

AVV. PROF. MASSIMO LUCIANI
Via Bocca di Leone n. 78
00187 ROMA
tel. 06.6976341 – fax 06.697634240
e-mail: massimo.luciani@studiobdl.it

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

(Udienza 13 gennaio 2009)

(R.O. n. 242/2008)

Memoria

del **Comitato Bolognese “Scuola e Costituzione”** e altri, con gli Avv.ti
Prof. Massimo Luciani, Corrado Mauceri e Prof. Federico Sorrentino,

nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale

introdotto dal Tribunale Amministrativo Regionale dell’Emilia –
Romagna con ordinanza in data 10 marzo 2008, rubricata al n. 242/2008
R.O., pubblicata in G.U., I serie spec., n. 35 del 20 agosto 2008.

FATTO

1.- Come già esposto nelle prime difese, con ricorso in data 26 gennaio 1996, il Comitato Bolognese “Scuola e Costituzione” e gli altri soggetti costituiti nel presente giudizio impugnavano la deliberazione del Consiglio regionale dell’Emilia Romagna, n. 97 del 28 settembre 1995, recante “*L.R. 24 aprile 1995 n. 52 – Approvazione dei criteri per l’assegnazione dei contributi ai Comuni per l’anno 1995 per l’attivazione di convenzioni per la qualificazione e il sostegno delle scuole dell’infanzia private senza fini di lucro o gestite da I.P.A.B.*” in una con gli atti connessi e presupposti, e in particolare con la circolare dell’Assessore Regionale agli affari sociali e familiari, associazionismo, qualità urbana, prot. n. 20783 del 17 agosto 1995.

2.- A sostegno del ricorso, i ricorrenti deducevano cinque motivi di censura: 1) “*Violazione di legge, in riferimento agli artt. 2, comma 1, lett. b), quinto alinea; 10, comma 1, lett. E bis); 10, penultimo comma,*

l.r. Emilia Romagna 25 gennaio 1983 n. 6, nel testo modificato dalla l.r. Emilia Romagna 24 aprile 1995 n. 52"; 2) "Violazione di legge, in riferimento agli art. 3, 33, commi 1 e 3 e 128 della Costituzione e agli art. 2, comma 1, lettera B), quinto alinea e 10, penultimo comma, della l.r. Emilia Romagna 25 gennaio 1983 n. 6, nel testo modificato dalla l.r. Emilia Romagna 24 aprile 1995 n. 52"; 3) "Illegittimità derivata per illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 128 della Costituzione"; 4) "Illegittimità derivata per illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 33 e 117, comma 1 della Costituzione"; 5) "Illegittimità derivata per illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 33, commi 1 e 3 della Costituzione".

3.- Con sentenza parziale n. 191 del 1 aprile 1997, l'adito Tribunale Amministrativo Regionale: *i)* accoglieva in parte il ricorso con riferimento al primo motivo di censura; *ii)* dichiarava inammissibile il ricorso stesso con riferimento al secondo e terzo motivo e *iii)* con riferimento al quarto e quinto motivo rimetteva a codesta Ecc.ma Corte Costituzionale (con ordinanza del 17 ottobre 1996) la questione di legittimità costituzionale della l.r. Emilia Romagna n. 52 del 28 settembre 1995, in relazione agli artt. 33, commi 2 e 3, e 117, comma 1 della Costituzione.

4.- Codesta Ecc.ma Corte costituzionale, con ordinanza n. 67 del 17 marzo 1998, dichiarava la manifesta inammissibilità della riferita questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo della carenza di motivazione in punto di rilevanza della questione stessa.

5.- Il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia – Romagna, con ordinanza n. 1 del 21 aprile 2000, rimetteva nuovamente (sempre con riferimento al quarto e quinto motivo di ricorso) a codesta Ecc.ma Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale della l.r. Emilia Romagna n. 52 del 28 settembre 1995 in relazione agli artt. 33, commi 2 e 3, e 117, comma 1 della Costituzione.

6.- Con ordinanza n. 346 del 5 novembre 2001 codesta Ecc.ma Corte costituzionale dichiarava la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale rimessa al suo esame.

7.- Avverso la pronuncia di accoglimento parziale, descritta sopra al punto 1.2., proponeva appello la Regione Emilia-Romagna. L'appello veniva accolto con dec. Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2002, n. 880.

8.- Con l'ordinanza in data 10 marzo 2008, introduttiva del presente giudizio, il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia – Romagna, rilevato che *“la questione di legittimità costituzionale della citata legge regionale n. 52 del 24 aprile 1995 è divenuta rilevante al fine di decidere la presente controversia”*, per effetto della citata decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 880 del 2002, e diffusamente esposti i motivi della ritenuta non manifesta infondatezza, ha sollevato una nuova questione incidentale di legittimità costituzionale nei confronti delle disposizioni legislative sopra indicate e rimesso gli atti a codesta Ecc.ma Corte costituzionale.

DIRITTO

La questione in epigrafe appare sicuramente rilevante e fondata.

1.- E' necessario muovere, logicamente, dall'esame della rilevanza.

1.1.- Come esposto in narrativa, il TAR dell'Emilia - Romagna ha già sollevato due volte la questione di legittimità costituzionale della l.r. Emilia Romagna n. 52 del 28 settembre 1995. Per due volte la questione è stata dichiarata manifestamente inammissibile da codesta Ecc.ma Corte costituzionale. La riproposizione della questione, tuttavia, non è affatto preclusa.

In primo luogo, è bene osservare che ogni questione di costituzionalità ha una sua distinta individualità, sicché l'espressione "riproposizione", anche qui sopra utilizzata, è in realtà impropria. Essa è invalsa nell'uso, ma il tenore lessicale del lemma non deve far dimenticare la sostanza degli istituti giuridici: ogni *quaestio de legitimitate*, per la sua segnalata individualità, deve essere valutata *singulatim*, anche qualora siano identici il remittente, il giudizio *a quo* e la sua fase, le norme censurate. La "riproposizione" di una questione già dichiarata inammissibile è preclusa, in realtà, solo qualora la precedente declaratoria di inammissibilità "*abbia natura decisoria*" (così, testualmente, sent. n. 451 del 1989). In tutti gli altri casi, la riproposizione è perfettamente ammissibile. Come ribadito dalla sent. n. 189 del 2001, insomma, "*l'art. 24, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, preclude allo stesso giudice di adire nuovamente la Corte soltanto nel caso di una pronunzia di "natura decisoria" (sentenze n. 433 del 1995 e n. 451 del 1989) e non quando sia stata emessa una pronunzia che dichiara manifestamente inammissibile la questione, per ragioni puramente processuali*".

Come rileva la dottrina, si deve dunque distinguere fra le declaratorie di

inammissibilità “fondate su un vizio rimediabile da parte del giudice *a quo* (pronunce con carattere non decisorio), le quali non creerebbero preclusione, e quelle invece fondate su vizi insanabili da parte dello stesso giudice, che invece impedirebbero ad esso di sollevare nuovamente la stessa questione (pronunce con carattere decisorio)” (così R. ROMBOLI, *Decisioni di inammissibilità o fondate su errore di fatto e limiti alla riproposizione da parte del giudice a quo della stessa questione nel corso del medesimo giudizio*, in AA. VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 173 sg.). La pronunce con carattere “decisorio”, in effetti, risolvono definitivamente per la negativa l’interrogativo sull’ammissibilità, rilevando la carenza non rimediabile di uno dei presupposti richiesti dalle norme costituzionali e legislative per accedere al controllo di costituzionalità. Se, invece, la carenza è rimediabile, l’accesso alla Corte non è affatto precluso e il giudice del processo principale non solo può, ma deve, sollevare la questione (perché la non manifesta infondatezza è un tratto oggettivo della questione di costituzionalità e una pronuncia di inammissibilità - ovviamente - non rimuove affatto il dubbio di costituzionalità che aveva sorretto l’iniziale rimessione).

Orbene: è pacifico che fra le *rationes* di inammissibilità “sanabili” da parte del giudice *a quo*, e quindi fra quelle che possono (e anzi, si ripete, debbono) essere rimosse in sede di riproposizione della questione già dichiarata inammissibile sia ricompreso il difetto di motivazione dell’ordinanza di rimessione in punto di rilevanza (in dottrina, fra i

molti, R. ROMBOLI, *Op. loc. cit.*; ID., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA. VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 150; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 187). Nella specie, proprio l'ord. n. 346 del 2001 (con la quale è stata dichiarata manifestamente inammissibile la precedente questione sollevata dal TAR dell'Emilia - Romagna), avendo dichiarato manifestamente inammissibile la questione per difetto di motivazione della rilevanza, ed essendo dunque priva di contenuto decisorio (nel merito) ha dato per scontata la sua riproponibilità.

1.2.- Tanto doverosamente precisato quanto alla astratta riproponibilità della questione, occorre ora verificare la sua effettiva riproponibilità in concreto.

1.2.1.- A tal proposito, è opportuno osservare che l'ord. n. 67 del 1998 aveva motivato la declaratoria di manifesta inammissibilità in ragione di ciò che il remittente avrebbe applicato (con la sentenza parziale coeva dell'ordinanza di rimessione) la legge al contempo censurata. Ivi si legge, infatti, che, *“ai fini della motivazione sulla rilevanza, il giudice a quo avrebbe dovuto dar conto del fatto che non si fosse ormai esaurito il suo potere decisorio”*, mentre *“il rimettente si è limitato ad affermare in modo apodittico, senza alcun riferimento ai relativi presupposti, la rilevanza della sollevata questione, il cui accoglimento peraltro finirebbe col rendere inutiliter data la sentenza ch'egli ha già come sopra pronunciato in riconoscimento di un interesse legittimo fatto valere dai ricorrenti”*.

A sua volta, l'ord. n. 346 del 2001, dato conto di quel precedente, ha ritenuto che la nuova questione di costituzionalità fosse inammissibile in quanto la sua *“argomentazione nulla di decisivo aggiunge alla motivazione del precedente provvedimento di rimessione, circa il quale questa Corte, con l'ordinanza n. 67 del 1998, ha già rilevato che il Tribunale amministrativo regionale - proprio in ragione dell'accoglimento del primo motivo del ricorso - aveva applicato la legge regionale in esame, utilizzandola come parametro per valutare (e in concreto escludere) la legittimità della delibera impugnata, e che non risultava come, a seguito di tale applicazione, non si dovesse considerare esaurito il correlativo potere decisorio del giudice, con la conseguenza - ora come allora - della manifesta inammissibilità, per irrilevanza, della questione di costituzionalità”*.

Ebbene: vero - come è vero - quanto precede, non è chi non veda come il quadro sia interamente mutato dopo la decisione del Consiglio di Stato (ricordata in narrativa) che ha annullato la sent. n. 191 del 1997. Di questa fondamentale novità il remittente dà puntualmente conto, fornendo una motivazione ampia e rigorosa della rilevanza della questione.

In verità, dopo l'annullamento della sentenza parziale da parte del Consiglio di Stato, il remittente si è trovato nella condizione di non poter affatto esercitare il proprio potere decisorio applicando la l. reg. n. 52 del 1995, per la semplice ragione che ciò gli era (e gli è) precluso dal giudicato maturatosi in ragione della pronuncia del giudice dell'appello. La nuova *quaestio de legitimitate*, pertanto, non potrebbe contraddire in

alcun modo una futura, diversa pronuncia dello stesso giudice remittente, proprio perché una simile, distonica, pronuncia, non potrebbe mai essere resa (e, a sua volta, la sent. TAR Emilia - Romagna, n. 191 del 1997, una volta annullata, *non est de hoc mundo*).

Come ha chiarito lo stesso Consiglio di Stato, il TAR, allo stato, è chiamato a decidere solo sui residui motivi del ricorso (sul quarto e sul quinto), e cioè proprio sui motivi che fanno valere la violazione delle norme costituzionali da parte della legge nella quale si radicano i provvedimenti impugnati innanzi il Giudice amministrativo.

E' evidente che il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia - Romagna, con la sent. n. 191 del 1997, e il Consiglio di Stato, con la dec. Sez. IV, n. 880 del 2000, non si sono pronunciati sull'intero *thema decidendum*, sicché resta intatta la sostanza della controversia per tutto ciò che non ha formato oggetto del giudicato conseguente la pronuncia del Consiglio di Stato. E - come detto - per la soluzione della controversia la questione di costituzionalità mantiene intatta la propria originaria rilevanza. Ci troviamo di fronte, in buona sostanza, ad una fattispecie in tutto simile a quella che la Corte ha già scrutinato nel merito con la sent. n. 282 del 2004, con la quale è stata esplicitamente rigettata un'eccezione di inammissibilità che lamentava la pretesa contraddittorietà fra l'adozione di una pronuncia parziale e la proposizione dell'incidente di costituzionalità.

1.2.2.- Di tutto questo si dimostra puntualmente avvertito il remittente, il quale (riconosciuto che le precedenti pronunce di codesta Ecc.ma Corte costituzionale "*hanno entrambe una valenza meramente*

processuale e non di merito e, pertanto, non precludono, per la loro natura non specificamente decisoria, la riproposizione della [...] questione di legittimità costituzionale”) così limpidamente argomenta:

a) *“La complessa vicenda processuale assume una nuova configurazione a seguito della sentenza del Consiglio di Stato n. 880 del 14.2.2002”, grazie alla quale “risultano definiti, con la forza e gli effetti del giudicato, alcuni aspetti del contendere”;*

b) per quanto concerne la quarta e quinta censura del ricorso originario (relative, si ripete, ai dubbi di costituzionalità sulla legge regionale applicata dagli atti impugnati), *“il Consiglio di Stato [...] ha definitivamente accertato la legittimazione ad agire dei ricorrenti «in quanto gli atti impugnati ledono in via immediata e diretta la loro sfera giuridica»”;*

c) il giudizio principale, pertanto, dopo la pronuncia del Consiglio di Stato, deve essere definito proprio *“avuto riguardo al quarto e quinto motivo del ricorso originario, essendo preclusa ogni ulteriore questione con riferimento ai primi tre motivi di ricorso”.*

Al remittente, in buona sostanza, codesta Ecc.ma Corte costituzionale aveva “rimproverato” di avere - contraddittoriamente - applicato, per un verso, e contestato, per l’altro, la legge regionale Emilia - Romagna n. 6 del 1983 (modificata dalla l. n. 52 del 1995). Ora questa contraddizione, a seguito della decisione di appello e per espresso e motivato riconoscimento del remittente, non è più possibile. E’ stato dunque superato l’ostacolo che allo scrutinio del merito era stato frapposto dall’ord. n. 346 del 2001.

Di ciò, una volta di più, è pienamente avvertito il remittente, il quale espressamente ricorda che, *“avendo il Consiglio di Stato [...] dichiarato inammissibile anche l’impugnativa della prima censura si è ora processualmente verificato proprio quanto rilevato dalla stessa ordinanza della Corte Costituzionale n. 346 del 2001”*. E infatti *“il presente giudizio non può che essere definito sulla base della questione di legittimità costituzionale prospettata nella quarta e quinta censura del ricorso introduttivo”*.

Del resto, è sempre il remittente a constatare che *“ciò è confermato, in via definitiva, dalla stessa sentenza del Consiglio di Stato n. 880 del 2002 la quale al punto 6 ha precisato che «rimane impregiudicato l’ulteriore corso del giudizio di primo grado avuto riguardo al quarto e quinto motivo di ricorso originario» statuendo, pertanto che non si è esaurito il potere decisorio di questo giudice il cui concreto esercizio, in senso favorevole o sfavorevole ai ricorrenti, dipenderà esclusivamente dalla fondatezza o meno della questione di legittimità costituzionale prospettata con la quarta e quinta censura”*.

Una motivazione più completa, limpida e rigorosa in punto di rilevanza, si consenta di osservare, è arduo immaginarla.

Si consenta altresì, in conclusione sul punto e per mero tuziorismo, di aggiungere che non ha alcun rilievo, qui, il fatto che vi siano casi in cui codesta Ecc.ma Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili questioni di costituzionalità sollevate dal giudice amministrativo dopo che questi aveva, con sentenza parziale, già applicato la norma della quale contestava la legittimità costituzionale.

Si trattava, infatti, di casi nei quali il giudice aveva già definito la controversia, sicché l'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità non avrebbe potuto influire sul giudizio principale. Casi, dunque, nei quali il remittente aveva “*definito quello che era l'unico oggetto del giudizio*” (così, testualmente, sent. n. 315 del 1992; analogamente, ord. n. 264 del 1998). In ipotesi di questo genere, è evidente, il requisito della rilevanza è carente, in quanto il giudice del processo principale si è già pronunciato sull'intera controversia, e quindi non ha nulla - diciamo così - da “chiedere” al giudice costituzionale. Inevitabile, dunque, la declaratoria di inammissibilità.

Ben diversa la situazione nel caso che ne occupa. E' infatti palese che il TAR, con la sent. n. 191 del 1997, non si è pronunciato sull'intero *thema decidendum*, e anzi ha espressamente deciso nel merito solo uno dei motivi di ricorso. Le altre censure sono state dichiarate inammissibili, ovvero sono state, per così dire, “messe tra parentesi” in attesa della pronuncia della Corte costituzionale, dalla quale dipendeva e dipende, per tale aspetto, la sorte del giudizio principale. Conseguentemente, il Giudice amministrativo non aveva e non ha esaurito il proprio potere decisorio con l'adozione della sent. n. 191 del 1997.

Tutto questo, è bene osservare, non costituisce un'opinione dei deducenti e della loro difesa, ma è una puntuale statuizione del Consiglio di Stato, che (con effetti di giudicato interno) ha esplicitamente affermato che il giudizio di primo grado prosegue quanto ai due ultimi motivi di ricorso (recanti proprio i dubbi di costituzionalità

della legge regionale), in ordine ai quali l'esame nel merito della presente questione di costituzionalità è paradigmaticamente essenziale.

1.2.3.- Di quanto ora constatato non è convinta l'interveniente FISM (sull'ammissibilità dell'intervento giudicherà, ovviamente, codesta Ecc.ma Corte costituzionale), la quale (par. 7.3 dell'atto di intervento) sostiene che il remittente non avrebbe risolto il problema processuale posto dall'ord. n. 346 del 2001. L'infondatezza di questa affermazione si deduce pianamente - si confida - da quanto si è venuto sin qui esponendo.

1.3.- Puntualmente motivata è l'ordinanza di rimessione anche per quanto riguarda l'inapplicabilità dello *ius superveniens*.

In primo luogo, il remittente constata che *“permane un concreto interesse alla decisione finale. Come rilevato dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 880 del 14.2.2002 «anche se l'erogazione dei contributi in contestazione si riferisce all'anno scolastico 1995, l'amministrazione ha interesse a che si riconosca la legittimità del proprio operato onde evitare, da un lato il recupero delle somme indebitamente erogate ed il connesso contenzioso, dall'altro di dover mutare, per il futuro, i propri indirizzi di politica legislativa»”*.

In secondo luogo, e ancor più chiaramente, il remittente dà espressamente conto del fatto che *“il decorso del tempo e la sopravvenienza di nuove fonti regionali, sostituitesi a quella censurata, non incidono in alcun modo sulla rilevanza della questione, pel semplice fatto che la presente controversia è tuttora regolata dalle norme in vigore al momento del ricorso e che gli effetti dell'auspicata*

pronuncia di accoglimento da parte della Corte costituzionale varranno anche pro praterito tempore”.

A fronte di tale rigorosa motivazione, non è dato intendere come l'interveniente FISM (forse sovrapponendo questo ai precedenti giudizi) possa sostenere che la motivazione dell'ordinanza di rimessione sia, sul punto, “del tutto inadeguata ed insufficiente” (p. 17 della memoria di costituzione della FISM, *recte*: atto di intervento). Né può valere il successivo richiamo all'ord. di codesta Ecc.ma Corte n. 346 del 2001, poiché il remittente ha chiarito espressamente che la controversia che è chiamato a decidere è tuttora regolata dalla legge regionale del 1995, essendo stati già erogati i finanziamenti previsti e ponendosi, semmai, il solo problema del loro recupero. E, quand'anche questo non fosse possibile (come sostiene la FISM, a p. 19 dell'atto di intervento), la questione rimarrebbe rilevante, atteso che muterebbe la ragione del mancato recupero (il che, come è stato chiarito, addirittura in materia di norme penali di favore, dalla giurisprudenza, determina la conseguenza che la pronuncia del Giudice costituzionale sia *utiliter lata*).

Si aggiunga che non concludente è il richiamo al mutamento del quadro costituzionale conseguente all'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001, atteso che ciò potrebbe valere per la questione di costituzionalità che ha assunto a parametro l'art. 117, non per quella che ha assunto a parametro l'art. 33 Cost.

In ogni caso, la giurisprudenza non ha esitato ad assumere come paradigma il vecchio testo dell'art. 117 Cost., sia a fronte di ricorsi principali anteriori all'entrata in vigore del nuovo Titolo V (v., ad es.,

sentt. nn. 376 e 422 del 2002), sia a fronte di ricorsi per conflitto di attribuzione tra lo Stato e le Regioni relativi ad atti anteriori a detta entrata in vigore (sent. n. 507 del 2002 e poi sent. n. 13 del 2003). Quanto, poi, ai giudizi incidentali, dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001 alcune ordinanze (v., ad es., ordd. nn. 382 del 2001; 72, 73, 76, 80, 117, 164 e 352 del 2002) hanno restituito gli atti al giudice *a quo*, perché riesaminasse la rilevanza della questione “*alla luce dell'intervenuto mutamento del quadro normativo*”, ma dopo che la questione era stata risolta si è affermato che “*non può essere accolta l'eccezione di inammissibilità che la Regione avanza in relazione alla motivazione dell'ordinanza sulla necessità di riferirsi come parametro al testo originario dell'art. 117 della Costituzione. Il problema della correttezza del parametro applicabile, se può, astrattamente, incidere sul merito della questione, non ne condiziona invece, in questo caso, l'ammissibilità [...]*” (sent. n. 282 del 2004).

Nella specie, è evidente che la restituzione degli atti per *ius superveniens* non avrebbe senso, poiché la questione è sollevata oggi, assai dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001. Il remittente, inoltre, è chiaro nel definire la sostanza della *quaestio*, che concerne il riparto di competenze fra lo Stato e le Regioni prima del nuovo Titolo V (v. p. 22 dell'ordinanza di remessione, primo periodo) e, quindi, un ordine di rapporti disciplinato dal precedente testo della Costituzione.

1.4.- Sempre l'interveniente FISM prospetta l'irrilevanza della questione in quanto essa sarebbe proposta “in via astratta ed ipotetica” (p. 20), attenendo alla legge regionale nel suo complesso, e quindi anche

a norme della stessa che non potrebbero trovare applicazione nel giudizio principale.

A tal proposito, basti, qui, il richiamo all'ord. n. 67 del 1998 (paradossalmente invocata anche dall'interveniente), nella quale codesta Ecc.ma Corte costituzionale ha affermato espressamente che “*il remittente ha denunciato la legge regionale n. 52 del 1995 nel suo complesso sottolineando, con condivisibile giudizio, lo «stretto legame intercorrente tra le norme della stessa»*”, sicché “*la censura d'incostituzionalità presenta carattere unitario, per cui non è consentita la scissione di essa attraverso il frazionamento dei possibili diversi profili applicativi*”. Il carattere unitario della legge censurata, pertanto, è stato già affermato, sicché la pretesa della FISM si risolve, a ben vedere, nella richiesta che codesta Ecc.ma Corte si smentisca.

1.5.- Ancora. Una ragione di inammissibilità è ravvisata dall'interveniente FISM in ciò che gli originari ricorrenti (e odierni deducenti) sarebbero titolari di “un interesse meramente politico”, non essendo “gestori di scuole di nessun ordine” (p. 24 dell'atto di intervento).

Ebbene: basti qui osservare che l'interveniente non spiega affatto in qual misura ciò, quand'anche fosse vero, potrebbe avere rilievo ai fini dell'ammissibilità della questione. In ogni caso, l'affermazione è destituita di qualunque fondamento, atteso che quello che l'interveniente chiama mero interesse “politico” altro non è che l'interesse a far valere (nella specifica declinazione operata dall'art. 33 Cost.) il principio della laicità dello Stato, che - per costante

giurisprudenza costituzionale - è principio costituzionale fondamentale, caratterizzante il nostro ordinamento repubblicano. Che, poi, il principio di laicità non possa “impedire o comunque revocare l’evoluzione del quadro realizzatosi in punto di riconoscimento del pluralismo scolastico” (p. 25), oltre ad essere problema di merito, è solo l’auspicio dell’interveniente, che pretende di imporre la legittimazione della violazione di un principio fondamentale della Costituzione con il semplice richiamo alla “evoluzione del quadro” normativo (che, semmai, ove registrata, dimostrerebbe l’estensione della violazione).

1.6.- In definitiva: l’obbligo di motivazione del quale codesta Ecc.ma Corte, con l’ord. n. 346 del 2001, aveva lamentato l’inosservanza risulta, ora, pienamente rispettato. Il remittente ha dimostrato di dover applicare la legge censurata ai sensi dell’art. 23 della l. n. 87 del 1953; di essere tuttora titolare di un potere decisorio; di non potere (né volere) più cadere nella contraddizione di applicare e allo stesso tempo censurare la legge regionale; di avere puntualmente considerato (e negato) l’applicabilità dello *ius superveniens*. Nulla di più o di diverso si chiede, per dirla con Calamandrei, ai “portieri” della Corte costituzionale, sicché stavolta il portone del Palazzo della Consulta non potrà, sommessamente, ma fermamente, si confida, restare sbarrato.

2.- Nel merito, le censure di illegittimità prospettate nell’ordinanza di rimessione, e le stesse argomentazioni da questa sviluppate, appaiono pienamente fondate.

2.1.- Seguendo l’ordine dell’ordinanza di rimessione, la legge in epigrafe risulta, anzitutto, chiaramente violativa dell’art. 117 della

Costituzione nella sua primigenia stesura. Ove la Corte ritenesse di poter scrutinare la legge censurata alla luce del previgente parametro costituzionale, dunque, varrebbe quanto segue.

2.1.1.- La Costituzione (qui e in avanti, in ordine alla violazione dell'art. 117, si farà riferimento al testo anteriore alla l. cost. n. 3 del 2001) non conferisce alla Regione alcuna competenza in materia di istruzione in generale. In effetti, fra le materie di competenza regionale di cui all'art. 117 Cost. sono ricomprese la “*istruzione artigiana e professionale*” e la “*assistenza scolastica*”. La materia “istruzione” in generale, invece, non è menzionata.

La stessa normativa primaria conferma (né potrebbe essere diversamente) il disegno costituzionale. In particolare, il d. lgs. n. 616 del 1977, vigente al momento dell'entrata in vigore della l. reg. n. 52 del 1995, non consente che si faccia confusione fra istruzione e assistenza scolastica, di tal che distinguere tra le due materie è assai semplice: il massimo che si può dire è che, tutt'al più, l'assistenza scolastica è “materia accessoria a quella dell'istruzione” (così S. MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1980, 177). Ai sensi dell'art. 42, comma 1, infatti, le funzioni amministrative in materia scolastica riguardano solo “*i servizi e le attività destinate a facilitare [...] l'assolvimento dell'obbligo scolastico*”, nonché la prosecuzione degli studi per gli “*studenti capaci e meritevoli ancorché privi di mezzi*”. Il comma 2 del medesimo art. 42, poi, esemplifica le funzioni in materia con un elenco (“*gli interventi di assistenza medico-psichica; l'assistenza minorati psico-fisici;*

l'erogazione gratuita dei libri di testo agli alunni delle scuole elementari") nel quale non v'è alcuna traccia di interventi in materia di "istruzione" in senso proprio (tanto è vero che il successivo art. 43 si premura di chiarire l'ambito delle competenze regionali in riferimento ai libri di testo, confermando la riserva allo Stato della scelta e del contenuto pedagogico degli stessi).

Quanto alla normativa successiva al d. lgs. n. 616 del 1977, non si registrano, (ancorché limitatamente al profilo che qui interessa), mutamenti significativi. Invero, l'art. 1, comma 3, della l. 3 marzo 1997, n. 59, dispone che *"Sono esclusi dall'applicazione dei commi 1 e 2 le funzioni e i compiti riconducibili alle seguenti materie: [...] q) istruzione universitaria, ordinamenti scolastici, programmi scolastici, organizzazione generale dell'istruzione scolastica e stato giuridico del personale"*. Il d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, conferisce alle Regioni solo la *"programmazione e gestione amministrativa del servizio scolastico"* (art. 135), e dispone che *"Agli effetti del presente decreto legislativo, per programmazione e gestione amministrativa del servizio scolastico si intende l'insieme delle funzioni e dei compiti volti a consentire la concreta e continua erogazione del servizio di istruzione"*. In concreto, *"Ai sensi dell'articolo 118, comma secondo, della Costituzione, sono delegate alle regioni le seguenti funzioni amministrative:... e) i contributi alle scuole non statali"*.

Ora, che la competenza da ultimo menzionata (ammesso e non concesso che lo stesso Stato possa legittimamente esserne titolare) sia meramente delegata non è dubbio. Poiché l'art. 2, comma 1, della l. n. 59 del 1997

stabilisce espressamente che *“La disciplina legislativa delle funzioni e dei compiti conferiti alle regioni ai sensi della presente legge spetta alle regioni quando è riconducibile alle materie di cui all’articolo 117, primo comma, della Costituzione. Nelle restanti materie spetta alle regioni il potere di emanare norme attuative ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, della Costituzione”*, ne risulta che i conferimenti conseguenti alle c.d. leggi Bassanini non hanno spostato di una virgola la situazione preesistente, poiché hanno mantenuto (e come avrebbero potuto non farlo?) il vincolo all’elenco di cui all’art. 117 Cost., chiarendo che quanto eccede quell’elenco può spettare, alle Regioni, solo per delega, e con l’attribuzione di una potestà legislativa di mera attuazione.

2.1.2.- Ora, appare chiaro che il legislatore regionale, in violazione del dettato costituzionale, ha inteso disciplinare proprio la materia istruzione, fuoriuscendo appunto - come bene osserva il remittente - dai limiti ad esso assegnati, ed in particolare andando ben al di là della semplice “assistenza scolastica”. Già la modificazione del titolo originario della l. reg. n. 6 del 1983 è rivelatrice. Mentre, come riferito in narrativa, tale legge si intitolava semplicemente *“Diritto allo studio”*, il nuovo titolo è *“Diritto allo studio e qualificazione del sistema integrato pubblico-privato delle scuole dell’infanzia”*. Come risulta da tale formulazione letterale, il legislatore regionale ha inteso andare ben oltre il campo (che, solo, avrebbe potuto legittimamente percorrere) della garanzia del diritto allo studio, invadendo quello della disciplina generale dell’istruzione. Tanto, oltretutto, con ambizioni di altissimo

profilo, visto che l'obiettivo è - nientemeno! - la realizzazione di un "sistema integrato delle scuole dell'infanzia basato sul progressivo coordinamento e sulla collaborazione fra le diverse offerte educative", e che il legislatore regionale mira alla "qualificazione" di tali offerte, per "valorizzare competenze, risorse e soggetti pubblici e privati" (art. 1, comma 2, punto 2 bis, della l. reg. n. 6 del 1983, nel testo introdotto dalla l. reg. n. 52 del 1995). Le stesse ambizioni, si noti, che caratterizzano la l. reg. n. 10 del 1999, che peraltro - come già precisato - non si applica alla presente fattispecie.

Che le ambizioni del legislatore regionale fossero inaccettabilmente vaste si evince, del resto, proprio dalla vicenda oggetto del giudizio principale. Illuminanti sono le Premesse della proposta della Giunta regionale recepita dall'atto impugnato nel giudizio principale, nonché il Protocollo d'intesa con la FISM e la risoluzione n. 5172/5362, adottata dal Consiglio regionale in data 6 ottobre 1994. In quest'ultima, in particolare, il Consiglio regionale valuta "indifferibile un riordino strutturale e culturale che, ragionando in termini di «sistema», abbia come obiettivi l'aumento dell'efficacia formativa e della scolarità come risorsa individuale e sociale", e impegna la Giunta a adottare interventi di qualificazione dell'intero sistema delle scuole dell'infanzia", etc. Cosa tutto questo abbia a che vedere con la materia "assistenza scolastica" non è dato comprendere (e sembrano, sul punto, troppo affrettate le conclusioni raggiunte da un commentatore, per altri aspetti, assai attento: cfr. F. RIMOLI, *Scuole private e pubblici finanziamenti: la Corte prende tempo*, in *Giur. cost.*, 1998, 706).

L'intero impianto della legge n. 52 del 1995, dunque, risulta essere radicalmente illegittimo, poiché tutti gli interventi ivi previsti sono funzionalizzati al raggiungimento di tali obiettivi. E' perciò questo un caso in cui il dubbio di legittimità costituzionale deve riguardare l'intero testo legislativo, come, del resto, codesta Ecc.ma Corte - si è già visto - ha rilevato nell'ord. n. 67 del 1998. Tale ipotesi, come è noto, secondo la costante giurisprudenza ricorre tutte le volte in cui il legame fra parti e parti di una legge sia tanto stretto che esse risultino inautonome le une rispetto alle altre. E, in questa fattispecie, la chiara illegittimità costituzionale almeno degli artt. 1, 2 e 6 travolge comunque l'intera legge.

Ma torniamo alla illegittimità costituzionale della legge censurata. Già nelle sentt. nn. 7 del 1967, 106 del 1968 e specialmente 36 del 1982, invero, codesta Ecc.ma Corte ha sottolineato che la materia "assistenza scolastica" è "distinta", ancorché collegata, rispetto alla materia "istruzione". Il collegamento, evidentemente, sta in ciò che l'assistenza è volta a rendere effettivo il diritto allo studio, che a sua volta è elemento essenziale del sistema dell'istruzione. La distinzione, invece, sta in ciò che un conto è occuparsi delle condizioni materiali per il godimento dell'istruzione, e cosa del tutto diversa è disciplinare direttamente l'istruzione, sotto il profilo dell'organizzazione, della struttura e dei programmi del servizio.

2.1.3.- L'intera problematica è assai chiara anche per la dottrina. Si è, infatti, osservato che la nozione di assistenza scolastica trova direttamente nella Costituzione "una sua più che sufficiente

delimitazione”, a tenor della quale le funzioni attinenti alla materia possono scindersi in due gruppi: funzioni di ”assistenza sociale”, in riferimento alla garanzia della gratuità e dell’obbligatorietà dell’istruzione inferiore (art. 34, comma 2, Cost.); funzioni di “assistenza pubblica” in riferimento all’apprestamento di mezzi in favore dei capaci e meritevoli (art. 34, comma 3, Cost.), perché essi possano raggiungere i gradi più alti degli studi (così, per tutti, S. MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992, 100 sg.). L’assistenza scolastica, dunque, si intreccia con il diritto allo studio (B. CARAVITA, *Artt. 33 e 34*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, 1990, 235) e deve essere funzionalizzata alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al suo effettivo godimento (V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, 1975, 261), ma in nessun modo e per nessuna ragione può e deve essere confusa con l’istruzione nel senso proprio di tale termine.

Del resto, se l’istruzione è caratterizzata dal coordinamento sistematico fra una pluralità di insegnamenti (così U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 405), la diversità fra l’assistenza e l’istruzione si fa chiarissima: l’istruzione consiste nel coordinato agire dei singoli insegnamenti, l’assistenza è la funzione che si limita a far sì che quell’agire possa, in concreto, favorire tutti i discenti, a prescindere dalle loro condizioni economiche o sociali. Nulla, però, più di questo. L’assistenza scolastica è nella Costituzione, ed era già nella riforma Gentile, in primo luogo assistenza ai bisognosi

(il punto è incontroverso: v. ad es. F. FENUCCI, *L'assistenza scolastica nelle leggi delle regioni ad autonomia ordinaria*, Napoli, 1976, 34). La formulazione dell'art. 34 Cost. è, sul punto, dirimente, atteso che l'intervento pubblico è ivi concepito a sostegno dei capaci e meritevoli che siano privi di mezzi, laddove “la sola premiazione del merito contrasterebbe [...] con il principio, enunciato nell'art. 3 della Costituzione, secondo cui è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana” (F. FENUCCI, *Op. cit.*, 70).

Per convincersi ancor più chiaramente di questo è sufficiente, comunque, ricordare che la distinzione fra la materia “istruzione” e quella “assistenza scolastica” è scolpita, a livello delle fonti costituzionali, sia direttamente dalla Costituzione che dagli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale. Quanto alla Costituzione, essa distingue letteralmente fra assistenza ed istruzione laddove contrappone, nello stesso periodo dell'art. 117, comma 1, l'istruzione, artigiana e professionale, all'assistenza, per ciò solo dimostrando che le due materie sono ben distinte e che nel campo dell'istruzione in senso proprio le Regioni possono intervenire solo limitatamente al sottosettore dell'istruzione artigiana e professionale. Quanto agli Statuti, è banale osservare che, quando si è voluto conferire alla Regione una più ampia competenza in materia di istruzione, lo si è disposto a chiare lettere (cfr. artt. 14, lett. r, e 17 St. Sic.; 5 St. Sar.; 3, lett. g, St. V.d'A.; 11, n. 2, e 12 nn. 2 e 3 St. T.A.A.; 6, n. 1, St. F.-V.G.). Lo stesso Statuto della Regione Emilia-Romagna, all'epoca vigente, d'altro canto, ancorava le

competenze regionali nel settore scolastico al diritto allo studio (art. 3, comma 3, lett. 1), in conformità all'art. 117 Cost. (il che significa, per soprammercato, che la legge in epigrafe è in radicale contrasto con lo stesso Statuto regionale).

2.2.- La fondatezza dei dubbi prospettati dal remittente si fa ancor più chiara se solo si riflette su ciò che la legge censurata risulta incompatibile non solo con il vecchio, ma anche con il nuovo Titolo V della Costituzione, così come risultante dalla revisione operata con l. cost. n. 3 del 2001.

Sebbene l'istruzione faccia oggi parte delle materie di competenza concorrente di cui all'art. 117 comma 3, Cost., non si deve dimenticare che il comma 2, lett. n), dello stesso art. 117 ha mantenuto alla potestà esclusiva dello Stato le “*norme generali sull'istruzione*” e che, quale che sia il modo in cui tale riserva debba intendersi, non v'è dubbio che tra le “*norme generali sull'istruzione*” rientri almeno la definizione del modello di sistema scolastico.

Orbene: come ha osservato il Giudice remittente, la Regione Emilia-Romagna, con la legge censurata, perseguendo “*espressamente l'obiettivo di realizzare un sistema integrato delle scuole dell'infanzia basato sul progressivo coordinamento e sulla collaborazione fra le diverse offerte educative, in una logica di qualificazione delle stesse* [...]”, è intervenuta direttamente sulle “*norme generali sull'istruzione*”, tuttora riservate allo Stato dall'art. 117, in coordinazione con l'art. 33, comma 2. Valga il vero.

Con la legge in questione, la Regione Emilia Romagna ha inteso

definire per la scuola materna un sistema scolastico integrato in cui in cui scuole statali, scuole comunali e scuole private concorrono tutte all'offerta formativa, senza distinzioni delle specifiche finalità tra scuole statali e scuole non statali (e scuole pubbliche e scuole private), così delineando un sistema scolastico specifico per la scuola materna della Regione Emilia-Romagna, incompatibile con quello duale (statale e non statale) previsto dall'art. 33 Cost.

E' fuor di dubbio che nel quadro delineato dall'art. 33 Cost. lo Stato sia tenuto ad istituire scuole "*per tutti gli ordini e gradi*" in modo da garantire il totale soddisfacimento della domanda sociale di istruzione pubblica, improntata al principio del pluralismo culturale e della libertà di insegnamento. Conseguentemente, il diritto di privati ed enti di istituire proprie scuole con la garanzia della c.d. libertà di scuola (e quindi di essere, eventualmente, anche scuole di tendenza: v. la sent. n. 195 del 1972), ha un carattere non "integrativo" delle scuole statali, ma semplicemente "aggiuntivo". Il che, del resto, è logicamente inevitabile: le due tipologie di offerte formative sono diverse (l'una è doverosamente caratterizzata dal pluralismo culturale; l'altra può essere di tendenza secondo esigenze meramente privatistiche), sicché esse non sono fungibili e non sono integrabili. La scuola statale, in quanto necessariamente pluralista, è culturalmente aperta a tutti; la scuola non statale ed in particolare quella privata (a parte la discriminazione per il costo delle rette) è per sua natura aperta solo a coloro che vogliono (o vogliono far impartire) una formazione culturalmente orientata.

Certo, la Costituzione riconosce il diritto di istituire tali scuole, ma non

perché esse si sostituiscano alla (o integrino la) istruzione statale, bensì perché - semplicemente - vi si aggiungano. La frequenza della scuola privata deve essere una scelta, non può essere una necessità determinata dalla inadeguatezza dell'offerta statale; tutti, anche per coerenza con il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, devono poter accedere alla scuola statale, usufruendo di quel pluralismo culturale ch'essa, al contrario delle scuole private, deve garantire; per nessuno la scuola di tendenza deve costituire un'offerta sostitutiva o integrativa di quella pubblica.

Si dimostra, dunque, che la legge regionale censurata ha invaso una materia attribuita alla potestà esclusiva dello Stato stravolgendo l'assetto costituzionale dell'ordinamento scolastico.

3.- La legge in epigrafe è poi violativa dell'art. 33 della Costituzione. L'art. 33, comma 3, della Costituzione, dispone che *“Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato”*. Il dettato costituzionale non si presta ad equivoci. Come ha osservato la più autorevole dottrina costituzionalistica, l'art. 33, comma 3, Cost., esclude “nei termini più larghi” che l'esercizio della (pur indiscutibile) libertà di istituire e gestire scuole private possa gravare sul bilancio dello Stato (così V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 86; analogamente C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9^a ed., t. II, Padova, 1976, 1184; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6^a ed., Padova, 1991, 672; A. MURA, *Scuola cultura e ricerca scientifica*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, 5^a ed., Bologna,

1997, 234). Come è stato acutamente rilevato (in particolare da C. MORTATI, *Op. loc. cit.*), se così non fosse, se, cioè, la Costituzione dicesse semplicemente che lo Stato ha la facoltà ma non il dovere di astenersi dall'accollarsi gli oneri di gestione delle scuole private, la disposizione costituzionale risulterebbe *inutiliter lata* e non avrebbe senso alcuno.

Il divieto, peraltro, non riguarda solo lo Stato ma anche gli altri enti pubblici (così G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 4^a ed., Milano, 1955, 352), fra i quali ovviamente le Regioni. La logica della disposizione costituzionale è infatti quella che l'iniziativa privata nel settore scolastico non debba - sì - essere compressa, ma non possa neppure essere sostenuta da pubbliche risorse, ché altrimenti si stornerebbero fondi da impiegarsi per il necessario e imprescindibile intervento pubblico in materia, che è così vasto che lo Stato è tenuto ad istituire proprie scuole "per ogni ordine e grado" (art. 33, comma 2, Cost.).

Va del resto osservato che la Costituente respinse un emendamento (proposto da Bruni: se ne veda l'esposizione nella seduta del 18 aprile 1947 e la ripresentazione nella seduta del 28 aprile) che mirava ad introdurre il principio secondo cui "Le scuole di qualsiasi tipo compiono un servizio pubblico". La reiezione di tale emendamento era collegata (lo nota opportunamente A. SEMERARO, *Il sistema scolastico italiano*, Roma, 1996, 107) all'affermazione del principio del divieto di finanziamento per le scuole private, sicché anche da tale vicenda si comprende quanto questo fosse considerato stringente. D'altro canto, i

partiti laici presenti in Costituente, avendo ceduto sul diritto dei privati di istituire scuole, passarono consapevolmente, dall'opposizione alla previsione costituzionale della possibilità di finanziamento pubblico alle scuole private, all'imposizione del divieto (così L. AMBROSOLI, *La scuola nella Costituzione*, Brescia, 1987, 84). Ed è questo, ciò che puntualmente ed inoppugnabilmente risulta dal testo della Costituzione.

Il testo, invero, è ciò che per l'interprete conta, e sul significato di questo testo non possono esservi dubbi. Anche, però, a voler misurare il dato oggettivo del testo con l'*intentio* dei Costituenti, "contemperando" i due elementi (il che è il massimo che possa concedersi: cfr. P. VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.* 1948, 293), le cose non cambiano. Non si tratta, dunque, di affermare che l'esame dell'intenzione dei Costituenti non può, qui, rovesciare il significato del testo (come vuole S. MASTROPASQUA, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1980, 94): è la stessa intenzione dei costituenti, che smentisce qualunque contraddizione con il testo.

Invero, l'Assemblea costituente approvò l'emendamento aggiuntivo all'(allora) art. 27, "*senza oneri per lo Stato*", nonostante che Gronchi avesse espressamente richiamato l'attenzione sul fatto che quell'emendamento avrebbe avuto l'effetto di "precludere per via costituzionale allo Stato ogni possibilità di venire in aiuto ad istituzioni le quali possono concorrere a finalità di così alta importanza sociale" (cfr. la seduta pomeridiana del 29 aprile 1947). Chi votò in favore dell'emendamento, dunque, lo fece nella piena consapevolezza del suo

significato, e proprio sulla base del convincimento che ciò che ad alcuni (in particolare a Gronchi) pareva un suo difetto ne era, in realtà, un pregio. Non basta. Già prima (in apertura della stessa seduta) Dossetti, in replica alle perplessità di molti (ad esempio di Codignola) sul significato da attribuire al principio della “equipollenza di trattamento scolastico” aveva chiarito che ciò non implicava affatto un onere finanziario a carico dello Stato, e Binni aveva annunciato il proprio voto favorevole in quanto il testo concordato non comportava “neppure l’ombra di sovvenzioni” da parte dello Stato.

Certo, i sostenitori della legittimità del finanziamento alle scuole private si aggrappano all’intervento di Corbino in sede di dichiarazione di voto, nel quale si affermò che intenzione dell’emendamento aggiuntivo non era quella di proibire, bensì quella di non rendere obbligatorio il sussidio dello Stato. Non si deve però dimenticare (a parte quanto detto in precedenza sul dubbio valore che, così, avrebbe il disposto costituzionale) che Corbino interveniva in sede di dichiarazione di voto, e cioè in una fase del procedimento nella quale (come il Presidente Terracini ricordò espressamente) non si può riaprire la discussione. A quel punto, dunque, nessuno poteva ulteriormente intervenire per discutere il testo (e men che meno per cambiarlo), sicché l’intervento di Corbino valeva e vale per ciò che era ed è: la manifestazione del convincimento personale di un deputato alla Costituente. Per soprammercato, subito dopo Corbino intervenne Gronchi, dicendo: “Io vi faccio osservare che una dizione quale quella che si chiede in aggiunta al primo articolo potrà essere anche interpretata come vuole

l'onorabile Corbino, ma può essere anche interpretata in senso assai più estensivo". Chi, dunque, ritiene che in astratto la *intentio* dei Costituenti potesse essere disvelata dalle due dichiarazioni, deve riconoscere che la contraddizione fra le medesime dichiarazioni è clamorosa, sicché in concreto nulla può desumersene (analogamente, S. MASTROPASQUA, *Op. cit.*, 83). Una volta di più è quello del testo, il terreno sul quale l'interprete può muoversi rassicurato da certezze e non sviato da sottintesi o ambiguità.

Non basta ancora. Nella seduta del 30 aprile, Bernini rilevò che "è stato stabilito con l'articolo 27 che le scuole private non abbiano sovvenzioni", e addirittura lamentava il fatto che - con i sussidi agli alunni - il principio della sovvenzione, cacciato dalla porta, potesse rientrare dalla finestra. Identica riflessione nell'intervento, immediatamente successivo, di Tonello, mentre Laconi (che saggiamente richiamò sull'esigenza di non indagare sulle intenzioni di chi votava...) dichiarò di votare a favore delle norme sul diritto allo studio di tutti gli studenti, capaci e meritevoli privi di mezzi, di tutte le scuole, solo per ciò che dicevano, non certo per ciò che non dicevano (la reintroduzione, cioè, della sovvenzione alle scuole private).

Lo stesso Moro, del resto, proponeva tutt'al più un sussidio pubblico in favore non delle scuole private, bensì degli alunni capaci e bisognosi, ancorché inseriti in scuole private. Non solo, dunque, la legge censurata non rispetta la Costituzione vigente, ma non rispetterebbe neppure quelle che sarebbero le previsioni costituzionali se le proposte dei fautori del finanziamento alle scuole private fossero state accolte, in

quanto non ne osserverebbe le condizioni (l'erogazione del sussidio agli alunni; la condizione di bisogno di questi).

Da qualunque punto di vista la si riguardi, la legge censurata è dunque costituzionalmente illegittima. E - è bene precisare - lo sarebbe anche accogliendo (peraltro erronee) tesi intermedie, che ammettano parzialmente il finanziamento pubblico per le scuole private. Ciò vale, in particolare, per l'opinione (cfr. ad es. G. ZANGARA, *I diritti di libertà della scuola*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1959, 429) che sostiene la legittimità dei finanziamenti alle scuole "a sgravio" (nella misura in cui, cioè, l'erogazione del servizio scolastico attraverso le scuole private determina un indiretto risparmio per l'erario). Per un verso, infatti, non risulta che il legislatore regionale si sia preoccupato di distinguere fra scuola e scuola in ragione dell'eventuale "sgravio" derivante dalla sua esistenza; per l'altro, uno sgravio non può esistere laddove non vi è scuola dell'obbligo (lo riconoscono anche i seguaci dell'opinione criticata: cfr. M. BERTOLISSI, *Scuola privata e finanziamento pubblico*, in *Dir. soc.*, 1981, 550 sg.). E di obbligo scolastico, ovviamente, non può parlarsi per le scuole materne. La disciplina del (non) finanziamento alle scuole private è dunque inequivoca (e si può sottrarre al riconoscimento di questa verità solo chi - invero in modo a dir poco singolare - afferma che la disposizione di cui all'art. 33 Cost. sarebbe "recessiva" rispetto al sistema nel suo complesso, e che vi sono molte disposizioni costituzionali rimaste "lettera morta": così S. MASTROPASQUA, *Op. cit.*, 97) .

Questa disciplina non solo non confligge, ma è graniticamente coerente

con il principio di libertà che - come già accennato - ispira tutta la normativa costituzionale in materia di scuola. Tale principio illumina tutto il settore: libertà di istituire scuole private; libertà di insegnamento; libertà degli studenti di formarsi i propri autonomi convincimenti, etc. La preclusione del finanziamento pubblico non comprime, ma addirittura esalta la libertà, che - come esattamente rileva il giudice *a quo* - è inevitabilmente assoggettata a limiti e controlli quando la mano pubblica interviene per sostenerla finanziariamente (in questo senso, in dottrina, ad es. P. GASPARRI, *L'autonomia didattica e amministrativa degli enti d'istruzione*, in AA. VV, *L'istruzione*, Vicenza, 1967, 78; F. RIGANO, *La libertà assistita*, Padova, 1995, 290 sgg.). La cosa, qui, si è puntualmente verificata, come dimostra chiaramente il sistema degli “impegni” che le scuole private sono costrette ad assumere in sede di convenzione, se vogliono poi godere del pubblico sostegno. Il divieto di finanziamento con pubblico danaro delle scuole private non è dunque un limite, ma una vera e propria garanzia per la libertà (fondamentale!) di istituirle.

Per chiarire quanto gravemente vulnerate siano la libertà di insegnamento e la libertà di istituire scuole, garantite dall'art. 33, commi 1 e 3, Cost., basti riflettere su ciò che, nel sistema della legge qui censurata, per come in concreto attuata, qualunque istituzione scolastica privata che voglia accedere al sostegno previsto dalla l. reg. n. 52 del 1995, deve necessariamente conformarsi alle previsioni dettate dal Protocollo d'intesa tra la Regione e la FISM. Esso, però, incide profondamente sull'autonomia didattica, sull'organizzazione dei servizi,

sullo stesso rapporto di impiego dei dipendenti, condizionando così in modo inaccettabile le libere scelte di chi voglia operare nel settore scolastico per l'infanzia. Per soprammercato, tale condizionamento è determinato da un atto (il Protocollo) che recepisce, oltre alla volontà dell'Ente regionale, la privata volontà della FISM, e cioè di una associazione privata, che possiede una specifica connotazione ideale e culturale. Come nell'orwelliana fattoria degli animali, dunque, anche se formalmente tutti sono eguali, sostanzialmente alcuni operatori scolastici finiscono per essere... più eguali degli altri (il punto è colto anche da F. RIMOLI, *Scuole private*, cit., 709). Cosa, questa, tanto più grave nel caso di specie, in quanto la FISM ha un preciso orientamento religioso, che impone uno scrutinio ancor più puntuale da parte del giudice delle leggi, in obbedienza al principio di laicità dello Stato (che - sent. n. 508 del 2000 - non vuole l'indifferenza nei confronti del fenomeno religioso, ma certo non legittima il privilegio).

Il fatto che le scuole materne private siano libere di richiedere o meno il finanziamento (assoggettandosi così ai connessi obblighi) non ha alcun rilievo. E' infatti evidente che coloro che non volessero sottoporsi agli oneri limitativi della loro libertà dovrebbero "pagare" la difesa della libertà medesima con l'impossibilità di usufruire del finanziamento pubblico, subendo così un evidente danno. In realtà l'argomento qui criticato, non a caso, è stato utilizzato dalla dottrina (cfr. ad es. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, 2^a ed., Parte spec., Padova 1992, 499) per giustificare la "programmazione per incentivi" che i pubblici poteri impongono agli operatori economici privati

subordinando la concessione di un beneficio al rispetto di limiti od obiettivi determinati dalla mano pubblica. Non a caso, si diceva, perché il ragionamento può funzionare quando ci si muove sul terreno di una libertà economica, nel quale la valutazione costi/benefici è connaturata all'essenza stessa della libertà, ma cade nel momento in cui si pretende di estenderlo ad una libertà peculiare come quella della scuola, che si collega intimamente a quella vera e propria preconditione di tutte le altre libertà che (dai tempi di Spinoza e Milton) è la libertà di coscienza (sul suo rango nel nostro sistema costituzionale, cfr., *ex plurimis*, sentt. nn. 334 del 1996; 329 del 1997; 508 del 2000). Qui, spazio per calcolare i costi (in termini di libertà) per avere i vantaggi (in termini di benefici economici) non ve n'è.

Tutto questo è stato completamente dimenticato dal legislatore regionale, che ha tranquillamente previsto che i Comuni possono contribuire alla gestione delle scuole private, addossandosi “*oneri [...] per contributi di spesa corrente e di investimento*” (art. 10, penultimo comma, della l. reg. n. 6 del 1983, nel testo introdotto dalla l. reg. n. 52 del 1995), e che essi possono attivarsi per il “sostegno” (*sic!*) delle scuole private (art. 2, comma 1, lett. B), della l. reg. n. 6 del 1983, nel testo introdotto dalla l. reg. n. 52 del 1995). Come si riconosce espressamente nel provvedimento impugnato nel giudizio principale (v. la parte dell'All. A nella quale si definisce la fascia di Comuni “B”), gli oneri finanziari che la legge regionale consente ai Comuni di assumere in materia scolastica sono diretti in favore delle scuole private. In questo modo, e in considerazione dell'enorme vastità degli obiettivi degli

interventi di sostegno (ciò che si evince dall'ampiezza dei temi oggetto della convenzione-tipo), si chiarisce che il finanziamento pubblico non riguarda i soli studenti (o le loro famiglie) per consentire che tutti, anche coloro che si rivolgono alla scuola privata siano posti in condizione di godere effettivamente del diritto allo studio. Esso si rivolge invece (addirittura primariamente!) agli istituti privati, e vale a sostenere direttamente la loro gestione. Come ha affermato codesta Ecc.ma Corte costituzionale (sent. n. 454 del 1994), però, l'art. 33, comma 3, Cost., non è violato solo laddove la "*prestazione pubblica*" di sostegno ("*coerentemente con i principi propri dell'assistenza scolastica*") abbia "*come destinatari diretti gli alunni, e non le scuole*" (si trattava di un caso di fornitura diretta di libri di testo agli alunni). Anche coloro che sono favorevoli ad un maggior interesse nei confronti dell'istruzione privata, invero, sono consapevoli che oltre questo limite (del sostegno agli alunni, perché bisognosi o meritevoli) non si può andare (cfr., ad es., C. VIDAL PRADO, *Stato sociale, parità scolastica e sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2001, 89 sg.). Lo stesso legislatore statale ha seguito la strada del finanziamento agli alunni o alle loro famiglie, specie se in condizioni economiche disagiate (art. 1, commi 9-11, l. n. 62 del 2000), e quando ha erogato provvidenze alle scuole private (cfr. art. 31, comma 2, l. n. 1073 del 1962), lo ha fatto in proporzione all'accoglienza di alunni in disagiate condizioni economiche (sicché, a prescindere dai pur notevoli dubbi sulla legittimità di simili previsioni, esse riguardano ipotesi del tutto diverse da quella che ne occupa).

Alle scuole private, invece, si rivolgono, appunto, direttamente le

provvidenze previste dalla l. reg. n. 52 del 1995, che pertanto viola in modo inequivocabile il parametro costituzionale invocato.

Nel suo intervento, la FISM sostiene che la legge censurata non disporrebbe finanziamenti in favore delle scuole, ma li destinerebbe ai comuni (p. 30). Tale sconcertante affermazione è indice dell'imbarazzo e della difficoltà dei sostenitori della legittimità della legge: come è possibile sostenere che le scuole non siano destinatarie dei finanziamenti, quando i fondi regionali sono destinati ai Comuni proprio per attivare convenzioni con le scuole private (alle quali i finanziamenti, poi, debbono essere erogati)? Quasi che il passaggio intermedio (dalla Regione alla scuola privata "attraverso" il Comune) modificasse l'identità del destinatario!

Il fatto che nel nostro ordinamento siano stati previsti sussidi alle scuole materne private che accolgono gratuitamente alunni in disagiate condizioni economiche (art. 31, comma 2, l. n. 1073 del 1962 e 339 d. lgs. n. 297 del 1994, ricordati dalla FISM a p. 32 dell'atto di intervento) non sposta affatto - come ora ricordato - i termini del problema, ed anzi dimostra che i finanziamenti sono stati diretti in realtà agli alunni, poiché: a) li si è subordinati allo stato di necessità degli alunni accolti; b) li si è commisurati al numero degli stessi.

Quanto, poi, alla numerosa legislazione regionale accavallatasi in materia, il richiamarla (come fa la FISM) è, per i difensori della legge, addirittura controproducente. Per un verso, qui si discute appunto della legittimità di un siffatto intervento regionale; per l'altro, proprio il rincorrersi di simili abusi dimostra la necessità e l'urgenza di una

pronuncia chiarificatrice di codesta Ecc.ma Corte costituzionale, che ripristini la corretta distinzione tra scuole private e scuole pubbliche, tra le quali non è possibile confondere (che, pur entro il “*sistema nazionale di istruzione pluralistico previsto dal quarto comma*” dell’art. 33 Cost., una differenza vi sia e sia evidente è recentemente affermato da codesta Ecc.ma Corte costituzionale, ad esempio, nella sent. n. 220 del 2007, ma v. anche Cons. Stato Sez. VI, 30 maggio 2007, n. 2755).

P.Q.M.

si insiste nelle conclusioni già rassegnate in atti.

Roma - Firenze, 23 dicembre 2008

Avv. Prof. Massimo Luciani

Avv. Corrado Mauceri

Avv. Prof. Federico Sorrentino