione di fonti di contenuto opposto si è ripresentata a seguito del rientro a scuola dopo le interruzioni natalizie, nel gennaio del 2022. Questa volta, però, ciò è avvenuto in un contesto normativo ed emergenziale profondamente diverso e la vicenda che ha visto coinvolta, ancora una volta, la Regione Campania può essere utile per effettuare alcune riflessioni conclusive sull'attuale assetto del bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute.

4. Un (opportuno) “sbilanciamento”: alcune considerazioni conclusive sulla priorità della scuola in presenza

L'anno scolastico attualmente in corso (2021/2022) si è aperto con la piena consapevolezza circa la pesante compressione del diritto all'istruzione subita dagli studenti e dalle studentesse nei primi due anni di gestione della pandemia. Il ricorso predominante alla didattica a distanza poteva certamente giustificarsi nella fase iniziale dell'emergenza, caratterizzata da una sostanziale mancanza di consapevolezza circa i meccanismi di diffusione del virus e il possibile andamento della pandemia. Non c'è dubbio, infatti, che tale forma di didattica possa senz'altro rivelarsi uno strumento prezioso per un contesto emergenziale e provvisorio, poiché consente comunque di garantire l'esercizio del diritto all'istruzione, se pur nel suo contenuto essenziale.

Tuttavia, l'elemento di criticità rispetto a ciò che è avvenuto negli anni scolastici precedenti, consiste nel fatto che il ricorso alla didattica a distanza si è protratto troppo a lungo, a causa di una catena di interventi normativi – come visto sopra, non solo ad opera del governo centrale – che l'hanno privata dei caratteri della eccezionalità e della provvisorietà⁵³, rendendola forma ordinaria e, in fin dei conti, permanente di svolgimento delle attività didattiche. La DAD, in questo modo, ha subito una profonda metamorfosi, passando da strumento di garanzia a strumento di compressione del diritto all'istruzione⁵⁴.

⁵³ Sul punto, si veda, fra tutti, GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 223 ss., che individua proprio nella provvisorietà uno dei profili di maggiore rilievo degli atti di natura urgente. Nel ripercorrere la giurisprudenza costituzionale in materia, l'Autore rileva il ruolo ambivalente della provvisorietà, quale “anello di congiunzione” tra altri due principali profili dell'urgenza: quello temporale e quello della necessità di fronteggiare un bisogno. Difatti, «la provvisorietà si lega, senz'altro, con la “non rinviabilità” [...], nella misura in cui una “misura urgente” è lecita fintantoché essa è utile per conseguire il risultato cui è preposta in modo tempestivo. Quando, però, il risultato è stato conseguito, essa viene privata della sua ragion d'essere e deve dunque lasciar spazio al diritto “ordinario”. Da qui la provvisorietà dell'atto urgente. Ma, allo stesso tempo, la provvisorietà è resa (costituzionalmente) indispensabile dal fatto che la misura urgente comporti degli effetti “derogatori” rispetto al diritto “ordinario”. Effetti derogatori che possono essere tollerati dall'ordinamento giuridico fintantoché necessari per conseguire le finalità – e, dunque, i “bisogni” – ai quali la “misura urgente” è preposta».

⁵⁴ Cfr. R. CALVANO, *L'istruzione, il Covid-19 e le diseguaglianze*, cit., 80, che – pur non disconoscendo le potenzialità dell'*e-learning* anche in tempi diversi da quelli pandemici – evidenzia come sia

Forse proprio per tale ragione, l'avvio delle attività didattiche dopo l'interruzione estiva del 2021 è stato segnato da un intervento normativo con il quale il Governo ha inteso affermare nettamente un principio di rottura con la precedente amministrazione dell'emergenza sanitaria nel settore dell'istruzione. Con l'art. 1, comma 1, del d.l. 6 agosto 2021, n. 111, infatti, ha previsto che, «nell'anno scolastico 2021-2022, al fine di assicurare il valore della scuola come comunità e di tutelare la sfera sociale e psico-affettiva della popolazione scolastica, sull'intero territorio nazionale, i servizi educativi per l'infanzia [...] e l'attività scolastica e didattica della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado sono svolti in presenza».

La stessa linea è stata mantenuta anche al rientro dall'interruzione natalizia, quando il Governo ha adottato il d.l. 7 gennaio 2022, n. 1, in un contesto epidemiologico particolarmente gravoso, derivante dalla capillare diffusione della c.d. variante "Omicron" del virus SARS-CoV-2, a cui ha corrisposto un notevolissimo innalzamento dei contagi rispetto a quanto sperimentato in passato. Ebbene, tale decreto non ha disposto nulla rispetto ad una possibile sospensione delle attività in presenza, nel tentativo di continuare a perseguire i principi sopra enunciati. Vengono disciplinate solamente alcune misure contingenti e di breve durata nel caso in cui, all'interno di singole classi, emerga la presenza di uno o più alunni positivi; misure che, in ogni caso, si caratterizzano per un evidente tentativo di scongiurare il più possibile il ricorso alla DAD.

Non a caso, è proprio in tale contesto che si inseriscono le parole del Presidente del Consiglio Mario Draghi – citate in apertura del presente lavoro – con cui, nel presentare alla stampa l'introduzione delle nuove misure, è stata ribadita chiaramente la *priorità* per il Governo di mantenere la scuola aperta e di far svolgere le attività didattiche ed educative in presenza. È evidente, dunque, l'intento del Governo di orientare l'azione normativa ed amministrativa verso il perseguimento di un fine ben preciso, nell'esercizio della propria discrezionalità politica.

Solo quest'ultima ha potuto consentire di effettuare un bilanciamento tra diritto alla salute e diritto all'istruzione che, forse per la prima volta dall'avvento dell'emergenza sanitaria, tendesse più verso il secondo. Quel marginale sacrificio del diritto alla salute – comunque ben ponderato alla luce delle maggiori conoscenze sul Covid-19 e temperato dal consolidamento della campagna vaccinale – derivante da una maggiore circolazione del virus a causa dello

stato ampiamente riconosciuto quanto «i processi di apprendimento siano fortemente legati all'interazione che si instaura tra due individui, il docente e il discente», ragione per cui «l'insegnamento in presenza sarà sempre da ritenere preferibile, oltre che fondamentale per lo sviluppo della personalità del bambino, a causa del rapporto con l'insegnante e con gli altri alunni, non sostituibile per la sua evoluzione psichica e cognitiva». In tal senso, v. anche G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, cit., 419 s.

svolgimento delle attività didattiche in presenza, rappresenta il frutto della libera determinazione del legislatore sulle modalità attraverso le quali perseguire due interessi generali, entrambi meritevoli di tutela. Non vi è dubbio che, nei mesi precedenti, l'esercizio di tale discrezionalità sia stato fortemente compromesso dall'adesione – spesso cieca – alle opinioni degli esperti operanti a supporto delle attività del Governo.

A conferma di tale conclusione può considerarsi il contributo sempre più sfumato del CTS nel contrasto alla pandemia. Non solo per la drastica diminuzione delle riunioni e dei pareri rilasciati, ma anche per l'influenza sui singoli atti normativi del Governo; nei decreti-legge da ultimo citati, ad esempio, manca qualsiasi riferimento alle valutazioni del CTS.

Alcune spinte in senso opposto si sono riscontrate, ancora una volta, a livello regionale. Diversi Presidenti, infatti, colpiti maggiormente dal forte aumento dei contagi sul proprio territorio, hanno provato a sospendere nuovamente lo svolgimento delle attività didattiche in presenza. Può considerarsi, in continuità con la vicenda analizzata nei paragrafi precedenti, il caso dell'ord. n. 1 del 7 gennaio 2022 del Presidente della Giunta regionale della Campania, che ha disposto la sospensione delle attività in presenza dei servizi educativi per l'infanzia e dell'attività scolastica e didattica in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado. A differenza del mutamento avvenuto a livello nazionale, l'ordinanza regionale in questione effettua un ampio rinvio ai risultati dell'attività istruttoria svolta dagli esperti della propria Unità di crisi che, riscontrando un preoccupante aumento dei contagi proprio tra i più giovani, ha incluso la chiusura delle scuole tra le misure straordinarie da applicare per scongiurare il tracollo del sistema sanitario regionale.

Per contenere simili spinte centrifughe sono intervenuti, anche in questo caso, i giudici amministrativi. L'ord. 1 del 2022 della Regione Campania, infatti, è stata oggetto di un nuovo decreto presidenziale del T.A.R. Campania – il decr. 10 gennaio 2022, n. 19 – adottato a seguito di un ricorso presentato per ottenere l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dell'ordinanza regionale citata. La posizione del T.A.R. è ancora più netta di quella manifestata l'anno precedente, ponendosi pienamente nel solco della mutata prospettiva del legislatore sulla didattica a distanza.

Il T.A.R. sviluppa le proprie considerazioni partendo dalla dettagliata disciplina approvata dal legislatore nazionale per assicurare lo svolgimento delle attività didattiche in presenza (in particolare, ad opera del d.l. n. 111 del 2021 e n. 1 del 2022). Si tratta – come evidenzia il giudice amministrativo – di una normativa di rango primario e, dunque, sovraordinata rispetto all'eventuale esercizio del potere amministrativo. Essa disciplina in maniera specifica la gestione dei servizi e delle attività didattiche in costanza di pandemia, «al fine di

“prevenire il contagio” e di garantire, nel contempo, il loro espletamento “in presenza”, il che esclude che possa residuare spazio, nei settori considerati, per l’emanazione di ordinanze contingibili che vengano a regolare diversamente i medesimi settori di attività e che, stante la loro astratta natura “contingibile”, presuppongono che non sia possibile individuare una diversa “regola” della concreta fattispecie, regola, invece, effettivamente, come visto, già esistente, allo stato, in diritto positivo»⁵⁵.

Di conseguenza, in virtù della minuziosa disciplina nazionale sull’attività scolastica sopra richiamata, «la scelta del livello di tutela dell’interesse primario alla salute, individuale e collettiva, e il punto di equilibrio del bilanciamento tra diversi valori (concretati in diritti e interessi dei soggetti dell’ordinamento) già è stata operata, appunto, a livello di normazione primaria, dal legislatore nazionale»⁵⁶. Il T.A.R., dunque, conclude accogliendo l’istanza cautelare e sospendendo l’esecutività dell’ordinanza impugnata.

Dai profili sopra analizzati, si comprende come il settore scolastico offra una chiave di lettura fondamentale sull’impatto della scienza e della tecnica sulle fonti del diritto e, più in generale, sulla tutela dei diritti. In contesti emergenziali come quello in esame, preannunciati come sempre più frequenti dalla comunità scientifica, le valutazioni di natura tecnica sono destinate ad avere un ruolo sempre più preponderante nella dinamica normativa.

Non vi è dubbio che il contesto determinato dall’emergenza sanitaria abbia richiesto necessariamente un’adeguata valorizzazione delle competenze scientifiche e rapidità nell’adozione delle contromisure – normative e amministrative – per arginare gli effetti pregiudizievoli della diffusione del virus, a tutela della salute pubblica. Ma quella in esame rappresenta un’ulteriore riprova di come sia necessario tentare di sfruttare gli intrecci più virtuosi che possono derivare dal connubio tra scienza e politica.

Come visto nel corso del presente lavoro, non sempre la mera adesione alle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico istituito per supportare il Governo nella gestione della pandemia ha consentito un bilanciamento ragionevole tra il diritto all’istruzione e diritto alla salute. Al contrario, stante l’urgenza di tutelare al meglio quest’ultimo, le limitazioni introdotte dal legislatore spesso si sono tradotte in un sacrificio eccessivo per gli studenti e le loro famiglie; “eccessivo” soprattutto ove si consideri la mancanza di una piena consapevolezza, anche da parte della comunità scientifica, sull’effettivo contributo dell’apertura scuole alla diffusione del virus, che spesso si è tradotta in una mancanza di proporzionalità tra i sacrifici imposti e i benefici ottenuti.

⁵⁵ Così T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, decr. 10 gennaio 2022, n. 19.

⁵⁶ *Ibidem*.

Ciò mette in luce uno dei problemi principali – quantomeno a parere di chi scrive – derivanti dal connubio tra diritto e scienza, ossia quello della forte compressione che, direttamente o quale forma di influenza indiretta, subiscono i decisori politici. Perché ordinariamente, quando si tratta di disciplinare fattispecie *non* attinenti ad ambiti strettamente tecnico-scientifici – circostanza al giorno d’oggi sempre più remota – la soluzione normativa individuata non è altro che esercizio della discrezionalità legislativa, quale scelta tra plurime alternative astrattamente possibili.

Quando, invece, scienza e tecnica sembrerebbero “imporre” l’adozione di una certa soluzione normativa, il legislatore è posto dinnanzi ad un bivio: dare seguito a tale circostanza, con il rischio di introdurre una disciplina che risulti meramente “piegata” alle valutazioni tecnico-scientifiche, effettuando, di fatto, una scelta non più discrezionale, ma vincolata⁵⁷; oppure disattendere tali valutazioni per far prevalere esigenze di ordine diverso, più aderenti al proprio indirizzo politico. Il rischio che si cela dietro questa seconda alternativa, però, è quello di de-legittimare il proprio intervento normativo, poiché nelle società contemporanee, governate dalla tecnica⁵⁸, può risultare assai arduo per i decisori politici distaccarsi da quella che viene posta come la soluzione migliore suggerita dagli esperti ed assumere, conseguentemente, la responsabilità politica della propria decisione. Più semplice, in fin dei conti, aderire alla valutazione tecnico-scientifica, che può essere usata come forma di legittimazione del proprio operato da parte delle istituzioni rappresentative⁵⁹.

Tuttavia, quando viene in rilievo il bilanciamento con altri diritti fondamentali, come avvenuto nel periodo pandemico tra diritto alla salute e diritto

⁵⁷ Non vi è dubbio che anche la funzione legislativa possa ritenersi, per certi versi, “vincolata”, nel senso che il suo esercizio deve essere necessariamente conforme ai fini al cui perseguimento essa è deputata, che, in tal caso, sono individuabili all’interno della Costituzione (sulla natura vincolata della funzione legislativa, in quanto volta al perseguimento dei fini positivamente posti dalla Costituzione, si veda, fra tutti, F. MODUGNO, *L’invalidità della legge. II: Teoria dell’atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, spec. 343 ss.). Tuttavia, deve ritenersi diverso l’impatto delle valutazioni tecnico-scientifiche sull’attività legislativa, dal momento che esse non individuano un fine da perseguire, ma indicano in modo preciso e puntuale le modalità e gli strumenti attraverso i quali raggiungere il fine.

⁵⁸ Sul punto si vedano, fra tutti, A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2019, 67 ss.; ID., *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN – D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 1ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA. VV., *Costituzionalismo e globalizzazione. Atti del XXVII Convegno annuale dell’AIC. Salerno, 22-24 novembre 2012*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss.

⁵⁹ Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, cit., 121. D’altronde, come prosegue l’Autore, «la democrazia ha i suoi tempi e le sue necessarie liturgie decisionali, per cui è più semplice per uno scienziato, che fornisce una risposta unicamente in chiave sanitaria, affermare che bisogna imporre il lockdown e il distanziamento sociale, non dovendo contemperare né il rispetto delle libertà fondamentali, come il lavoro, la libertà personale, la circolazione, la riservatezza, né la tenuta del sistema economico».

all'istruzione (e non solo), è bene tenere a mente l'insegnamento della Corte costituzionale, secondo la quale «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁶⁰.

L'avvento dell'emergenza sanitaria ha senz'altro rischiato di concretizzare questo scenario. Il diritto alla salute, infatti, è stato posto in un'evidente e necessaria posizione di superiorità, anche grazie all'incolpevole contributo della comunità scientifica, che ha consentito ai governanti e alla società civile di avere sempre più familiarità con il nuovo virus e le sue regole.

Questa condizione, pur giustificabile dinnanzi all'avvento inaspettato della pandemia, nel lungo periodo ha messo in luce gli importanti sacrifici imposti agli altri diritti tutelati dalla Costituzione, come nel caso del diritto all'istruzione⁶¹. Non a caso, negli ultimi mesi si è riscontrato un atteggiamento diverso del legislatore, che si è riappropriato di alcuni margini di discrezionalità perduti nel primo periodo dell'emergenza sanitaria, assicurando agli studenti e alle studentesse di poter ricominciare a fruire, in maniera più consistente, della didattica in presenza, considerata l'unica seriamente aderente ai dettami costituzionali sul diritto allo studio. Alcune scelte che potevano sembrare inconcepibili agli inizi del 2020 oggi non rappresentano altro che il risultato di un più ragionevole bilanciamento tra diritti che il Coronavirus ha posto in contrapposizione.

Allora, in un contesto in cui la decisione politica non è più semplicemente «basata sulla scienza, *sicence-based* o *science-related*», ma rischia di risultare «*science driven*, guidata dalla scienza»⁶², si fa sempre più stringente l'esigenza di individuare una terza via rispetto all'alternativa, poco sopra individuata, tra cieca adesione e netto discostamento dalle valutazioni della comunità

⁶⁰ Così Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85, par. 9 del *Cons. dir.*

⁶¹ Cfr. G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020, che, sin dalle prime settimane dall'avvento della pandemia, ammoniva circa la necessità di introdurre misure di contrasto alla diffusione del virus dalla natura temporaneamente delimitata. Difatti, pur ritenendo che le soluzioni normative del legislatore siano (temporaneamente) legittime, perché adottate in stato di necessità per tutelare il bene supremo della vita dei consociati, le limitazioni imposte, per rimanere conformi alla Costituzione, non potrebbero protrarsi oltre lo stretto necessario. Secondo l'Autore, infatti, se «si dovesse pensare di poter stabilizzare, in via ordinaria, una drastica riduzione della socialità, un esponenziale aumento dell'individualismo, un aggravamento della paura dell'altro e dell'ignoto, allora al rischio sanitario conseguirebbe un nefasto regresso culturale che ci allontanerebbe anni luce dalla prospettiva di libertà e di progresso garantita dalla Costituzione».

⁶² Così A. IANNUZZI, *op. ult. cit.*, 120.

scientifica. È necessario, infatti, che il legislatore fondi le proprie scelte su tali valutazioni senza sacrificare del tutto l'esercizio della propria discrezionalità, adottando, al contrario, quella che risulti la soluzione normativa migliore alla luce del connubio tra scienza e diritto.