

FRANCO SCIARRETTA (*)

GENESI, QUALIFICAZIONE NORMATIVA E SOGGETTIVITA' GIURIDICA DELLE UNIVERSITA' TELEMATICHE.

Sommario. 1. – L'apparizione delle università telematiche nel sistema universitario. 2. – Delimitazione dell'indagine. 3. – Qualificazione normativa e natura giuridica. 4. – Libertà della scuola ed istruzione universitaria. 5. – Disciplina pubblicistica, esercizio della funzione di istruzione superiore e natura giuridica. 6. – Evoluzione della nozione di ente pubblico e soggettività giuridica delle università telematiche. 7. – Accreditemento nel sistema universitario e valore legale dei titoli di studio. 8. – Genesi privata, pluralismo scolastico e indici di pubblicità. 9. – Istituzione ed estinzione delle università telematiche quali elementi di disciplina rivelatori di connotazione pubblicistica. 10. – Distinzione del momento istitutivo dal momento attributivo del potere di rilascio dei titoli accademici quale indice rivelatore di connotazione privatistica. 11. – Problemi applicativi di disciplina giuridica. Regime degli atti e dei contratti. 12. – Regime delle assunzioni e dei rapporti di lavoro. 13. – Regime delle responsabilità.

1. – L'apparizione delle università telematiche nel sistema universitario.

Una impronta marcatamente statalista e centralista ha contraddistinto il sistema universitario italiano dalla nascita dello Stato unitario all'epoca repubblicana, che si è tradotta nelle pervasive competenze del Ministero della pubblica istruzione (1). Ciò ha fatto sì che, sino a tempi piuttosto recenti, tale sistema si è basato sulle università statali, integrato da alcune università non statali, altrimenti denominate università «libere» o «private» (2), deputate ad impartire istruzione superiore complementariamente a quella degli atenei statali. In questo sistema, l'università era per antonomasia pubblica e statale, mentre le università «libere» o «private» (3) costituivano una realtà peculiare e del tutto marginale. Le differenze sostanziali tra le due tipologie di istituzioni universitarie erano rappresentate dall'origine e dalla provvista dei mezzi finanziari. Le prime istituite dallo Stato e sostenute interamente con risorse pubbliche. Le seconde sorte per iniziativa per lo più di soggetti privati,

persone fisiche ed enti, finanziate prevalentemente da privati. La diversità dell'origine si ripercuoteva sulla qualificazione giuridica delle due forme organizzative: enti-organo dello Stato, le università statali; enti pubblici non economici, le università «libere». La natura pubblica delle seconde, non sancita dal diritto positivo ma rispondente ad un costante orientamento giurisprudenziale (4) e ad un diffuso convincimento dottrinale (5), era in sintonia con un sistema nel quale l'istruzione superiore era considerata compito dello Stato, che vi provvedeva tramite le proprie università e, in taluni casi, attraverso università non statali autorizzate a rilasciare titoli di studio con valore legale. Ferma restando la differenza sotto l'aspetto finanziario, non gravando le università «private» sul bilancio statale (o, meglio, gravandovi in misura minore), e pure disponendo di una più accentuata autonomia, esse presentavano, tuttavia, scopi, assetto organizzativo, poteri amministrativi e disciplina del tutto analoghi a quelli delle università statali. Il carattere statalista del sistema universitario si è soltanto attenuato a seguito del processo di autonomia universitaria (6), che – in attuazione dell'art. 33, comma 6, Cost., ha preso avvio sul finire degli anni '80 del secolo scorso e si è sviluppato nei successivi anni '90 – ha condotto a riconoscere progressivamente alle università autonomia statutaria, amministrativa, finanziaria, contabile, sino ad una completa autonomia didattica concretatasi nella «*ristrutturazione dei cicli universitari e dei livelli dei titoli di studio*» (7). L'autonomia universitaria ha costituito una risposta anche ad una domanda di formazione superiore in rapida e continua evoluzione, a fronte dei molteplici cambiamenti della società civile e del mondo delle professioni. A tale processo di autonomia che ha interessato le università statali, ha corrisposto una più consistente presenza delle università non statali (8). Il sistema nazionale di istruzione superiore si è così strutturato in università statali, scuole superiori ad ordinamento speciale ed università non statali.

In tale contesto, si inseriscono le università telematiche, figure soggettive che si presentano quale nuova forma organizzativa ed operativa di istituzioni universitarie che si affianca ai preesistenti modelli delle università statali e delle università non statali. Introdotte dal legislatore nazionale con l'art. 26, comma 5, l. 27 dicembre 2002, n. 289 (9), cui è stata data attuazione con il decreto interministeriale 17 aprile 2003 (10), le università telematiche sono state oggetto di successivi interventi normativi che ne hanno riguardato singoli aspetti (11). La disciplina complessiva difetta di organicità, presentandosi frammentaria ed eterogenea, per più profili di non agevole interpretazione (12). Gli undici atenei telematici inclusi nel sistema universitario (13) sono stati istituiti tutti nel triennio 2004-2006, ciascuno tramite un apposito decreto ministeriale, per iniziativa di soggetti privati (su cui v. *amplius* par. 2 che segue). Il rispettivo assetto organizzativo, che in larga parte ricalca quello delle università tradizionali, è delineato dallo statuto – approvato, unitamente al regolamento didattico, dal provvedimento ministeriale che istituisce l'ateneo e ne determina l'accreditamento quale istituzione universitaria abilitata al rilascio di titoli accademici aventi valore legale – ed il modulo didattico si basa su corsi di studio a distanza che utilizzano le moderne tecnologie informatiche e telematiche, secondo requisiti e standard dettati dal d.i. 17 aprile 2003 (14).

(*) Ricercatore confermato di diritto amministrativo nell'Università Unitelma Sapienza di Roma.

Note al par. 1

- 1) Sull'evoluzione del sistema di istruzione superiore in Italia, la letteratura è vasta. Per una ricostruzione in chiave storica G. LUZZATTO, *L'Università*, in *La scuola italiana dall'Unità ai nostri giorni*, a cura di G. CIVES, Firenze, La Nuova Italia, 1993, 153 ss.; U.M. MIOZZI, *Lo sviluppo storico dell'Università italiana*, Firenze, Le Monnier, 1993; G. LUZZATTO, *2001: l'odissea dell'università nuova*, Firenze, La Nuova Italia, 2001; A. SINDONI, *Genesi e sviluppo dell'Università in Italia e in Europa*, in *Itinerarium*, anno IX, n. 18, maggio-agosto 2001, 21 ss.; U.M. MIOZZI, *Lo sviluppo storico dell'Università italiana. 2, Gli anni dell'autonomia, 1988-1997*, Formello, Seam, 2003; F. BONINI, *La politica universitaria*

nell'Italia repubblicana, in *Storia delle Università in Italia*, a cura di G.P. BRIZZI, P. DEL NEGRO e A. ROMANO, vol. I, Messina, Sicania, 2007, 425 ss.; F. COLAO, *Tra accentramento e autonomia: l'amministrazione universitaria dall'Unità ad oggi*, in *Storia delle Università in Italia*, a cura di G.P. BRIZZI, P. DEL NEGRO e A. ROMANO, cit., 287 ss. Sulla vicenda istituzionale dell'università nel periodo che va dalla nascita dello Stato unitario sino all'avvento della Repubblica, M. MORETTI, *La questione universitaria a cinquant'anni dall'unificazione. La Commissione Reale per il riordinamento degli studi superiori e la relazione Ceci*, in *L'Università tra Otto e Novecento: i modelli europei e il caso italiano*, a cura di I. PORCIANI, Napoli, Jovene, 1994, 207 ss.; G. RICUPERATI, *Per una storia dell'università italiana da Gentile a Bottai: appunti e discussioni*, in *L'università tra Otto e Novecento: i modelli europei e il caso italiano*, a cura di I. PORCIANI, cit., 311 ss.; F. COLAO, *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale*, Milano, Giuffrè, 1995; M. MORETTI, *L'istruzione superiore fra i due secoli: norme, strutture, dibattiti*, in *Una difficile modernità. Tradizioni di ricerca e comunità scientifiche in Italia 1894-1940*, a cura di A. CASELLA, A. FERRARESI, G. GIULIANI e E. SIGNORI, Pavia, Università degli Studi di Pavia, La Goliardica Pavese, 2000, 351 ss.; I. PORCIANI, M. MORETTI, *La creazione del sistema universitario nella nuova Italia*, in *Storia delle Università in Italia*, a cura di G.P. BRIZZI, P. DEL NEGRO e A. ROMANO, cit., 323 ss. Per un inquadramento sistematico delle università degli studi e delle altre istituzioni universitarie in base alla normativa vigente ante «riforma Gelmini» di cui alla l. 30 dicembre 2010, n. 240, M. SALAZAR, *Università e altre scuole d'istruzione superiore*, in *Noviss. dig. it., App.*, VII, Torino, Utet, 1987, 1009 ss.; A. BARETTONI ARLERI-F. MATARAZZO, *Università degli studi*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, Giuffrè, 1992, 822 ss.; S. MANZIN MAESTRELLI, *Istruzione superiore*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 42 ss.; F. MERLONI, *Università, enti pubblici di ricerca, accademie*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, Torino, Giappichelli, 1994, 237 ss.; O. SEPE, *Università degli studi. I) dir. pubbl.*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, Ist. enc. it., 1994, 1 ss.; W. GASPARRI, *Università degli studi*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, Utet, 2000, 610 ss. Per un'acuta analisi del sistema universitario anteriore al riconoscimento dell'autonomia delle università intervenuto con la l. 9 maggio 1989, n. 168, M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 740 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, 939 ss. Sull'assetto delle università a seguito del processo di autonomia avviato con la l. 168/1989, sulle sue criticità e sulle sue prospettive, A. MASSERA, *L'Università nel rinnovato sistema universitario*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, III, Modena, Mucchi, 1996, 1099 ss.; R. MOSCATI (a cura di), *Chi governa l'università? Il mondo accademico italiano tra conservazione e mutamento*, Napoli, Liguori, 1997; G. CAPANO, *L'università in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2000; A. MARI,

Organizzazione e funzionamento delle università, in *Quaderni – Giornale di diritto amministrativo*, diretti da S. CASSESE, Milano, Ipsoa, 2005, 46 ss.; G. CAPANO, *Il governo degli atenei*, in *L'università di fronte al cambiamento. Realizzazioni, problemi, prospettive*, a cura di R. MOSCATI e M. VAIRA, Bologna, Il Mulino, 2008, 117 ss.; M. VAIRA, *L'organizzazione universitaria alla prova della riforma*, in *L'università di fronte al cambiamento. Realizzazioni, problemi, prospettive*, a cura di R. MOSCATI e M. VAIRA, cit., 23 ss.; A. POLICE, *Verso nuovi strumenti di governance nelle università?*, in *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, a cura di G. DELLA CANANEA e C. FRANCHINI, Torino, Giappichelli, 2009, 101 ss.; G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 197 ss.; A. GRAZIOSI, *L'università per tutti. Riforme e crisi del sistema universitario italiano*, Bologna, Il Mulino, 2010; G. LUZZATTO, *Il cambiamento del sistema universitario italiano: lo scenario di riferimento*, in *Come e perché cambiano le università in Italia e in Europa. Nuove politiche dell'istruzione superiore e resistenza al cambiamento*, a cura di R. MOSCATI, Napoli, Liguori, 2010, 5 ss. Sulla organizzazione e governance delle università come delineate dalla l. 240/2010, E. CAVALIERI, *Il D.D.L. sulla riforma universitaria. Osservazioni sul modello di governance proposto*, in *Luci ed ombre della riforma universitaria*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Bari, Cacucci, 2010, 23 ss.; M. DOGLIANI, S. RODA, *Il modello ideale di università presupposto dal DDL Gelmini*, Conferenza Università di Torino, in www.unito.it/Documenti/R/relazione/Roda_Dogliani_ConferenzaAteneo2010.pdf, 2010; M. REGINI, *Alcune note sul progetto Gelmini di riforma dell'Università*, in www.scienzainrete.it, 2010; S. BATTINI, *La nuova governance delle Università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 2, 359 ss.; E. CARLONI, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 4, 366 ss.; G. GRASSO, *Governance e autonomia del sistema universitario: problemi e prospettive*, in *Ripensare l'Università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, a cura di A. ARCARI e G. GRASSO, Milano, Giuffrè, 2011, 1 ss.; F. MERLONI, *La nuova governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2011, 353 ss.; M. RUSCIANO, *Tutto e niente nella legge di riforma dell'Università*, in *La riforma dell'università tra legge e statuti: analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, a cura di M. BROLLO e R. DE LUCA TAMAJO, Milano, Giuffrè, 2011, 335 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Ci vuole poco per fare una università migliore: guardando oltre la riforma Gelmini*, Fagnano, Il Sirente, 2011; G. M. ESPOSITO, *Riforma dell'Università e governance della conoscenza*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. PICOZZA e A. POLICE, Torino, Giappichelli, 2013, 93 ss. Analizzano alla stregua dei principi costituzionali il processo riformatore intrapreso con la l. 240/2010 e sviluppato con i successivi provvedimenti attuativi, C. PINELLI, *Sulla legittimità costituzionale del decreto Gelmini*

sull'organizzazione delle Università, in www.astrid-online.it/rassegna/rassegna-i/29-03-2010/Pinelli_decreto-Gelmini-Univ.pdf, 2010; R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, Jovene, 2012; R. CALVANO, *I soggetti della riforma universitaria e la Costituzione. Nuovi profili problematici*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. PICOZZA e A. POLICE, cit., 61 ss. Esaminano in prospettiva comparata la struttura istituzionale ed i processi decisionali delle università europee, A. ROMANO, *Università in Europa: le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni strutture, organizzazione, funzionamento*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1995; P. MAGARO', *Autonomia universitaria e governance multilivello*, in *Le autonomie al centro*, a cura di M. SCUDIERO, Napoli, Novene, 2007, t. I, 441 ss.; L. MARRUCCI, *Come si governano le università degli altri: una prospettiva comparata*, in *La crisi del potere accademico in Italia. Proposte per il governo delle università*, a cura di G. CAPANO e G. TOGNON, Bologna, Il Mulino-Arel, 2008, 135 ss.; M. REGINI (a cura di), *Malata e denigrata, L'Università italiana a confronto con l'Europa*, Roma, Donzelli, 2009; R. MOSCATI, M. REGINI, M. ROSTAN (a cura di), *Torri d'avorio in frantumi? Dove vanno le università europee*, Bologna, Il Mulino, 2010; G. CAPANO, *Introduzione: strutture di base e processi decisionali nelle università europee*, in *Tra didattica e ricerca: quale assetto organizzativo per le università italiane? Le lezioni dell'analisi comparata*, a cura di G. CAPANO e M. REGINI, Fondazione CRUI, Roma, in www.fondazionecruai.it, 2011, 9 ss.; M. REGINI, *Conclusioni: problemi comuni, risposte differenti*, in *Tra didattica e ricerca: quale assetto organizzativo per le università italiane? Le lezioni dell'analisi comparata*, a cura di G. CAPANO e M. REGINI, cit., 137 ss.; A. DIURNI, *Competitività sotto il profilo comparatistico: Francia, Germania e Spagna*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. PICOZZA e A. POLICE, cit., 317 ss. Per un ampio studio sempre in prospettiva comparativa, A.L. TROMBETTI, A. STANCHI, *L'università italiana e l'Europa*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010. Sulle università virtuali e la didattica *on line*, M.C. PETTENATI, D. GIULI, *Il sistema Università Virtuale*, in *Innovazione tecnologica e cambiamento dell'Università: verso l'Università Virtuale*, a cura di A. CALVANI, Firenze, Florence University Press, 2001, 7 ss.; P. GHISLANDI, *L'università virtuale; apprendere e insegnare on-line*, in *L'Università per un sistema formativo integrato. Fondamenti, connessioni, esperienze, prospettive*, a cura di AA.VV., Milano, Vita e pensiero, 2001, 175 ss.; P. GHISLANDI, *E-learning. Riflessioni sulla didattica e sull'innovazione in università*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2002; P. ARDIZZONE, P.C. RIVOLTELLA, *Didattiche per l'e-learning. Metodi e strumenti per l'innovazione del sistema universitario*, Roma, Carocci, 2003; V. ELETTI, E. VALENTINI, *L'e-learning nelle Università*, in *E-learning in Italia, una strategia per l'innovazione*, a cura di R. LISCIA, Milano, Apogeo, 2005,

123 ss.; P. GHISLANDI, *Verso la e-university. Contributi per una nuova didattica universitaria*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2007; C. SCURATI, P. ARDIZZONE, M. PARRICCHI, F. FALCINELLI, P. CALIDONI, P. GHISLANDI, *EUniversity. Modelli di innovazione didattica a confronto*, in *Ontologie, simulazione, competenze*, a cura di N. PAPARELLA, Castrignano dei Greci, Amaltea, 2007, 139 ss.; E. VALENTINI, *Continuità e innovazione: il riformismo nella didattica*, in *L'Università al futuro: sistema, progetto, innovazione*, a cura di A. MASIA e M. MORCELLINI, Milano, Giuffrè, 2009, 113 ss., spec. 133 ss. Analizzano specificamente il fenomeno delle università telematiche, G. D'ADDONA, *Le Università telematiche*, in *Universitas*, anno XXIV, n. 88, giugno 2003; S. D'ANTONI, *The virtual University and e-learning. Models and Messages*, Unesco Publishing International Institute for Education Planning, in www.unesco.org/iiep/virtualuniversity/home.php, 2003; E. VALENTINI, *Il caso italiano delle università telematiche*, in *Il sistema Università della XIV Legislatura. Riforme e questioni aperte*, a cura di V. MARTINO e E. VALENTINI, Lecce, Pensa Multimedia, 2007; E. VALENTINI, *Università in rete. Esperienze e punti di vista tra innovazione normativa e dibattito istituzionale*, Centro interuniversitario per le ricerche sulla sociologia del diritto, dell'informazione e delle istituzioni giuridiche (C.I.R.S.D.I.G.), Università degli Studi di Messina, Working Paper n. 28/2009, in www.cirsdig.it/Pubblicazioni/valentini.pdf, 2009.

- 2) La distinzione tra università «regie» (oggi, «statali») ed università «libere» o «private» (oggi, «non statali») risale all'art. 1 r.d. 31 agosto 1933, n. 1592 (recante, «*Approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore*»).
- 3) La prima definizione è ormai normativamente superata ed è stata utilizzata dal legislatore dei primi decenni del secolo scorso per indicare le istituzioni universitarie diverse dalle università regie (poi, divenute statali). La seconda definizione è tuttora impiegata nella prassi per differenziare (e, talvolta, per contrapporre), per quanto attiene soprattutto al finanziamento del sistema universitario nel suo complesso, il sistema pubblico delle università statali rispetto al sistema alternativo delle università non statali.
- 4) Per la giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Cass., sez. un., 30 giugno 2014, n. 14742, che ha ritenuto inclusa l'Università Cattolica del Sacro Cuore nella categoria degli enti pubblici non economici in applicazione dello statuto che le attribuisce la personalità giuridica di diritto pubblico; *Id.*, ord. 11 marzo 2004, n. 5054; *Id.*, 10 maggio 2001, n.180; *Id.*, 10 giugno 1998, n. 5759; *Id.*, 5 marzo 1996, n. 1733; *Id.*, 8 febbraio 1993, n. 1548; *Id.*, 8 febbraio 1993, n. 1547; *Id.*, 2 marzo 1987, n. 2191; *Id.*, 19 marzo 1984, n. 1858; *Id.*, 22 novembre 1983, n. 6992. Per la giurisprudenza amministrativa più recente, Cons. Stato, III, 30 ottobre 2012, n. 5522 e Cons. Stato, VI, 16 febbraio 2010, n. 841, entrambe concernenti sempre l'Università Cattolica del Sacro Cuore; Tar Lombardia, IV, 6 settembre 2011, n. 2158.

- 5) Sulla natura pubblica delle università non statali, V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 67 ss.; ID., *Libertà della scuola e libertà di insegnamento*, in *Giur. cost.*, 1958, 487 ss.; O SEPE, *Note sulla natura giuridica delle Università statali*, in *Riv. amm.*, 1960, 236 ss., spec. 242; P. CERCIELLO, *Intorno alla natura giuridica delle università libere*, in *Studi sassaresi*, vol. I, Milano, 1969, 731 ss.; S. DE SIMONE, *Linee di individuazione della disciplina costituzionale delle "libere" università*, in *Riv. giur. scuola*, 1972, 295; P. CARETTI, *Libertà "della" scuola e libertà "nella" scuola*, in *Quale giustizia*, 1973, fasc. 19, 123 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, 1025; N. DANIELE, *La pubblica istruzione*, Milano, Giuffrè, 1986, 307; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991, 673. In senso dubitativo o problematico sulla natura pubblica delle università non statali, V. ZANGARA, *I diritti di libertà nella scuola*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1959, 480 s.; P. CERCIELLO, *Università libere e università private*, in *Riv. giur. scuola*, 1972, 303 s.; U. POTOTSCHNIG, *Prospettive del pluralismo sociale oggi: problemi istituzionali*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Atti del L corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Milano, 1980, 125; V. CERULLI IRELLI, *Commento all'art. 122 d.p.r. n. 382 dell'11 luglio 1980*, in *La riforma universitaria*, a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI e V. CERULLI IRELLI, Milano, Giuffrè, 1981, 679 ss., il quale definisce le università non statali «strane figure mezze private e mezze pubbliche, in quanto alla forma, alcune quasi private altre surrettiziamente statali, in quanto alla sostanza ...dei loro bilanci». In senso critico circa la qualificazione pubblicistica delle università «libere» o «private», S. LARICCIA, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*, in *Giur. cost.*, 1972, 2185 ss.; B.G. MENOLASCINA, *La questione delle libere università*, Firenze, La Ginestra, 1985, 38 ss.; A. ACCARDO, *La scuola. Diritto, problematiche, prospettive*, Padova, Cedam, 1991, 91. Ascrivono le università libere alla categoria delle persone giuridiche private, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1977, 1191; A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, 374; L. FERRARA, *Le Università "libere": enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 276 ss. Sulle origini e sull'evoluzione della disciplina giuridica delle università «libere», M.A. CARNEVALE VENCHI, *Università libere e Università private*, in *Riv. giur. scuola*, 1972, 427 ss.; A. CONTENTI, *Aspetti della riforma universitaria con riferimento alle Università libere*, ivi, 403 ss.; G. CORREALE, *Profili costituzionali delle Università private*, ivi, 417 ss.; D. PALAZZO, *A proposito di "libere università"*, ivi, 610 ss.; G. PASINI, *L'istruzione quale pubblico servizio e le università non statali*, in *Foro amm.*, 1972, III, 729 ss.; M. SALAZAR, *Università libere e programmazione economica*, in *Riv. giur. scuola*, 1972, 457 ss. Occorre

precisare che le diverse teorie sulla natura giuridica delle università non statali propuginate dagli studi dianzi indicati attengono agli atenei sorti per iniziativa di persone fisiche ed enti privati. A tale dibattito sono rimaste estranee le università non statali istituite per iniziativa di enti pubblici non statali sulla cui natura pubblicistica vi è stata sostanziale concordanza di opinioni.

- 6) Il progressivo riconoscimento dell'autonomia delle università statali sul finire degli ultimi anni '80 è iniziato con la l. 168/1989 (art. 6), sviluppato attraverso la riforma degli ordinamenti didattici con la l. 19 novembre 1990, n. 341 e completato mediante la provvista dei mezzi finanziari disposta con la l. 24 dicembre 1993, n. 537 (art. 5). Sulla nozione di autonomia in diritto pubblico, M.S. GIANNINI, *Autonomia (teoria generale e diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1958, 356 ss.; A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, Utet, 1987, 30 ss. Sull'ambito dell'autonomia universitaria, M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia*, Roma, 1950, 455 ss., ora in *Scritti, volume terzo 1949-1954*, Milano, Giuffrè, 2003, 403 ss.; S. FOIS, *Università e libertà*, in *Dir. e soc.*, 1978, 355 ss.; F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, in *Dir. e soc.*, 1978, 757 ss.; G. CORREALE, *L'autonomia universitaria*, Napoli, Liguori, 1979; F. BENVENUTI, *L'università: autonomia e decentramento*, in *Universitas*, 1980, I, 50 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1980, 229 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'autonomia delle Università e delle Accademie nella Costituzione italiana*, in *Dir. e soc.*, 1981, 267 ss.; F. MERLONI, *L'autonomia delle Università e degli enti pubblici di ricerca. Alcuni nodi problematici*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 489 ss.; L. PALADIN, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quad. cost.*, 1988, 161 ss.; U. POTOTSCHNIG, *L'autonomia universitaria: strutture di governo e di autogoverno*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 2305 ss., e in *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, 823 ss.; S. CASSESE, *Storia e prospettive dell'ordinamento universitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 819 ss.; P. AQUILANI, A. DE ANTONIIS, *Appunti sui disegni di legge in materia di autonomia universitaria*, in *Foro it.*, 1990, V, 91 ss.; S. CASSESE, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 755 ss.; F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990; N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e autonomia normativa delle università*, in *Foro it.*, 1990, V, 252 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990; A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giur. cost.*, 1991, I, 2973 ss.; F. FENUCCI, *Autonomia universitaria e libertà culturali*, Milano, Giuffrè, 1991; A. SACCOMANNO, *L'autonomia universitaria fra riforme costituzionali e riforme in itinere*, in *Pol. dir.*, 1991,

137 ss.; E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluriclasse*, Milano, Giuffrè, 1992; A. DE TURA, *L'autonomia delle università statali*, Padova, Cedam, 1992; S. CASSESE, *L'autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Foro it.*, 1993, V, 82 ss.; A. CORPACI, *Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma*, in *Foro it.*, 1993, V, 102 ss.; M. CAMELLI, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 161 ss.; D. SORACE, *L'autonomia delle università italiane nel nuovo quadro normativo: una lettura critica*, in *Modelli di università in Europa e la questione dell'autonomia*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1996, 219 ss.; ID., *L'autonomia universitaria degli anni novanta: problemi e prospettive*, in *Dir. pub.*, 1996, 139 ss.; L. MAZZAROLLI, *Il principio costituzionale di autonomia universitaria alla luce della più recente normativa*, in *Dir. amm.*, 1997, 1 ss.; ID., *Professori universitari, Università e garanzia costituzionale dell'autonomia universitaria*, in *Quad. cost.*, 1997, 77 ss.; A. POGGI, *Il "caso" dell'autonomia universitaria: la costruzione di un "effettivo" modello di "autonomia" di un soggetto pubblico*, in *L'effettività tra sistema delle fonti e controlli. Alcuni casi emblematici*, a cura di A. BARDUSCO e F. PIZZETTI, Milano, Giuffrè, 1998, 129 ss.; A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università*, in *Giur. cost.*, 1998, 3332 ss.; U. POTOTSCHNIG, *L'Università come società*, in *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, 820 ss.; S. CASSESE, *L'autonomia e il testo unico sulle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 515 ss.; R. FINOCCHI, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo-Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. CASSESE, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, 1349 ss.; F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico e autonomia funzionale*, Torino, Giappichelli, 2004; N. ROSSI, G. TONIOLO, *L'università italiana: autonomia e decadenza*, in *Italianieuropei*, 1/2004, 61 ss.; A. D'ATENA, *Università e Costituzione*, in *L'autonomia del sistema universitario. Paradigmi per il futuro. Atti del convegno (Roma, 22 marzo 2006)*, a cura di A. D'ATENA, Torino, Giappichelli, 2006, 16; F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, 2008, 739; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, 84 s.; G. GRASSO, *L'autonomia normativa delle Università nel disegno di legge "Norme in materia di organizzazione delle Università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario". Prime annotazioni*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 1743 ss.; C. PINELLI, *L'autonomia universitaria*, in *Autonomia universitaria e rappresentanza delle comunità accademiche, dei saperi e delle discipline*, Atti della giornata di studio indetta dalle Società scientifiche delle scienze giuridiche con in patrocinio del Consiglio Universitario Nazionale, Roma 19 settembre 2011, in www.cun.it.

- 7) Il virgolettato sul processo di autonomia universitaria riportato nel testo è ripreso da G. DALLA TORRE, *Università non statali e Università di tendenza nel sistema universitario italiano*, Convegno internazionale di studi “Le Università “di tendenza” per l’Europa”, Milano 3-5 settembre 2004, in www.olir.it.
- 8) Secondo quanto ora dispone l’art. 1 l. 29 luglio 1991, n. 243 (rubricata, «*Università non statali legalmente riconosciute*»), «*Le università e gli istituti superiori non statali legalmente riconosciuti operano nell’ambito delle norme dell’articolo 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili*».
- 9) L’art. 26, comma 5, cpv. 1, l. 289/2002 («legge finanziaria 2003») prevede che «*Con decreto del Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca, adottato di concerto con il Ministro per l’innovazione e le tecnologie, sono determinati i criteri e le procedure di accreditamento dei corsi universitari a distanza e delle istituzioni universitarie abilitate a rilasciare titoli accademici, ai sensi del regolamento di cui al decreto del Ministro dell’istruzione e della ricerca scientifica e tecnologica 3 novembre 1999, n. 509, al termine dei corsi stessi, senza oneri a carico del bilancio dello Stato fatto salvo quanto previsto dalla legge 29 luglio 1991, n. 243, e dall’articolo 2, comma 5, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 27 gennaio 1998, n. 25 (...)*». Lo stesso art. 26, comma 5, prevede pure i requisiti organizzativi e funzionali che le università telematiche devono soddisfare ai fini dell’autorizzazione al rilascio dei titoli accademici. L’espresso richiamo della l. 243/1991 (concernente le università non statali legalmente riconosciute) e dell’art. 2, comma 5, lettera c), d.p.r. 25/1998 è stato inserito dall’art. 4, comma 1-bis, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80. L’art. 2, comma 5, lett. c), d.p.r. 25/1998 (contenente il regolamento dei procedimenti relativi allo sviluppo ed alla programmazione del sistema universitario) dispone che «*l’istituzione di nuove università o istituti di istruzione universitaria non statali, legalmente riconosciuti, nonché l’autorizzazione al rilascio di titoli aventi valore legale avviene contestualmente all’approvazione dello statuto e del regolamento didattico di ateneo, di cui all’articolo 11, comma 1, della legge 19 novembre 1990, n. 341. A tali università o istituti si applicano le disposizioni di cui alla legge 29 luglio 1991, n. 243*». L’istituzione delle università telematiche e dei corsi di studio a distanza nell’ordinamento universitario nazionale è avvenuta sulla scorta del “Piano d’azione e-learning – Pensare all’istruzione di domani” del 24 maggio 2000 e 28 marzo 2001 varato dalla Commissione dell’Unione Europea e della risoluzione del Consiglio dei ministri dell’istruzione dell’Unione Europea del 13 luglio 2001 sull’e-learning (2001/C 204/02). Un ulteriore impulso all’istruzione a distanza di grado superiore in ambito UE è stato dato dalla decisione n. 2318/2003/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 dicembre 2003, recante adozione di un programma pluriennale (2004-2006) per l’effettiva integrazione delle

tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni (TIC) nei sistemi di istruzione e formazione in Europa (programma *eLearning*). Nell'ordinamento universitario nazionale anteriore all'art. 26, comma 5, cpv., l. 289/2002, l'erogazione di attività didattiche a distanza era già prevista dall'art. 11, comma 3, l. 341/1990, che riconosceva il sostegno finanziario ad «iniziative di istruzione universitaria a distanza attuate dalle università anche in forma consortile con il concorso di altri enti pubblici e privati (...)».

- 10) Il decreto 17 aprile 2003 del ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, emanato di concerto con il ministro per l'Innovazione e le Tecnologie, è rubricato «*Criteri e procedure di accreditamento dei corsi di studio a distanza delle università statali e non statali e delle istituzioni universitarie abilitate a rilasciare titoli accademici di cui all'art. 3 del decreto 3 novembre 1999, n. 509*» (in *G.U.*, 29 aprile 2003, n. 98). Il testo originario è stato modificato, dapprima, dal decreto interministeriale 15 aprile 2005 e, poi, dal decreto interministeriale 14 luglio 2006. Ai fini dell'operatività delle procedure di accreditamento dei corsi di studio a distanza universitari, con d.m. 25 giugno 2003 è stato istituito il Comitato di esperti di cui all'art. 5 del decreto interministeriale 17 aprile 2003. La composizione di tale Comitato è stata variata con d.m. 10 gennaio 2005. A seguito delle modifiche del d.i. 17 aprile 2003 introdotte dal d.i. 15 aprile 2005, i compiti già affidati all'indicato Comitato di esperti sono stati attribuiti al Comitato nazionale di valutazione del sistema universitario (Cnvsu), istituito dall'art. 3 l. 19 ottobre 1999, n. 370. Tale organismo di valutazione è stato sostituito dall'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario (Anvur), costituita dall'art. 2, comma 140, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, conv. in l. 24 novembre 2006, n. 286, la cui composizione ed i cui compiti sono stati disciplinati dal d.p.r. 1 febbraio 2010, n. 76.
- 11) Per quanto rileva ai fini del presente studio, il quadro normativo di riferimento si compone anche del d.m. 5 agosto 2004, n. 262 (inerente alla programmazione del sistema universitario per il triennio 2004-2006), il cui art. 10 (rubricato, «*Istituzione di nuove Università "telematiche" non statali legalmente riconosciute*»), nel dare atto dell'istituzione e dell'accREDITAMENTO delle prime due università telematiche «*Guglielmo Marconi*» e «*Telma*», dispone che «*L'istituzione e l'accREDITAMENTO delle Università "telematiche" autorizzate a rilasciare i titoli di studio aventi valore legale di cui al decreto interministeriale 17 aprile 2003 è disposta con decreto del Ministro, contestualmente all'approvazione dello statuto e del regolamento didattico di Ateneo. Il mantenimento dell'accREDITAMENTO è subordinato a quanto previsto dall'articolo 7, commi 3 e 4, del decreto interministeriale 17 aprile 2003*». Successivamente, l'art. 2, comma 148, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito in l. 24 novembre 2006, n. 286 (recante, «*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*») ha stabilito che «*Per le finalità di cui all'art. 26, comma 5, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, si provveda con regolamento del Ministro dell'università e della*

ricerca, di concerto con il Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, fermi restando i principi e i criteri enunciati nella medesima disposizione e prevedendo altresì idonei interventi di valutazione da parte del Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario (CNVSU) sull'attività svolta, anche da parte delle università e delle istituzioni già abilitate al rilascio dei titoli accademici alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento, non può essere autorizzata l'istituzione di nuove università telematiche abilitate al rilascio di titoli accademici». A fronte della mancata adozione del regolamento di cui all'art. 2, comma 148, d.l. 262/2006, il d.m. 23 dicembre 2010, n. 50 (recante, «*Definizione delle linee generali di indirizzo della Programmazione delle Università per il triennio 2010-2012*») ha sancito al comma 5 dell'art. 6 (rubricato, «*Nuove Università non statali*») il divieto di istituire nuove università non statali telematiche nel triennio 2010-2012 e il d.m. 15 ottobre 2013, n. 827 (recante, «*Linee generali di indirizzo della programmazione 2013-15*») all'art. 3, comma 1, lett. a), ha reiterato il medesimo divieto per gli anni accademici 2013/2014, 2014/2015/ e 2015/2016.

- 12) In ragione dell'estrema farraginosità del quadro normativo e della specificità del servizio offerto dalle università telematiche, con d.m. 3 giugno 2013, n. 429 è stata istituita la Commissione di studio sulle problematiche afferenti alle università telematiche. La relazione conclusiva in data 27 ottobre 2013 di tale Commissione di studio può leggersi in www.istruzione.it/allegati/relazione_conclusiva_commissione_studio_universita_telematiche.pdf. In precedenza, un'analisi mirata sulla situazione delle università telematiche è stata compiuta dal Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario, le cui risultanze, risalenti al gennaio 2010, sono consultabili nel sito <http://www.cnvsu.it>.
- 13) In base all'art. 7, comma 2, d.l. 17 aprile 2003, il provvedimento ministeriale istitutivo determina l'accreditamento dell'ateneo telematico nel sistema universitario, abilitandolo al rilascio dei titoli accademici con valore legale. Su tale presupposto, il sistema nazionale di valutazione, assicurazione della qualità e accreditamento delle università – introdotto dal d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19, in attuazione della delega di cui all'art. 5, commi 1, lett. a), e 3, l. 240/2010 – trova applicazione anche alle università telematiche, secondo quanto dispone l'art. 3, comma 1, d.lgs. 19/2012. Il d.m. 30 gennaio 2013, n. 47 (rubricato, «*Decreto autovalutazione, accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio e valutazione periodica*»), come modificato dal d.m. 23 dicembre 2013, n. 1059), che ha sostituito il d.m. 22 ottobre 2004, n. 270 (con il quale è stato approvato il regolamento sull'autonomia didattica degli atenei, in sostituzione del d.m. 3 novembre 1999, n. 509), all'art. 1 include nel suo ambito di applicazione tutte le istituzioni universitarie, comprese le università telematiche.

14) Le undici università telematiche accreditate attualmente nel sistema universitario sono le seguenti:

Guglielmo Marconi – Roma, istituita con d.m. 1 marzo 2004, promossa dal consorzio interuniversitario «Formazione per la Comunicazione (FOR.COM.)» e dal consorzio «Tertium» (costituito da Cassa di Risparmio di Roma, Wind, consorzio interuniversitario «Formazione per la Comunicazione-FOR.COM.», CARISBO e N.T.A. s.r.l.) ed ora sostenuta dalle fondazioni di diritto privato «Tertium» (già consorzio «Tertium») e «Marsilio Ficino», si definisce nel proprio sito *web* istituzionale, www.unimarconi.it/unimarconi/ateneo, quale ateneo pubblico non statale. L'art. 1 dello statuto dispone che *«L'Università appartiene alla categoria delle Istituzioni previste dall'articolo 1, n. 2, del Testo Unico delle Leggi sull'istruzione superiore approvato con Regio Decreto 31 agosto 1933 n. 1592, ed è dotata di personalità giuridica»*. L'art. 4 dello statuto prevede che il consiglio di amministrazione dell'università è composto dal rettore e da altri dodici componenti, di cui sei nominati dalla fondazione «Tertium» e sei nominati dalla fondazione «Marsilio Ficino». Possono essere chiamati a farne parte anche rappresentanti, in numero non superiore a quattro, di organismi pubblici e privati, che si impegnino a versare per almeno un triennio un contributo per il funzionamento dell'università in misura fissata dal consiglio di amministrazione. Il consiglio di amministrazione nomina il presidente, scegliendolo tra i componenti nominati dalle due fondazioni che sostengono l'università. L'art. 5 dello statuto stabilisce che il rettore è nominato dal consiglio di amministrazione, che lo individua all'interno di una rosa di quattro nominativi, di cui due indicati dalla fondazione «Tertium» e due dalla fondazione «Marsilio Ficino».

Unitelma Sapienza – Roma, istituita con d.m. 7 maggio 2004 per iniziativa del Foromez attraverso il consorzio «Telma». Sulla base di un apposito accordo di programma con il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, l'università è ora promossa e sostenuta dal consorzio «Telma Sapienza s.c.a r.l.», i cui soci fondatori sono Sapienza Università di Roma e Foromez PA che detengono il 51% delle quote consortili. L'attuale compagine sociale include anche Poste Italiane S.p.A. (con il 24,5% delle quote consortili), Accademia Nazionale di Medicina, un consorzio tra l'Università degli Studi di Palermo e l'Associazione Nazionale Famiglie Emigrate-A.N.F.E. e I.A.L.- Innovazione, Apprendimento, Lavoro. L'art. 1 dello statuto vigente, approvato con d.p. 7 agosto 2014, stabilisce che l'università *«è dotata di personalità giuridica privata e gode di autonomia scientifica, didattica e organizzativa, nonché di autonomia finanziaria e contabile»*. Ha sede in Roma, attualmente presso i locali di Sapienza Università di Roma. L'art. 3, punto 3.1, prevede che Unitelma Sapienza *«esplica le funzioni primarie della ricerca scientifica e della didattica, organizzando la formazione di livello superiore»*. L'art. 3, punto 3.3, sottopone l'università alla vigilanza del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. L'art. 3, punti 3.9 e 3.10, dispone che i rapporti con Sapienza Università di

Roma e Formez PA, che detengono le quote di maggioranza del consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l., costituiscono *«componente fondamentale dell'organizzazione di Unitelma Sapienza»*. Tali rapporti sono coordinati dal consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l. e si articolano attraverso apposite convenzioni, con le quali sono affidate ad Unitelma Sapienza attività inerenti a finalità istituzionali di Sapienza Università di Roma e Formez PA. L'art. 4, punto 4.1, dispone che Unitelma Sapienza è promossa e sostenuta dal consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l., *«che ne controlla il perseguimento dei fini istituzionali e provvede al monitoraggio dei flussi finanziari»*. Gli organi e l'articolazione interna di Unitelma Sapienza ricalcano quelli previsti dall'art. 2 l. 240/2010 per le università statali. L'art. 6, punto 6.2, prevede che il consiglio di amministrazione è composto da dieci membri, di cui il presidente ed altri quattro componenti sono nominati dal consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l., il rettore nominato dallo stesso consiglio di amministrazione tra professori di prima fascia dell'università o tra personalità del mondo accademico, scientifico e professionale di riconosciuto valore, un rappresentante designato dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, un rappresentante designato dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, due eminenti personalità della ricerca scientifica e della cultura ovvero qualificati esponenti di fondazioni, onlus, istituzioni o organizzazioni pubbliche o private, designati dal senato accademico su una rosa di nomi pari al doppio, proposta dal rettore. L'art. 6, punto 6.8, dello statuto dispone che il consiglio di amministrazione determina le linee di sviluppo di Unitelma Sapienza *«in funzione delle finalità istituzionali e in aderenza alle indicazioni del consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l.»*. L'art. 18, punto 18.3, stabilisce che i componenti del collegio dei revisori dei conti sono nominati dal consiglio di amministrazione, su proposta del consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l. L'art. 30 dello statuto prevede che, in caso di cessazione dell'attività, il patrimonio dell'università è devoluto al consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l.

Leonardo da Vinci – Torvecchia Teatina (Ch), istituita con d.m. 27 ottobre 2004, promossa su impulso dell'Università degli studi *“Gabriele D'Annunzio”* di Chieti-Pescara e per iniziativa della fondazione di diritto privato denominata *«Fondazione Università Gabriele D'Annunzio»* che la sostiene, fondazione costituita ai sensi dell'art. 59, comma 3, l. 23 dicembre 2000, n. 388. L'art. 1 dello statuto dispone che *«L'Ateneo ha personalità giuridica. Il presente statuto si configura come l'espressione fondamentale del suo ordinamento autonomo, secondo i principi dell'art. 33 della Costituzione e nei limiti e modalità stabiliti dalle leggi dello Stato»*. Il successivo art. 3 riconosce all'università *«autonomia didattica, scientifica, organizzativa e patrimoniale»*. L'art. 11 dello statuto stabilisce che il consiglio di amministrazione è composto dal presidente della *«Fondazione Università Gabriele D'Annunzio»*, che lo presiede, dal rettore, nominato dal consiglio di amministrazione tra personalità del mondo della cultura, da due professori di ruolo dell'Università degli studi *“Gabriele d'Annunzio”*,

designati dal consiglio di amministrazione della «Fondazione Università Gabriele D'Annunzio», previa autorizzazione dell'Università degli studi "Gabriele D'Annunzio", da due componenti scelti dal consiglio di amministrazione dell'Università degli studi "Gabriele d'Annunzio", da un rappresentante del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e dal direttore generale. L'art. 8 dello statuto attribuisce la nomina del rettore al consiglio di amministrazione dell'ateneo telematico.

Uninettuno – Roma, istituita con d.m. 15 aprile 2005, ora promossa e sostenuta da Uninettuno s.r.l. I materiali e i contenuti didattici relativi ai corsi di studio a distanza sono messi a disposizione inizialmente dal consorzio «Nettuno» (costituito nel 1991 da Politecnico di Torino, Politecnico di Milano, Università degli studi di Napoli "Federico II", RAI, IRI, Telespazio, Confindustria e Telecom Italia per impulso del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ai sensi dell'art. 11, comma 3, l. 341/1990). L'art. 1 dello statuto dispone che «l'Università rilascia i titoli accademici di cui all'articolo 3 del D.M. 22 ottobre 2004, n. 270». L'art. 4 dello statuto prevede che il consiglio di amministrazione è composto dal presidente nominato da Uninettuno s.r.l., da tre rappresentanti designati da Uninettuno s.r.l., dal rettore, da due membri designati dal senato accademico tra i professori di ruolo dell'università, da un rappresentante del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, nonché da un rappresentante di ciascuno dei soggetti pubblici o privati (in numero non superiore a tre) che si impegnino a versare, per almeno un quinquennio, un contributo per il funzionamento dell'università, il cui importo minimo è determinato dal consiglio di amministrazione. L'art. 7 dello statuto stabilisce che il rettore è nominato dal consiglio di amministrazione tra professori ordinari universitari di riconosciuta qualificazione scientifica.

Italian University Line – Firenze, istituita con d.m. 2 dicembre 2005, promossa e sostenuta dal consorzio «IUL» (ora composto da Università degli studi di Milano Bicocca, Università degli studi di Firenze, Università degli studi di Palermo, Università degli studi di Catania ed Indire - Istituto nazionale di documentazione, innovazione e ricerca educativa), nel proprio sito istituzionale, www.iuline.it, si definisce università telematica pubblica non statale. L'art. 2 dello statuto dispone che «L'Università ha personalità giuridica di diritto privato ed autonomia didattica, organizzativa, amministrativa e patrimoniale». L'art. 5 dello statuto prevede che il consiglio di amministrazione è composto da dodici membri nominati dal consiglio di amministrazione del consorzio IUL, tra cui il presidente (nominato dal consiglio di amministrazione del consorzio IUL), nonché dal rettore (nominato dal consiglio di amministrazione tra i professori di prima fascia) e da un rappresentante del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Il rettore è nominato dal consiglio di amministrazione dell'università, sentito il senato accademico. L'art. 20 dello statuto prevede che, in caso di cessazione dell'attività o di perdita della personalità giuridica o dell'autonomia, il patrimonio dell'università è devoluto al consorzio IUL.

E-Campus – Novedrate (Co), istituita con d.m. 30 gennaio 2006, promossa e sostenuta dalla fondazione di diritto privato, denominata «Fondazione e-Campus per l'università e la ricerca». L'art. 1 dello statuto la qualifica «*Università Telematica non statale*» e le attribuisce la personalità giuridica. L'art. 8 dello statuto prevede che il presidente dell'università, che è anche il presidente del consiglio di amministrazione, è nominato dal presidente onorario della «Fondazione e-Campus per l'università e la ricerca». Il successivo art. 9 stabilisce che il consiglio di amministrazione è composto dal presidente dell'università che lo presiede, da due componenti (che possono essere elevati sino a quattro) nominati dal consiglio di amministrazione della «Fondazione e-Campus per l'università e la ricerca», dal rettore e da un rappresentante del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. L'art. 12 dello statuto attribuisce la nomina del rettore al consiglio di amministrazione dell'università, che lo sceglie tra personalità del mondo accademico ovvero di riconosciuto valore e qualificazione scientifica, organizzativa e didattica.

Giustino Fortunato – Benevento, istituita con d.m. 13 aprile 2006, promossa e sostenuta dalla associazione di diritto privato «E.F.I.R.O.». L'art. 1 dello statuto dispone che «*L'Università ha personalità giuridica ai sensi del Decreto Ministeriale 13 aprile 2006 e dell'art. 1 del Testo Unico delle leggi sull'istruzione superiore, approvato con Regio Decreto 31 agosto 1933, n. 1592*» ed è sottoposta alla vigilanza del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. L'art. 9 dello statuto stabilisce che il consiglio di amministrazione è composto dal presidente dell'associazione E.F.I.R.O., dal rettore e da nove componenti designati dall'associazione E.F.I.R.O. Possono essere chiamati a farne parte anche due rappresentanti di organismi pubblici e/o privati che si impegnino a versare per almeno un triennio un contributo per il funzionamento dell'università di importo determinato dal consiglio di amministrazione. Il presidente del consiglio di amministrazione è eletto, su proposta dell'associazione E.F.I.R.O., fra i membri nominati dalla stessa associazione. L'art. 10 dello statuto attribuisce la nomina del rettore al consiglio di amministrazione dell'università, su proposta dell'associazione E.F.I.R.O., ed è scelto tra personalità del mondo accademico o della vita sociale nazionale ed internazionale di riconosciuto valore e qualificazione scientifica, imprenditoriale, culturale e del lavoro.

Pegaso – Napoli, istituita con d.m. 20 aprile 2006, promossa e sostenuta dalla «Università Telematica Pegaso S.p.A.», a base familiare. L'art. 1 dello statuto dispone che «*L'Università appartiene alla categoria delle istituzioni previste dall'art. 1, comma 2, del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore approvato con regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592 ed è dotata di personalità giuridica*». L'art. 4 dello statuto dispone che il consiglio di amministrazione è composto dal presidente del consiglio di amministrazione della società Università Telematica Pegaso S.p.A. o da un suo delegato, dall'amministratore delegato dell'Università ove nominato, da (fino a) nove rappresentanti designati dalla società Università Telematica

Pegaso S.p.A. Possono essere chiamati a fare parte del consiglio di amministrazione rappresentanti, in numero non superiore a tre, di organismi pubblici e privati che si impegnino a versare per almeno un triennio un contributo per il funzionamento dell'università il cui importo minimo è fissato dallo stesso consiglio di amministrazione. Il presidente del consiglio di amministrazione dell'università è nominato dal consiglio di amministrazione nella persona del presidente del consiglio di amministrazione della società Università Telematica Pegaso S.p.A. o del suo delegato. L'art. 5 dello statuto stabilisce che il rettore è nominato dal consiglio di amministrazione dell'università tra le personalità del mondo accademico o della vita sociale nazionale ed internazionale di riconosciuto valore e qualificazione scientifica, imprenditoriale, culturale e del lavoro.

San Raffaele – Roma (già denominata Unitel con sede in Milano), istituita con d.m. 8 maggio 2006, promossa e sostenuta da Unitel s.r.l. (soci fondatori Tosinvest Italia s.a.s., società a base familiare, Fondazione Renato Dulbecco, Fininvest gestione Servizi S.p.A., Mediolanum comunicazione e Claudio Cerruti) appartiene ora interamente al Gruppo San Raffaele S.p.A. Nel sito istituzionale, www.unisanraffaele.gov.it, si definisce ateneo non statale legalmente riconosciuto. L'art. 3 dello statuto dispone che *«L'Università appartiene alla categoria delle istituzioni previste dall'art. 1, comma 2, del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore approvato con regio-decreto 31 agosto 1933, n. 1592 ed è dotata di personalità giuridica»*. L'art. 7 dello statuto prevede che il consiglio di amministrazione è composto dal presidente dell'assemblea dei soci di Unitel s.r.l. o suo delegato, cinque rappresentanti designati da Unitel s.r.l., dal rettore e dal direttore generale. Possono essere chiamati a fare parte del consiglio di amministrazione rappresentanti, in numero non superiore a tre, di enti pubblici e privati che si impegnino a versare un contributo per il funzionamento dell'università secondo modalità e criteri fissati dallo stesso consiglio di amministrazione. L'art. 9 dello statuto attribuisce al consiglio di amministrazione la nomina del rettore, che è scelto tra i professori di prima fascia dell'università o fra personalità del mondo accademico che si sono distinte per il buon funzionamento dell'università.

Niccolò Cusano – Roma (Unicusano), istituita con d.m. 10 maggio 2006, fondata dall'imprenditore Stefano Bandecchi, promossa e sostenuta dalla Società delle scienze umane s.r.l. Nel proprio sito istituzionale, www.unicusano.it, si definisce università pubblica non statale. L'art. 1 dello statuto dispone che *«L'Università appartiene alla categoria delle istituzioni previste dall'art. 1, comma 2, del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore approvato con regio-decreto 31 agosto 1933, n. 1592 ed è dotata di personalità giuridica»*. L'art. 4 stabilisce che il consiglio di amministrazione è composto dal presidente dell'università, dal vicepresidente dell'università, dall'amministratore delegato, da otto rappresentanti designati dalla Società delle scienze umane s.r.l., dal rettore e da un professore di ruolo dell'università (designato dal consiglio di

amministrazione). Possono essere chiamati a fare parte del consiglio di amministrazione rappresentanti, in numero non superiore a tre, di organismi pubblici e privati che si impegnino a versare per almeno un triennio un contributo per il funzionamento dell'università di importo determinato dallo stesso consiglio di amministrazione. Il presidente, il vicepresidente e l'amministratore delegato dell'università sono designati dalla Società delle scienze umane s.r.l. L'art. 5 dello statuto prevede che il rettore è nominato dal consiglio di amministrazione tra le personalità del mondo accademico o della vita sociale nazionale ed internazionale di riconosciuto valore e qualificazione scientifica, imprenditoriale, culturale e del lavoro.

Universitas Mercatorum – Roma, istituita con d.m. 10 maggio 2006, promossa e sostenuta dalla società consortile a responsabilità limitata «Universitas Mercatorum» (la cui denominazione completa è «Camcom Camere di commercio di Italia – Universitas Mercatorum»), che costituisce una «agenzia» del sistema camerale italiano. Con atto di fusione per incorporazione del 18 luglio 2014, tale società consortile è stata incorporata nella Sistema camerale servizi s.r.l. Nel sito istituzionale, www.unimercatorum.it, viene indicata quale ateneo telematico non statale del sistema delle camere di commercio, che intende connotarsi quale ateneo che nasce dalle imprese per le imprese di tutti i settori economici. L'art. 3 dello statuto dispone che *«L'Università Telematica ha personalità giuridica propria. Essa ha natura di istituzione universitaria, ai sensi e per gli effetti di cui al decreto interministeriale 17 aprile 2003 e della legge 27 dicembre 2002, n. 289»*. L'art. 8 prevede che il consiglio di amministrazione è composto dal presidente della società consortile a responsabilità limitata Universitas Mercatorum, dal rettore, da sette membri designati dalla società consortile a responsabilità limitata Universitas Mercatorum. Nel consiglio di amministrazione siede anche un esperto nelle materie della formazione a distanza e delle relative metodologie nominato dalla società consortile a responsabilità limitata Universitas Mercatorum, il quale è privo di diritto di voto. Il consiglio di amministrazione può essere integrato da rappresentanti, in numero non superiore a due, di organismi pubblici e privati o istituzionali che si impegnino a versare, per almeno un triennio, un contributo per il funzionamento dell'università di importo determinato dallo stesso consiglio di amministrazione. L'art. 9 dello statuto stabilisce che il rettore è nominato dal consiglio di amministrazione ed è scelto tra professori di prima fascia dell'università o tra personalità del mondo accademico e scientifico. L'art. 10 dello statuto dispone che il presidente del consiglio di amministrazione è eletto dal consiglio di amministrazione tra i suoi componenti. L'art. 25 dello statuto prevede che, in caso di cessazione dell'attività, il patrimonio dell'università è devoluto a Universitas Mercatorum società consortile a responsabilità limitata.

2. – Delimitazione dell'indagine.

Il presente studio sulla natura giuridica delle università telematiche, previste dall'art. 26, comma 5, l. 289/2002 e disciplinate dal d.i. 17 aprile 2003, verte su quelle tra di esse la cui origine si deve all'iniziativa di soggetti privati, persone fisiche ed enti, che sono espressione di autonomia privata. In assenza di una esplicita volontà legislativa di connotare in termini pubblicistici queste istituzioni universitarie, è per esse che si pone il problema dell'individuazione della loro identità giuridica analogamente a quanto avvenuto in passato per le università «libere» nate per impulso privato. Accanto a questi atenei telematici di origine privata vi sono, oltre le università telematiche generate per diretta iniziativa di persone giuridiche pubbliche (tali anche formalmente, categoria nella quale non sembra possa essere annoverato nessuno dei soggetti promotori delle attuali istituzioni accademiche) che sono contemplate espressamente dalla normativa, quelle sorte per impulso di enti che, ordinati in forma privatistica e sottoposti alla disciplina di diritto comune, hanno matrice pubblicistica e, in quanto tali, non sono riferibili alla iniziativa privata. Anche per queste istituzioni universitarie la cui genesi non è ricollegabile a soggetti privati (tali anche sostanzialmente) si pongono problemi di inquadramento non dissimili, non apparendone certa l'identità giuridica (15). La sola presenza di soggetti pubblici nella compagine sociale degli enti promotori, infatti, non muta di per sé la forma privata di questi ultimi. Né, tanto meno, una siffatta partecipazione pubblica (anche se totalitaria o maggioritaria) caratterizza necessariamente in senso pubblicistico gli atenei telematici promossi dagli stessi enti partecipati. Ciò, a maggiore ragione, quando ai medesimi enti partecipati (se non anche agli atenei telematici sorti per impulso dei primi) sia stata attribuita espressamente in sede costitutiva la personalità giuridica di diritto privato (16). Senonché questi stessi enti partecipati presentano più indici sintomatici, rivelatori di sostanza pubblica, che possono assumere una valenza tale da superare e

prevalere sulla loro configurazione formale. Essi si delineano, infatti, come enti con personalità giuridica privata espressione di soggetti pubblici (per la maggiore parte, università statali), hanno finalità non imprenditoriali, sono partecipati in misura esclusiva o prevalente da questi stessi soggetti pubblici che ne detengono il controllo e ne orientano la gestione attraverso la nomina degli organi di amministrazione. La loro genesi, anche se riconducibile all'esplicazione dell'autonomia di diritto privato delle organizzazioni pubbliche da cui promanano, sembra scaturire da attività «funzionalizzata» che non si pone sullo stesso piano di quella realizzata da un comune privato. Allo stesso modo, la scelta di dare vita agli atenei telematici che ne costituiscono emanazione, pur trovando causa in un ordinario rapporto negoziale, ne concreta la missione istituzionale (17). Su questi atenei, inoltre, essi esercitano una influenza rilevante, esprimendo la quasi totalità degli organi di *governance* ed essendo tenuti statutariamente a sostenerne le attività sotto l'aspetto finanziario. Un rapporto di «strumentalità» sembra possa intercorrere tra atenei telematici ed enti promotori e, in ragione del controllo esercitato su questi ultimi, tra i primi ed i soggetti pubblici da cui gli stessi enti promotori sono partecipati (18).

Gli elementi di disciplina tratteggiati e le considerazioni appena svolte denotano che l'indagine che si conduce concerne figure ibride e di natura incerta, che si collocano in un sistema di diritto amministrativo che ha subito profonde trasformazioni nel quale le categorie giuridiche tradizionali hanno perso consistenza concettuale e non appaiono più rispondenti alla mutata realtà. La «deticipizzazione» degli enti pubblici è fenomeno in atto da tempo e ormai conclamato, che è stato studiato in modo approfondito dalla dottrina giuridica più autorevole (19). L'eterogeneità dei moduli organizzativi della pubblica amministrazione – che è denotata dalla diffusa presenza all'interno dell'organizzazione pubblica di persone giuridiche private, (presenza) che si è ampliata a dismisura per effetto dei processi di

privatizzazione succedutisi incessantemente e senza alcun disegno sistematico a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso (su cui v. *amplius* note 75 e 76 che seguono) – e l'impiego di moduli privatistici per l'esercizio di compiti amministrativi costituiscono dati acquisiti e da cui non si può prescindere. La stessa distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è ormai di molto affievolita, essendosi moltiplicate le reciproche connessioni e interferenze e risultando attenuate le differenze del grado di precettività delle rispettive norme. Su quest'ultimo aspetto ha inciso l'ampliamento nell'ambito del diritto privato dell'area delle norme inderogabili, cui ha corrisposto nel versante del diritto amministrativo l'apparizione di norme (tendenzialmente) derogabili (20). Nel quadro d'insieme così delineato, appaiono accentuarsi le difficoltà di classificazione delle università telematiche per le quali sembrerebbero sussistere, allo stesso tempo, elementi per poterle ascrivere tanto alle figure organizzative a regime amministrativo, quanto agli enti privati che svolgono attività di interesse pubblico. L'identificazione della loro soggettività giuridica, pertanto, passa necessariamente attraverso una complessiva indagine ricostruttiva, da sviluppare esaminando partitamente l'origine, le regole che le governano, i compiti che assolvono.

Note al par. 2

- 15) Alle università telematiche promosse e sostenute da soggetti organizzati in forma privatistica che hanno matrice pubblica sembra debbano ascrivere Unitelma Sapienza, IUL, Leonardo da Vinci, Uninettuno e Universitas Mercatorum. Gli statuti dei primi due atenei attribuiscono espressamente ad essi la personalità giuridica privata. Unitelma Sapienza è promossa e sostenuta finanziariamente dal consorzio Telma Sapienza s.c. a r.l., che è stato costituito su conforme parere del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, recepito anche nei patti parasociali intervenuti tra i soci fondatori Sapienza Università di Roma e Formez PA. Ai fini dell'acquisizione delle quote di partecipazione dell'Università telematica "Telma" (ora, Unitelma Sapienza), il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ha assegnato a Sapienza Università di Roma un apposito contributo economico. Il consorzio ha sede negli uffici del rettorato di Sapienza Università di Roma ed i suoi scopi statutari sono

riconducibili alle finalità istituzionali dei due soci fondatori. La gestione e il controllo del consorzio sono attribuiti ai due soci fondatori, la cui partecipazione non può scendere al di sotto del 51% del capitale sociale. Gli altri soci (che lo statuto denomina “ordinari”) non possono sottoscrivere quote consortili per un valore superiore al 24,5% del capitale sociale. Nell’ambito del consorzio, un ruolo peculiare è riconosciuto a Sapienza Università di Roma riguardo alle attività di Unitelma Sapienza. Nel novero degli organismi promotori con forma giuridica privata che presentano connotazione pubblicistica, deve ritenersi ricompresa anche la «Fondazione Università Gabriele D’Annunzio», costituita dall’Università statale “*Gabriele D’Annunzio*” di Chieti-Pescara, ai sensi dell’art. 59, comma 3, l. 388/2000 e del d.p.r. 24 maggio 2001, n. 254, fondazione universitaria che ha promosso l’istituzione dell’università telematica Leonardo da Vinci. La disciplina legale attribuisce a tale fondazione la personalità giuridica privata e dispone che essa opera esclusivamente nell’interesse dell’università statale da cui promana, che ne rappresenta l’ente di riferimento. La fondazione è sottoposta dalla legge ad un regime giuridico composito, comprendente norme civilistiche e norme derogatorie speciali, che attribuisce all’università le funzioni di indirizzo e di riscontro sull’effettiva coerenza dell’attività della fondazione universitaria con l’interesse dello stesso ente di riferimento (artt. 1, comma 5, e 12, comma 4, d.p.r. 254/2001). La posizione degli amministratori della fondazione universitaria si profila del tutto peculiare, *«nel senso che la loro attività è eterodiretta»* (in questi termini, S. DE GOTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, Giuffré, 2011, 303 e s., il quale pone in risalto che *«gli amministratori non devono solamente rispettare gli scopi statutariamente previsti, ma sono soggetti a penetranti direttive degli enti di riferimento: sulla base delle “linee guida dell’attività” definite dagli enti di riferimento (...) La fondazione universitaria, diversamente dal modello codicistico della fondazione, è sottoposta non solamente a controlli di legittimità, ma anche di merito, da parte dell’università»*). Sulla configurazione delle fondazioni universitarie di cui all’art. 59 l. 388/2000 quali enti privati a regime speciale, caratterizzati dalla *«accentuata strumentalità nei confronti delle università»*, D. SORACE, *Le fondazioni universitarie (di diritto speciale)*, in *Fondazioni e attività amministrativa (Atti del Convegno – Palermo, 13 maggio 2005)*, a cura di S. RAIMONDI e R. URSI, cit., 144 s., che le include tra i «soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative» di cui all’art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990. Una marcata coloritura pubblicistica denotano anche gli organismi promotori (e sostenitori) delle altre tre università telematiche IUL, Uninettuno e Mercatorum. Anche essi si caratterizzano come enti a struttura privatistica che affiancano uno o più soggetti pubblici, ponendosi come strumenti di svolgimento da parte di questi stessi soggetti pubblici delle loro attività istituzionali o di parte di esse. Ad essi è affidata la missione di promuovere l’istituzione dell’ateneo telematico, orientarne l’attività, controllarne la gestione e fornire sostegno economico. Una relazione di stretta strumentalità si delinea tra questi organismi promotori ed i soggetti pubblici di cui sono emanazione, che determina

l'attrazione delle tre università telematiche nell'orbita di questi medesimi soggetti pubblici.

- 16) Sulla natura privatistica di fondazioni con personalità giuridica di diritto privato (costituite e) partecipate da amministrazioni pubbliche, v., *ex multis*, Cons. Stato, V, 28 giugno 2012, n. 3820; Tar Lazio, II, 19 aprile 2013, n. 3971; Tar Calabria, Catanzaro, II, 31 gennaio 2012, n. 126. Negli stessi termini, riguardo ad una fondazione «legale» (nella specie, la Fondazione Teatro Lirico “Giuseppe Verdi”), già ente pubblico del settore musicale trasformato in fondazione di diritto privato dal d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, Cass., sez. un., ord. 1 dicembre 2004, n. 22494. Sulla circostanza che la nomina pubblica degli amministratori di una fondazione di diritto privato non ne altera la natura di persona giuridica privata, v., di recente, Tar Lombardia, Brescia, I, 23 gennaio 2014, n. 68. Sulla soggettività privata delle fondazioni di «origine pubblica», A. ROMANO, *Relazione di sintesi*, in *Fondazioni e attività amministrativa (Atti del convegno – Palermo, 13 maggio 2005)*, a cura di S. RAIMONDI e R. URSI, cit., 181 ss., spec. 182, 185, 193. Sulla rilevanza che l'attribuzione espressa della forma di fondazione e della personalità giuridica di diritto privato può comportare per «*le fondazioni legali disciplinate anche con regole esplicite appartenenti al “regime amministrativo”*», S. DE GOTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 350 ss., ove si dà conto anche dei diversi indirizzi interpretativi, nonché F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000, *passim*. Sulla natura privata di società per azioni, associazioni, fondazioni partecipate da un ente pubblico quando non siano oggetto di una disciplina legislativa speciale, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, 181. Circa il consolidato orientamento della Corte di cassazione in ordine alla natura privata delle società per azioni a partecipazione pubblica, allorché non siano ravvisabili significative deviazioni rispetto alla disciplina comune delle società per azioni e il soggetto pubblico partecipante non sia titolare di poteri di indirizzo diversi da quelli derivanti dalla posizione di socio, v. *sub* nota 116 che segue.
- 17) E' noto che le organizzazioni pubbliche possono operare sia tramite moduli pubblicistici, sia mediante strumenti privatistici. L'attività amministrativa di diritto privato si pone come equivalente ed alternativa a quella di diritto pubblico. Tale principio è ora positivizzato dall'art. 1, comma 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241. L'attività amministrativa di diritto privato si distingue dall'attività di diritto comune, che non è deputata alla cura di interessi pubblici ma assume rilievo meramente interno, perché attraverso di essa le amministrazioni pubbliche fanno fronte alle proprie esigenze al pari dei soggetti privati. Sull'attività privata delle amministrazioni pubbliche, costituisce, tuttora, un punto di riferimento lo studio di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999. Tra gli studi contemporanei che hanno approfondito la tematica, si segnalano M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, Milano,

Giuffrè, 1985; S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pub.*, I, Torino, Utet, 1989, 531 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto amministrativo, Parte speciale e giustizia amministrativa*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA, 4^a ed., Bologna, Monduzzi, 2005, 283 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1, 1° comma bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 947 ss.; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, Jovene, 2006, 69 ss.; L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 353 ss.; P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2006; V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, spec. 17 ss. La distinzione illustrata riveste attualmente una ridotta rilevanza pratica in quanto anche l'attività privata delle amministrazioni pubbliche soggiace alle medesime regole dell'attività amministrativa di diritto privato ed anche per essa valgono gli stessi vincoli di «funzionalizzazione». Sul punto, appare obbligato il richiamo di M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 988 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 445 ss., spec. 447.

- 18) Occorre rilevare che la prassi applicativa non conosce la distinzione tra atenei telematici «pubblici» e «privati», sovente accomunandoli tutti indistintamente sotto l'etichetta di università private. In questi termini è anche il riferimento alle università telematiche che si rinviene nel documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sugli effetti connessi all'eventuale abolizione del valore legale del diploma di laurea (doc. XVII, n. 14) della 7^a commissione permanente (istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport) del Senato della Repubblica (resoconto sommario n. 350 del 1 febbraio 2012, pag. 6, in www.senato.it-Legislatura 16^a-7^a Commissione permanente). Una qualificazione «privatistica» è attribuita alle undici università telematiche in attività in un recente studio del Politecnico di Torino di F. OPPICI, J.C. DE MARTIN, F. MORANDO, F. BASSO, S. FUTIA, *Social University. Le università italiane sui social network*, Nexa Center for Internet & Society, Nexa Working Paper n. 2014-1, in <http://nexa.polito.it/working-paper/2014-1>, 26 marzo 2014. Tale qualificazione, tuttavia, si profila tutt'altro che pacifica in ragione dell'inclusione degli atenei telematici tra le università non statali, alle quali continua ad essere attribuita in prevalenza natura giuridica di enti pubblici, cfr. M.A. CABIDDU, C. GRANA, *L'Università-azienda nel prisma della responsabilità*, in

www.amministrazioneincammino.luiss.it/wpcontent/uploads/2011/01/Cabiddu_Grana_Univer_respons_231_01.pdf, 2011, spec. pagg. 8-10.

- 19) Tra gli studi più risalenti, L. R. LEVI, *La persona giuridica pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 588 ss.; F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, Utet, 1956; A.M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati d'interesse pubblico*, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1943 ss.
- 20) Circa l'esistenza di norme di diritto pubblico con minore livello di cogenza assimilabili a quelle dispositive proprie del diritto civile, appare emblematico l'art. 21-octies, comma 2, l. 241/1990 che ha degradato dall'area dell'annullabilità a quella dei «vizi non invalidanti» le violazioni di «norme sul procedimento o sulla forma degli atti».

3. – Qualificazione normativa e natura giuridica.

L'inquadramento delle università telematiche non si presenta agevole, innanzitutto, perché per esse fa difetto sia nella disciplina legale, sia nei provvedimenti ministeriali istitutivi una espressa qualificazione in senso pubblicistico o privatistico. Fatta eccezione per gli statuti di due università (Unitelma Sapienza e IUL, che attribuiscono ad esse la personalità giuridica privata), tutti gli altri non offrono al riguardo alcuna precisa indicazione. Taluni statuti definiscono l'ateneo cui pertengono come appartenente alla categoria delle istituzioni previste dall'art. 1, comma 2, r.d. 31 agosto 1933, n. 1592 (Marconi, San Raffaele, Pegaso, Cusano) o quale «università non statale» (E-campus). E' noto che il solo requisito teleologico della finalizzazione di tali istituzioni al perseguimento di scopi di interesse generale non costituisce, di per sé, indice che ne possa suffragare la sostanza in termini pubblicistici. La genesi induce a distinguere le istituzioni universitarie sorte per impulso di amministrazioni pubbliche da quelle che sono espressione di privati. La normativa istitutiva sembra assimilare gli atenei telematici alle università e agli istituti superiori non statali legalmente riconosciuti e in tal senso dovrebbe essere inteso l'esplicito richiamo dell'art. 1 r.d. 1592/1933 operato dagli statuti di alcuni atenei. Ciò, tuttavia, non sembra sufficiente per inferire quale sia la sostanza giuridica delle università telematiche. Intanto, nella categoria

delle università non statali si rinvenivano istituzioni accademiche promosse sia da enti pubblici che da soggetti privati (21). L'essenza pubblica attribuita dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti alle università «libere» non soltanto non appare pacifica, ma è stata oggetto di rivisitazione (22). Non sembra, poi, metodologicamente corretto mutuare la natura pubblica di cui vengono accreditate le università «libere» o «private», trasferendola *sic et simpliciter* alle università telematiche. Le prime sono nate e si sono sviluppate in un contesto affatto diverso, quando la scienza del diritto amministrativo poggiava su alcuni capisaldi tra i quali spiccava la concezione soggettiva del potere, che precludeva la possibilità di configurare atti amministrativi emanati da privati. L'atto di un soggetto estraneo alla pubblica amministrazione, benché potesse avere contenuto amministrativo, rimaneva sottratto al regime proprio degli atti amministrativi ai quali non poteva essere equiparato (23). L'esercizio di attività amministrativa da parte di privati veniva considerato un fenomeno che, quantunque diffuso, era attinente all'organizzazione amministrativa, ma non assurgeva ad istituto giuridico (24). In un tale sistema, era giocoforza riconoscere soggettività pubblica alle università «libere» (comprese quelle di origine privata), che svolgevano le medesime attività, godevano delle stesse prerogative ed erano sottoposte alle medesime regole delle università statali. Il progressivo processo di «oggettivizzazione» del potere amministrativo (su cui v. *sub* par. 5, nota 68, che segue), che non è più necessariamente collegato con la natura pubblicistica del soggetto agente, ha fatto sì che lo svolgimento di attività amministrative ormai non è più riservato alle amministrazioni pubbliche.

Per altro verso, una attenta lettura della frammentaria normativa di riferimento non sembra offrire elementi certi per equiparare le università telematiche alle università non statali tradizionali. In particolare, il solo esplicito rimando alla l. 243/1991 che si rinviene nell'art. 26, comma 5, l.

289/2002 e nell'art. 2, comma 5, lettera c), del d.p.r. 25/1998 (disposizione quest'ultima richiamata, a sua volta, dall'art. 26 cit.) non appare sufficiente a fondare una completa assimilazione tra le due tipologie di soggetti universitari. La l. 243/1991 disciplina essenzialmente la concessione di contributi statali alle università non statali legalmente riconosciute e in tale ambito sembra debba circoscriversi il rinvio contenuto nell'art. 26, comma 5, l. 289/2002. Questa disposizione, nel prevedere che l'accREDITAMENTO nel sistema universitario degli atenei telematici debba intervenire «*senza oneri a carico del bilancio dello Stato*», sembra fare salva la possibilità degli stessi di fruire dei contributi statali previsti dalla l. 243/1991. Tale interpretazione appare quella più aderente al dato normativo e quella più confacente alla sottostante *ratio legis*. In tal senso sembra deporre anche l'art. 12, comma 3, l. 240/2010 che, ai fini della ripartizione degli incentivi economici previsti da tale disposizione, ricomprende le università telematiche «*inserite tra le università non statali legalmente riconosciute*».

In ogni caso, l'applicazione degli artt. 1 ss. l. 243/1991 non pare possa essere intesa quale estensione alle università telematiche dell'intera disciplina delle università non statali. In senso opposto sembra deporre non soltanto la normativa istitutiva – che detta una disciplina *ad hoc* ai fini dell'istituzione e dell'accREDITAMENTO degli atenei telematici –, ma anche la normativa successiva che distingue le università telematiche sia dalle università statali che da quelle non statali (25). In definitiva, l'accostamento tra università telematiche ed università non statali sembra assumere valore essenzialmente descrittivo, identificandosi con tale espressione (tutti) gli atenei diversi da quelli statali. La collocazione delle università telematiche nell'ambito del sistema universitario nazionale ed all'esterno della categoria degli atenei statali, pertanto, non basta per risolvere le problematiche oggetto di indagine. E' evidente che riconoscere a queste istituzioni universitarie natura pubblica o privata determina conseguenze di

rilievo quanto a regole organizzative e di azione applicabili. Nel primo caso, quali persone giuridiche pubbliche sarebbero sottoposte ai principi (innanzitutto, di rango costituzionale) dell'organizzazione e dell'attività stabiliti per le pubbliche amministrazioni. Nel secondo caso, trattandosi di soggetti privati preposti all'esercizio di funzioni amministrative, resterebbero del tutto al di fuori dell'organizzazione pubblica complessivamente intesa (26) e per essi non troverebbero applicazione le regole ed i vincoli di diritto pubblico, salvo quelli propri della funzione esercitata (27).

Si pone, poi, l'ulteriore questione se gli atenei telematici possono definirsi istituzioni universitarie nell'accezione comune, oppure se rappresentano una nuova tipologia di figura universitaria istituita «*attraverso un canale autonomo e parallelo al sistema esistente*» (28). Come si è detto, sia il d.i. 17 aprile 2003, sia la normativa universitaria distinguono le università telematiche dalle università convenzionali, configurando le prime quali soggetti universitari *sui generis*. Gli atenei telematici, peraltro, costituiscono allo stato una categoria a numero chiuso, essendone inibita l'attivazione di nuovi (29). Bisogna verificare se le peculiarità che li contraddistinguono, in esse inclusa la didattica impartita attraverso corsi di studio a distanza, determinano uno scostamento dal modello organizzativo denominato «università» fondato sul rapporto inscindibile tra insegnamento e ricerca scientifica, che costituisce il *proprium* delle istituzioni universitarie. Rapporto che ha condotto la dottrina prevalente ad escludere la distinzione tra università di ricerca (c.d. *research universities*) e università votate soltanto all'insegnamento (c.d. *teaching universities*). L'indissolubilità del legame tra didattica e ricerca riveste un rilievo storico ed è connotato qualificante dell'istruzione superiore, cui viene ricollegata l'attribuzione di autonomia funzionale alle università (30). Stando alla disciplina di riferimento, non sembra che per le

università telematiche possa venire meno la stretta relazione (ed interazione) tra attività didattica e ricerca scientifica. E' sufficiente ricordare che le università telematiche rientrano nell'ambito di applicazione del sistema nazionale di valutazione, assicurazione della qualità e accreditamento delle università – introdotto dal d.lgs. 19/2012 in attuazione dell'art. 5 l. 240/2010 –, sistema nel quale didattica e ricerca hanno pari rilievo e sono sottoposte entrambe a monitoraggio, quanto a risultati, ai fini della qualità e dell'efficienza di ciascun ateneo (31). Appare significativo, altresì, che la didattica a distanza non rappresenta una prerogativa esclusiva degli atenei *on-line*, potendo essere attivati corsi di studio in modalità *e-learning*, con rilascio di titoli aventi valore legale, anche dalle università tradizionali (statali e non statali) (32). Se ne deve dedurre che il modulo didattico che caratterizza le università telematiche non determina, di per sé, uno scostamento dal modello organizzativo (ed operativo) delle università convenzionali. Anche la qualificazione legale di «università» attribuita agli atenei telematici sembra assumere una indubbia rilevanza ed integra un dato normativo da cui non pare possa prescindere. L'ordinamento tende a riservare l'uso del *nomen* «università» (come pure dei nomi dei titoli accademici) soltanto ad istituzioni tipiche (33), identificando con tale *nomen* i soggetti investiti della funzione «autoritativa» di accertamento dei risultati dell'attività didattica con rilevanza giuridica generale (34). Elemento di disciplina che concorre anch'esso ad ascrivere le università telematiche al *genus* delle istituzioni universitarie, al pari delle università statali e non statali.

Note al par. 3

- 21) Fra le università non statali promosse da enti pubblici vi sono l'Università degli studi di Enna "Kore", la Libera università di Bolzano e l'Università della Valle d'Aosta. Alla categoria delle università non statali promosse da soggetti privati si ascrivono la Libera università Maria SS. Assunta di Roma (Lumsa), la Libera università degli studi San Pio V di Roma, la Link

Campus University di Roma, la Libera università di lingue e comunicazione di Milano (Iulm), la Libera università degli studi sociali “Guido Carli” di Roma (Luiss), la Libera università mediterranea “Jean Monet” di Bari (Lum), la Università Carlo Cattaneo di Castellanza (Liuc), l’Università cattolica del Sacro Cuore di Milano (il cui statuto le attribuisce la personalità giuridica di diritto pubblico), l’Università Campus Bio-Medico di Roma, l’Università commerciale “Luigi Bocconi” di Milano, l’Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, l’Università degli studi di scienze gastronomiche di Bra, l’Università Vita-Salute San Raffaele di Milano, l’Università Europea di Roma.

- 22) Per i richiami di dottrina v. *sub* nota 5 che precede.
- 23) In questi termini, A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell’atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 141; in senso analogo, G. ZANOBINI, *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. ORLANDO, vol. 1, parte III, Milano, Società editrice libraria, 1935, 441, nonché M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 255, secondo cui dagli uffici conferibili alle imprese dovevano essere esclusi «*quelli che sono titolari di potestà pubbliche a carattere autoritativo, e che pertanto emettono provvedimenti amministrativi*».
- 24) F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, Ist. enc. it., 1989, 1 ss.
- 25) In tal senso, ad es., l’art. 12, comma 3, l. 240/2010, nonché gli artt. 1, comma 1, lett. b), e 3, comma 1, d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19. Anche l’art. 1 d.m. 30 gennaio 2013, n. 47 (come modificato dal d.m. 23 dicembre 2013, n. 1059) distingue le università non statali legalmente riconosciute dalle università telematiche.
- 26) Con l’espressione «*organizzazione pubblica complessivamente intesa*» ci si riferisce non soltanto alle amministrazioni pubbliche (in senso formale e sostanziale) deputate alla funzione di amministrazione (i «*pubblici uffici*» di cui all’art. 97 Cost.), ma anche alle «*organizzazioni pubbliche in forma privatistica*» (entrambe le definizioni sono riprese da V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. 26-30 e 39-45) istituite per legge – *ex novo* o per trasformazione di preesistenti persone giuridiche pubbliche – o, in base alla legge, da altra fonte normativa o con atto di diritto pubblico per lo svolgimento di compiti di amministrazione pubblica. Si tratta della vasta gamma di enti aventi forma giuridica privatistica (società, fondazioni, associazioni ecc.) il cui impiego nell’ambito dell’organizzazione pubblica si è diffuso nella stagione delle privatizzazioni (su cui, *amplius*, note 75 e 76 che seguono), che ha preso avvio agli inizi degli anni ‘90 dello scorso secolo ed ha interessato una moltitudine di enti di diritto pubblico operanti in settori diversi. Enti privati che sono organizzati secondo la disciplina del codice civile, ma che hanno origine legale e non sono espressione di autonomia privata. Figure

organizzative che operano, di regola, con strumenti privatistici, ma in più casi mediante moduli pubblicistici.

- 27) Sulla legittimità della scelta del legislatore di affidare l'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche a soggetti privati che ricevano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione (c.d. *munera*), in relazione al servizio svolto, cfr. Corte cost., ord. 21 maggio 2001, n. 157.
- 28) Il virgolettato nel testo è ripreso dalla mozione sulle università telematiche del 25 maggio 2010, sessione n. 65, del Consiglio universitario nazionale, che è reperibile in www.cun.it.
- 29) V. *sub* nota n. 11 che precede. L'art. 3, comma 1, lett. a), d.m. 15 ottobre 2013, n. 827 (recante, «*Definizione delle linee generali di indirizzo della programmazione delle Università, per il triennio 2013/2015*») preclude ora l'istituzione sia di nuove università statali, sia di nuove università telematiche per gli anni accademici 2013/2014, 2014/2015/ e 2015/2016, se non a seguito dei processi di fusione previsti dall'art. 2, comma 3, dello stesso d.m. 827/2013.
- 30) Al riguardo, Corte cost., 1° febbraio 1983, n. 14, punto 3 del *considerato in diritto*, puntualizza «*che non basta, perché una scuola attinga livello universitario che ivi siano impartiti, sia pure da professori universitari, insegnamenti a fini professionali, ma occorre che vi venga svolta anche la ricerca scientifica (...) là dove venga esercitata soltanto [attività scientifica] si può avere un'istituzione di alta cultura (...) e là dove venga esercitata esclusivamente attività didattica, non si ha università*». Sulla coincidenza della ricerca con l'insegnamento universitario, nel senso che la ricerca è nell'università il momento stesso dell'istruzione, F. BENVENUTI, *Relazione sulla programmazione, autonomia e amministrazione universitaria*, in *Universitas*, 1980, I, 51. Sulla medesima tematica, U. POTOTSCHNIG, *Insegnare nell'università un mestiere diverso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, Giuffrè, 1982, 495 ss., ora in *Scritti scelti*, Padova Cedam, 1999, 835 ss. Sull'attenuazione del rapporto tra ricerca scientifica e didattica, nonché sull'ammissibilità di università di solo insegnamento, A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, *Scritti in onore di Paolo Barile*, cit., 104 ss. Sul valore della ricerca scientifica, G. DELLA CANANEA, *Sulla valutazione dell'attività scientifica e didattica nel diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 349 ss.; A. SANDULLI, *Spunti di riflessione sulla valutazione della ricerca universitaria*, in *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, a cura di G. DELLA CANANEA e C. FRANCHINI, cit., 55 ss.; G. DELLA CANANEA, *La politica della ricerca: le prospettive per l'area giuridica*, in *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, a cura di M. BROLLO e R. DE LUCA TAMAJO, cit., 297 ss.; C. BARBATI, *Il sistema di valutazione della ricerca*, in *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, a cura di M. BROLLO e R. DE

LUCA TAMAJO, cit., 309 ss.; A. NATALINI, *La valutazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 376 ss.; C. BARBATI, *La valutazione del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 816 ss.; M. D'ORSOGNA, *Pluralità e funzionamento dei sistemi di valutazione delle università in Italia*, in *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università, Vol. I, La mutation de la gouvernance des universités en France et en Italie*, a cura di M. D'ORSOGNA, E. P. GUISELIN, S. CIMINI e A. F. DI SCIASCIO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 339 ss.

- 31) Sullo stretto rapporto tra ricerca e didattica nelle università, è eloquente il disposto dell' art. 1, comma 1, l. 240/2010, secondo cui «*Le università sono sede primaria di libera ricerca e libera formazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti e sono luogo di apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze; operano, combinando in modo organico, ricerca e didattica (...)*». Analoghe previsioni si rinvencono pure negli artt. 1 l. 4 novembre 2005, n. 230 e l. 168/1989.
- 32) L'art. 2, comma 1, d.l. 17 aprile 2003 prevede che i corsi di studio a distanza (o in modalità *e-learning*) possono essere istituiti ed attivati, previo accreditamento, anche dalle università statali e dalle università non statali.
- 33) In proposito, si deve ricordare che l'art. 10, comma 1, d.l. 1° ottobre 1973, n. 580, convertito in l. 30 novembre 1973, n. 766, stabilisce che «*le denominazioni di università, ateneo, policlinico, istituto di istruzione universitaria possono essere usate soltanto dalle università statali e da quelle non statali riconosciute per rilasciare titoli aventi valore legale a norma delle disposizioni di legge*». In precedenza, l'art. 2 l. 13 marzo 1958, n. 262 ha sancito il divieto, sanzionato penalmente, del conferimento da parte di privati, enti ed istituti delle qualifiche accademiche di dottore, compresa quella *honoris causa*, delle qualifiche professionali e della qualifica di libero docente. L'art. 2 l. 2 dicembre 1991, n. 390 (recante, «*Norme sul diritto agli studi universitari*») – abrogato dal d.lgs. 29 marzo 2012, n. 68 (rubricato, «*Revisione della normativa di principio in materia di diritto allo studio e valorizzazione dei collegi universitari legalmente riconosciuti, in attuazione della delega prevista dall'articolo 5, comma 1, lettera a), secondo periodo, e d), della legge 30 dicembre 2010, n. 240, e secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti al comma 3, lettera f), e al comma 6*») – comprendeva nella dizione di «*università*», ai fini della legge, le università, gli istituti universitari e gli istituti superiori di grado universitario che rilasciano titoli aventi valore legale. Analoga previsione si rinviene ora nell'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 68/2012 che per «*università*» intende le università e gli istituti universitari statali e le università non statali legalmente riconosciute. L'art. 2 l. 14 gennaio 1999, n. 4 subordina l'attività delle filiazioni in Italia di università e istituti superiori di insegnamento a livello universitario stranieri alla preventiva autorizzazione del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca. L'art. 2 d.l. 14 gennaio 2004, n. 2, conv. in l. 4 marzo 2004, n. 63 dispone che mediante decreto ministeriale sono dichiarati equipollenti ai corrispondenti titoli accademici

rilasciati dalle università italiane i titoli accademici di laurea e laurea specialistica conseguiti nell'area delle materie giuridiche presso istituzioni universitarie di particolare rilevanza scientifica sul piano internazionale operanti sul territorio nazionale.

- 34) Sulla distinzione tra momento «didattico» dell'insegnamento e momento «autoritativo» dell'accertamento dei suoi risultati con rilevanza giuridica generale (intesa come «funzione»), nonché sulla esclusiva del nome «università» ad istituzioni tipiche e dei nomi degli «atti della funzione che in essi si esercitano ... (Università, lauree ecc.)», si vedano le acute riflessioni di M. NIGRO, *Libertà della scuola e «Università» private* (nota a Cons. Stato, VI, 30 ottobre 1957, n. 769), in *Foro amm.*, 1958, I, 3, 130, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 425.

4. – Libertà della scuola ed istruzione universitaria.

L'indagine sulla natura giuridica delle università telematiche implica una ricognizione, sia pure sommaria, sul sistema di istruzione delineato dalla Costituzione e, segnatamente, sull'applicabilità all'istruzione superiore del principio della libertà della scuola (35). La portata di questo principio costituisce presupposto necessario per potere accreditare oppure escludere una eventuale natura privatistica degli atenei telematici, al di là dei loro connotati di indole sostanziale e formale. E' noto come l'interpretazione dell'art. 33 Cost. abbia dato luogo ad un risalente ed ampio dibattito nella comunità scientifica – sviluppatosi già in sede di Assemblea costituente –, con autorevoli esponenti che sono pervenuti, con sfumature ed accenti diversi, ad escludere tanto l'applicabilità del principio della libertà della scuola all'istruzione universitaria, quanto la configurabilità di una istruzione superiore privata equivalente a quella pubblica (36). Tali teorie non pongono in discussione la libertà riconosciuta dall'art. 33, comma 3, Cost. di istituire scuole private di livello universitario, bensì negano nella sostanza la possibilità degli istituti di istruzione superiore (soggettivamente) non pubblici di rilasciare titoli di studio aventi il medesimo valore di quelli rilasciati dalle università statali. Più in

generale, del rapporto tra scuola pubblica e scuola privata delineato dall'art. 33, commi 3 e 4, Cost. e dell'istituto della parità previsto dallo stesso comma 4 sono state date varie letture (37) che non riconoscono piena validità legale agli studi compiuti e agli esami sostenuti nelle scuole paritarie e non attribuiscono ai titoli da esse rilasciati il valore di atti di accertamento aventi rilevanza giuridica generale (38).

E' altrettanto noto che la tesi più accreditata, che può sintetizzarsi con le parole di un attento studioso, è che l'art. 33 Cost., «*prevedendo la libertà dei privati di istituire scuole e la possibilità di vedere riconosciuta la parità scolastica*», declina un modello di istruzione pluralistico consistente in «*un sistema integrato (...) fondato sull'equilibrata alchimia tra pubblico e privato, sulla coesistenza di due diverse realtà*» (39). Il riconoscimento in capo a persone fisiche ed enti del diritto di libertà di istituire scuole ed istituti di educazione ha condotto ad escludere una visione monopolistica della scuola di Stato, sottintendendo un raccordo tra istruzione pubblica e quella di iniziativa privata. Raccordo inteso, però, come non comportante necessariamente l'attribuzione alle scuole private anche del potere di rilasciare titoli legali dotati di efficacia *erga omnes*. Rifacendosi alla dottrina più avveduta, la giurisprudenza costituzionale ha puntualizzato che le università, per quanto attiene all'attività di insegnamento, sono parte integrante dell'organizzazione scolastica (40). Poiché la scuola è unica, «*la libertà della scuola si estende a comprendere le università*» e, quindi, le garanzie di libertà della scuola in genere devono valere per ogni tipo di scuola, inclusa quella di livello superiore (41). E' stato osservato che se è vero che la Corte costituzionale ha ritenuto pienamente compatibile con l'art. 33 Cost. la creazione di università «libere» o «private» ed ha escluso un monopolio statale dell'istruzione superiore, è altrettanto vero che non ha escluso che il pluralismo nella

scuola di livello universitario possa sussistere nell'ambito di un monopolio pubblico. Vale a dire che il pluralismo nell'istruzione universitaria «*possa essere soltanto un pluralismo delle iniziative, e non anche coesistenza di scuole pubbliche e di scuole private (così come per l'istruzione in genere)*» (42). Senonché, non ammettere l'applicabilità della libertà della scuola all'istruzione universitaria sembra equivalere a negare in radice la possibilità di un raccordo tra pubblico e privato ed a configurare in questo ambito una riserva di ente pubblico in difetto di una esplicita previsione costituzionale. Ciò ha indotto la moderna scienza giuridica ad escludere la sussistenza sia di un monopolio statale, sia di un monopolio pubblico dell'insegnamento universitario ed a rifiutare una lettura dell'art. 33 Cost. – che non contempla una riserva nel senso prospettato – in termini di contrapposizione tra scuola pubblica e scuola privata. Il diritto di enti e privati di istituire scuole e istituti di educazione sancito dall'art. 33, comma 3, Cost. sembra elevare la scuola privata (tutta la scuola soggettivamente non pubblica, di qualunque ordine e grado) a componente del sistema di istruzione ed evoca una relazione con la scuola pubblica in chiave di necessaria collaborazione ed integrazione della prima con la seconda, nella realizzazione del disegno costituzionale incentrato sul pluralismo scolastico e sul principio della libertà della scuola. Libertà della scuola intesa anche come libertà di scelta delle famiglie del progetto educativo e formativo, con riferimento al diritto-dovere dei genitori di educare ed istruire i figli (43). Ferma restando la centralità (e insostituibilità) del ruolo della scuola pubblica (44), sembra più aderente al modello costituzionale ritenere che la scuola privata è chiamata ad affiancare, integrare ed anche supplire il sistema di istruzione pubblica, secondo una logica che è propria della sussidiarietà orizzontale riassunta dall'art. 118, comma 4, Cost. (45).

Argomenti ulteriori a favore del pluralismo anche nell'ambito dell'istruzione superiore – concepito come coesistenza tra scuola universitaria sorta per iniziativa pubblica e scuola universitaria sorta per iniziativa privata, la prima governata da soggetti pubblici e la seconda in mano a privati – sono stati colti nella stretta relazione intercorrente tra i commi 1 e 6 dell'art. 33 Cost. Nella formula «*l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*», si sono viste riconosciute, da un lato, la libertà della scienza e dell'insegnamento e, dall'altro, le libertà individuali di ricerca e di insegnamento (46). La stessa autonomia delle università è stata considerata intimamente connessa con l'esplicazione di queste libertà individuali, che in esse trova la sua ragione d'essere. Se ne è dedotto che l'assetto ordinamentale contemplato dall'art. 33, comma 6, Cost. deve atteggiarsi nel concreto in funzione della libertà della scienza e dell'insegnamento. In questa prospettiva, l'autonomia riconosciuta alle istituzioni universitarie dalla medesima disposizione costituzionale è stata ricollegata più che alla nozione di autonomia pubblica alle libertà dei privati, che trovano il loro solo limite nella tutela di altri valori costituzionali di pari rango la cui definizione spetta alla legge (47). Anche i privati, infatti, possono essere titolari di autonomia e, in più casi, tale espressione è impiegata in modo promiscuo o in un'accezione non univoca in relazione ai differenti soggetti e alle diverse situazioni alle quali è, di volta in volta, riferita. D'altro canto, l'ordinamento giuridico riconosce e valorizza l'autonomia privata, garantendo la libera iniziativa di singoli ed enti nella società civile, ancorché ricadente in ambiti di interesse generale o collettivo.

Neppure la clausola di cui all'art. 33, comma 3, Cost., che vuole «*senza oneri per lo Stato*» l'iniziativa privata nel campo dell'istruzione, sembra deporre per la necessaria pubblicità degli atenei telematici per il

fatto di potere ricevere finanziamenti statali. Tale clausola è stata interpretata in modi diversi e pure tra di essi divergenti. Per una parte della dottrina essa contiene un inequivocabile divieto, costituzionalmente espresso, di finanziamento pubblico, in forma diretta o indiretta, alle scuole non statali (48). Per altra parte, la stessa clausola giustifica forme di finanziamento pubblico nei limiti del risparmio di spesa per lo Stato del servizio di istruzione derivante dal sistema delle scuole private. Altra corrente scientifica ammette il sostegno finanziario statale a tutela del pluralismo scolastico e della libertà di scelta delle famiglie. Non mancano, infine, soluzioni interpretative che distinguono le sovvenzioni pubbliche alle scuole private dall'attribuzione agli alunni di tali scuole di vantaggi economici per coprire, totalmente o parzialmente, il costo del servizio da esse erogato (49).

In disparte il rilievo che per la maggiore parte delle università telematiche appaiono prevalenti le entrate proprie (tra le quali spiccano le tasse universitarie) e, comunque, che non hanno provenienza pubblica, è convincimento diffuso in dottrina che il divieto previsto dall'art. 33, comma 3, Cost. non esclude il potere dello Stato di assegnare discrezionalmente, in base alla legge, contributi economici a soggetti privati che svolgono un servizio di rilevanza collettiva e, di per sé, non trasforma questi in soggetti pubblici (50). L'esclusione di oneri per lo Stato viene intesa non come «assoluta», nel senso che il divieto sancito costituzionalmente non consente di configurare in favore delle scuole private una pretesa di ricevere il sostegno statale, ma non preclude allo Stato di sostenere finanziariamente (in varie forme) la scuola privata (51), pure in un quadro che esalta il ruolo della scuola pubblica quale fattore di pluralismo ed eguaglianza (52). La conclusione che si può ritrarre è che l'eventuale riconoscimento della natura privatistica alle università telematiche non solo non sembra porsi in

contrasto con il principio della libertà della scuola, nelle sue diverse declinazioni ed implicazioni, ma anzi appare coerente con il disegno che emerge dall'art. 33 Cost.

Note al par. 4

- 35) Sul principio della libertà della scuola e riguardo al modello di istruzione accolto dall'art. 33 Cost., A. MORO, *La parità nella scuola. Libertà e parità della scuola non statale nella Costituzione*, in *Quaderni della scuola cattolica*, n. 1, 1957, 12 ss.; C. ESPOSITO, *Contenuto e limiti della libertà di istituire scuole*, in *Giur. cost.*, n. 3, 1958, 486 ss.; S. FOIS, *La disciplina della libertà della scuola privata*, in *Rass. parlam.*, n. 1, 1959, 153 ss.; S. CASSESE, A. MURA, *Commento agli artt. 33 e 34 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976, 210 ss.; S. LARICCIA, *Istruzione pubblica e istruzione privata nella Costituzione italiana. I principi. La realtà*, in *Dir. eccl.*, n. 1, 1987, 687 ss.; L. CALCERANO, G. MARTINEZ Y CABRERA, *Scuola (ordini e gradi)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 829 ss.; A. MATTIONI, *Scuola pubblica e privata*, in *Dig. disc. pub.*, XIII, Torino, Utet, 1997, 634 ss.; A. MATTIONI, *Osservazioni sulla scuola paritaria nella Costituzione*, in *Società e Istituzioni. Una raccolta di scritti*, Napoli, Jovene, 2005, 3 ss.; G. DELLA VALLE PAUCIULLO, *Scuole non statali primarie e secondarie: ordinamento amministrativo*, in *Riv. giur. scuola*, n. 3, 2008, 401 ss.; A. PAJNO, *Le scuole non-statali. Il quadro giuridico: dalla Costituzione alla legge 62/2000*, in *A dieci anni dalla legge sulla parità*, AA.VV., La Scuola, Brescia, 2010, 15 ss.; A. CATELANI, *Il diritto di istituire e gestire scuole non statali*, in *La scuola pubblica in Italia*, a cura di A. CATELANI e M. FALANGA, Brescia, La Scuola, 2011, 58 ss.
- 36) Sull'inconfigurabilità di «una istruzione superiore privata equivalente di quella pubblica, che possa, cioè, dare accesso ad esame di laurea», V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1956, 82.
- 37) Sull'istituto della «parità», V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, cit., 90 s.; R. RESTA, *La Costituzione e la scuola paritaria*, in *Problemi della scuola cattolica*, Quaderno n. 3, Roma, 1957, 22 ss.; V. ZANGARA, *I diritti di libertà della scuola*, in *Rass. dir. pub.*, 1959, 451 ss.; G. BERTI, *Autorizzazioni e concessioni in materia di esercizio di scuole*, in *Giur. it.*, 1960, 440 ss.; A. VALENTINI, *La libertà d'insegnamento*, in *Rass. dir. pub.*, 1960, 529 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 463 ss., ed ora in *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, 686 ss.; M. GIGANTE, *Il concetto di "parità" tra scuole statali e non statali e le modalità di attuazione del principio*, in *Foro amm.*, 1972, 763 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1975, 1185 s.; M. SALAZAR, *Scuola (ordinamento scolastico)*, in *Noviss. dig., App.*, 1986, 1085; D. BONAMORE, *Scuole non statali: pareggiate, parificate o legalmente riconosciute (educandati femminili, popolari, sussidiate, a sgravio)*. Nota a Corte cost., ord. 26 gennaio 1988, n. 118, in *Giur. cost.*, 1988, I, 358 ss.; A. MURA, *Istruzione privata*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Ist. enc. it., 1990, 5 ss.; A. CARACCILO LAGROTTERIA, *Il diritto allo studio nelle scuole non statali*, in *Foro amm.*, 1997, 1865 ss.; N. DANIELE,

La pubblica istruzione, Milano, Giuffrè, 2001, 828 ss.; M. RENNA, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, in *Dir. amm.*, 2002, 662 ss.; A. MATTIONI, *Scuola privata e pubblica*, in *Società e istituzioni. Una raccolta di scritti*, cit., 724 ss.; A. POGGI, *Parità scolastica e sistema nazionale di istruzione: un profilo giuridico e costituzionale*, in *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, a cura di S. VERSARI, Bologna, Tecnodid, 2009, 60 ss.; L. RIBOLZI, *Contributo della scuola paritaria al sistema pubblico dell'istruzione*, in *A dieci anni dalla legge sulla parità*, AA.VV., cit., 301 ss.

- 38) Negano agli attestati di promozione delle scuole paritarie il valore legale di atti di accertamento pubblico, U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, cit., 466; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1186; A. MURA, *Commento agli artt. 33 e 34 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, cit., 244. Riconoscono validità legale degli studi compiuti nelle scuole non statali, cui attribuiscono il potere di rilasciare titoli aventi pari effetti di quelli rilasciati dalle scuole statali, V. ZANGARA, *I diritti di libertà della scuola*, cit., 455 s.; G. BERTI, *Autorizzazioni e concessioni in materia di esercizio di scuole*, cit., 440; A. VALENTINI, *La libertà d'insegnamento*, cit., 529 ss.; A. ACCARDO, *La scuola. Diritto, problematiche, prospettive*, Padova, Cedam, 1991, 37.
- 39) A. SANDULLI, *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, che può leggersi in www.costituzionalismo.it, 2009, n. 1, 1 ss. Sul principio del pluralismo scolastico posto dall'art. 33 Cost. e sulla coesistenza tra scuole universitarie pubbliche e private, è obbligato il richiamo di Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 195, concernente il ritiro del nulla osta già concesso al prof. Franco Cordero, a norma dell'art. 38 del Concordato fra la Santa Sede e l'Italia, per entrare a fare parte del corpo docente dell'Università Cattolica del Sacro Cuore.
- 40) Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383.
- 41) Corte cost. 195/1972, cit., *sub* punto 6 del “considerato in diritto”.
- 42) L. FERRARA, *Le Università “libere”: enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 283.
- 43) In questi termini, A. D'ALOIA, “Senza oneri per lo Stato”? *La scuola privata e l'art. 33 Cost.*, in www.confronticostituzionali.eu, 27 giugno 2013, 2 s., il quale rileva che anche la l. 10 marzo 2000, n. 62 (“Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione”) conferma che il sistema nazionale di istruzione è costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali. Sulla necessaria inclusione della scuola privata nel sistema nazionale di istruzione ai sensi della l. 62/2000, cfr. Corte cost., 6 febbraio 2003, n. 42 e *Id.*, 26 gennaio 2005, n. 33. Sull'assetto del sistema scolastico italiano, si veda l'acuta ricostruzione di S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Foro it.*, 1991, V, 213 ss., il quale evidenzia che «la scuola non è più un servizio statale, ma un servizio collettivo pubblico o nazionale, appartenente al genere delle strutture a rete», in questa articolazione complessa anche le scuole private possono svolgere un ruolo sostanzialmente pubblico, come strumenti di attuazione delle libertà costituzionali nel campo dell'educazione e della formazione, e come formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità dell'individuo. Nella medesima prospettiva, G. PITRUZZELLA, *Il pluralismo della scuola e nella*

scuola, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. BIN e C. PINELLI, Torino, Giappichelli, 1996, 222 s., il quale osserva che il servizio pubblico non è sinonimo di servizio statale; C. SALAZAR, *Il diritto vivente, Pluralismo scolastico, diritto vivente e libertà di insegnamento, ovvero: la lunga ombra del caso Cordero*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. BIN e C. PINELLI, cit., 297 ss.; A. MATTIONI, *Diritti della persona e pluralismo scolastico*, in *L'Università per un sistema formativo integrato. Fondamenti, connessioni, esperienze, prospettive*, AA.VV., Milano, Vita e pensiero, 2001, 97 ss.; A. SANDULLI, *Istruzione*, in *Diz. dir. pub.*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, 3310, secondo cui l'inquadramento dell'istruzione come servizio pubblico resta inscindibile dalla presenza di taluni momenti di autorità, dei quali uno dei più rilevanti è costituito dall'accertamento, in diverse forme, dei risultati dell'insegnamento.

- 44) Sulla preferenza della scuola pubblica quale istituzione costituzionalmente necessaria, non si può prescindere dal celebre discorso di P. CALAMADREI, *Difendiamo la scuola democratica*, pronunciato al III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale, Roma, 11 febbraio 1950, ora in www.costituzionalismo.it, 2008, con nota di L. Patruno.
- 45) A. D'ALOIA, "Senza oneri per lo Stato"? *La scuola privata e l'art. 33 Cost.*, cit., 3. Sulla relazione intercorrente tra l'intervento dei soggetti privati nel campo dell'istruzione e la sussidiarietà orizzontale prevista dall'art. 118, comma 4, Cost., C. MARZUOLI, *Istruzione e Stato sussidiario*, in *Dir. pub.*, 2002, 117 ss.; A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Il Mulino, Bologna, 2003, 99 ss.; G. BERTAGNA, *Scuola e sussidiarietà*, in *Welfare community e sussidiarietà*, a cura di S. BELARDINELLI, Milano, Egea, 2005, 129 ss.; A. POGGI, *Il "sistema nazionale di istruzione" dopo la revisione costituzionale. Spunti per una rilettura del principio pubblico-privato alla luce del principio di sussidiarietà*, in www.federalismi.it, n. 5, 2005, e in *Riv. della Scuola sup. dell'econ. e fin.*, n. 2, 2005, 91 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica: tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, Giappichelli, 2006; F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, Giappichelli, 2008. Per un inquadramento sistematico del principio di sussidiarietà, V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XII, Agg., Roma, Ist. enc. it., 2004. Tra i molteplici studi che hanno approfondito i differenti risvolti del principio di sussidiarietà "orizzontale", si ricordano senza alcuna pretesa di completezza, R. BIN, *La sussidiarietà orizzontale alla ricerca dei soggetti privati*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1, 1999, 5 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, n. 21, 2001, 13 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pub.*, n. 1, 2002, 51 ss.; M. CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, 453 ss.; A. MALTONI, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, Clueb, 2002; G. PASTORI, *Le trasformazioni dell'amministrazione e il principio di sussidiarietà*, in *Quad. reg.*, 2002, 59 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e*

diritti sociali, in *Dir. pub.*, n. 1, 2002, spec. 5, 11 e 31 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004, spec. 26, secondo il quale il principio di sussidiarietà si declina altresì come principio della potestà partecipata; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I, Jovene, Napoli, 2005, 177 ss.; P. BILANCIA, *Il carattere bifronte del principio di sussidiarietà*, in *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, a cura di E. DE MARCO, Milano, Giuffrè, 2005, 73 ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, spec. 95, 125, 150; A. POGGI, *Principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica: spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, 1103 ss.; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e diritto interno*, Bari, Cacucci, 2006; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 895 ss.; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 12, 2009, 2909 ss.; A. POGGI, *La sussidiarietà dopo la revisione costituzionale del 2001: un cantiere ancora aperto*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vita e pensiero, 2011, 551 ss.; ID., *Autonomie funzionali e sussidiarietà orizzontale*, in *Giur. it.*, n. 6, 2011, 1473 ss.

- 46) L'art. 33, comma 6, Cost. dispone che «*le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*». L'art. 1 l. 243/1991 concernente le università non statali (categoria alla quale vengono ascritte le università telematiche) contiene un espresso rinvio a tale disposizione costituzionale. Per un inquadramento sistematico della libertà della scienza e della libertà di insegnamento, U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 721 ss.; A. CERRI, *Arte e scienza (libertà di)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, Ist. enc. it., 1988; A. PIZZI, *Insegnamento e scuola (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Ist. enc. it., 1989, 4 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà. Legalità. Mercato. Profili comparativistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano, 1991, 441 ss.; A. MATTIONI, *Insegnamento (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, 413 ss.; W. GASPARRI, *Università degli Studi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2000, 627 s. C. PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Riv. ass. it. costituz.*, n. 3, 2011, www.rivistaaiic.it/sites/default/articoli/allegati/Pinelli.pdf.
- 47) Sull'ambito dell'autonomia universitaria, v. *sub* nota 6 che precede. Per una interessante definizione della nozione di autonomia pubblica, P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, Cedam, 2005.
- 48) Sulla dicotomia pubblico-privato, N. BOBBIO, *Stato, governo e società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985. Per una ricostruzione del dibattito sulla formula «*senza oneri per lo Stato*», G.

GOZZER, *Senza oneri per lo Stato. Stato e scuola: la vittoria sbagliata*, Roma, Anicia, 1986. Il dibattito sull'art. 33 all'Assemblea Costituente, in *Scuola e Città*, n. 7, 1996, 311 ss.; E. MINNEI, *Scuola pubblica e scuola privata: gli oneri per lo Stato, Parte Prima*, Torino, Giappichelli, 2003; F. CALZARETTI, *Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali*, in www.forumcostituzionale.it, 22 maggio 2009. Interpretano in senso assoluto il divieto di finanziamento statale alle scuole private, V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, cit., 85 ss.; A. MURA, *Istruzione privata*, cit., 9 ss.; G. CIMBALO, *La scuola tra servizio pubblico e principio di sussidiarietà. Legge sulla parità scolastica e libertà delle scuole private confessionali*, Torino, Giappichelli, 1999, 247; F. RIMOLI, *Le libertà culturali*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA e P. RIDOLA, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001, 679 ss.; P. CALAMANDREI, *Per la scuola*, Palermo, Sellerio, 2008. Ammettono il finanziamento statale delle scuole private nei limiti della diminuzione dei costi del sistema di istruzione pubblico, V. ZANGARA, *I diritti di libertà della scuola*, cit., 382; G. LOMBARDI, *La libertà della scuola nel quadro della Costituzione italiana*, in *Riv. giur. scuola*, 1964, 624; S. BERLINGO', *Libertà d'istruzione e fattore religioso*, Milano, Giuffrè, 1987, 17 ss.; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1992, 343, nota 45. Propendono per il finanziamento pubblico della scuola privata a garanzia del pluralismo scolastico e della libertà di scelta delle famiglie, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981, 755 ss.; P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1990, 461; G. PITRUZZELLA, *Provvidenze alla scuola e provvidenze agli alunni: una distinzione per nuovi sviluppi del pluralismo scolastico*, *Giur. cost.*, 1995, 580. Si esprimono a favore del finanziamento pubblico in quanto le scuole private rappresentano una componente del servizio pubblico integrato di istruzione, P. CARETTI, *Brevi osservazioni su una "mancata" sentenza della Corte in materia di rapporti tra pubblico e privato nel settore della scuola*, in *Le Regioni*, 1998, 1353 ss.; M. C. FOLLIERO, *Finanziamenti alla scuola privata: le scorciatoie delle regioni e la via maestra (?) del Parlamento*, in *Dir. eccl.*, 1998, II, 492 ss.; S. SICARDI, *Pubblico e privato nell'ambito dell'istruzione*, in *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, a cura di R. FERRARA e S. SICARDI, Padova, Cedam, 1998, 195; P. CAVANA, *Diritto allo studio e parità*, in *Iustitia*, 1999, 72; F. DONATI, *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastico*, in *Le Regioni*, 1999, 537 ss.; G. MASSEI, *Scuola statale – scuola non statale*, in *Iustitia*, 1999, 58 ss.; M. RENNA, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, cit., 647; M. GIGANTE, *L'istruzione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo I, Milano, Giuffrè, 2000, 551 ss.; C. MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2003, 11 ss.; A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 300 ss.; E. MINNEI, *Scuola pubblica e scuola privata: gli oneri per lo Stato, Parte Seconda*, Torino, Giappichelli, 2004; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica. Analisi ricostruttiva e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2004, 382 ss.; A. POGGI, *Diritto all'istruzione e parità scolastica: principi costituzionali, interventi normativi e finanziamenti alle scuole*, in *Prima i bambini*, n. 158, 2004, 4 ss.; M.

- CROCE, *Le libertà garantite dall'art. 33 Cost. nella dialettica irrisolta (e irrisolvibile?) individualismo-comunitarismo*, in *Dir. pub.*, 2009, 3, 895 ss.
- 49) Sulle provvidenze economiche agli alunni delle scuole private, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 755 ss.; G. PITRUZZELLA, *Provvidenze alla scuola e provvidenze agli alunni: una distinzione per nuovi sviluppi del pluralismo scolastico*, cit., 580; L. VIOLINI, *Politiche sussidiarie nel settore dell'istruzione: il caso del buono scuola in Lombardia*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. 40 ss. Sulla distinzione tra sovvenzioni statali alle scuole private e quelle destinate ai loro alunni, v. Corte cost., 30 dicembre 1994, n. 454, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, l. 10 agosto 1964, n. 719 (*Fornitura gratuita dei libri di testo agli alunni delle scuole elementari*), che limitava la fornitura gratuita dei libri di testo agli alunni delle scuole elementari statali o abilitate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale.
- 50) L. FERRARA, *Le Università "libere": enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 279 s.
- 51) Il panorama normativo del finanziamento pubblico all'insegnamento universitario a distanza è composito e risalente già al d.p.r. 30 dicembre 1995, inerente all'approvazione del piano di sviluppo dell'università per il triennio 1994-1996. L'art. 6, comma 1, di tale d.p.r. già contemplava uno stanziamento (di 20.000 milioni di lire nell'anno 1995) per favorire iniziative per lo sviluppo di consorzi per l'insegnamento universitario in modalità *e-learning*. Più di recente, l'art. 12, comma 1, l. 30 dicembre 2010, n. 240 ha stabilito che alle università non statali legalmente riconosciute possa essere assegnata per finalità premiali una quota non superiore al 20% dell'ammontare complessivo dei contributi di cui alla l. 243/1991, con progressivi incrementi negli anni successivi, sulla base di criteri determinati con decreto del Ministro, sentita l'Anvur, tenuto conto degli indicatori definiti ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.l. 10 novembre 2008, n. 180, conv. in l. 9 gennaio 2009, n. 1. L'art. 12, comma 3, l. 240/210 ha previsto l'inapplicabilità alle università telematiche delle previsioni di cui allo stesso art. 12, «ad eccezione di quelle, che sono già inserite tra le università non statali legalmente riconosciute, subordinatamente al mantenimento dei requisiti» di legge. In applicazione dell'art. 12, comma 3, cit., l'art. 1 d.m. 25 maggio 2011 (concernente le università telematiche finanziabili nell'anno 2011) ha stabilito che, a partire dall'anno 2011, possono accedere ai contributi di cui alla l. 243/1991 le università telematiche «Uninettuno» e «Guglielmo Marconi». Il successivo art. 2 ha disposto che, con successivi decreti emanati ai sensi dell'art. 12, comma 3, l. 240/2010, sentita l'ANVUR, possono essere individuate altre università cui si applicano le previsioni del medesimo art. 12. Successivamente, l'art. 2 d.m. 21 novembre 2012, n. 495 (recante i criteri di ripartizione del contributo a favore delle università non statali per l'anno 2012), in considerazione della valutazione positiva espressa dal CNVSU al termine del quinto anno di attività delle università telematiche «Uninettuno» e «Guglielmo Marconi», ha incluso tali atenei tra le università destinatarie dei relativi finanziamenti pubblici, ciascuno per un importo di €900.000,00. L'art. 2 d.m. 23 dicembre 2013, n. 1061 (recante i criteri di ripartizione del contributo a favore delle università non statali per l'anno 2013) ha destinato, quindi, per ciascuna delle università telematiche «Uninettuno» e «Guglielmo Marconi» la somma di €

675.000,00, nonché ha assegnato, avendo conseguito una valutazione complessivamente positiva dell'ANVUR al termine del quinto anno di attività, alle università telematiche «Giustino Fortunato», «Pegaso», «San Raffaele», «Universitas Mercatorum» e «Nicolò Cusano» un contributo complessivo di €325.000,00 (di cui €50.000,00 a ciascuna delle università telematiche «Giustino Fortunato», «San Raffaele» e «Universitas Mercatorum», € 75.000,00 all'università telematica «Pegaso» ed € 100.000,00 all'università telematica «Nicolò Cusano»).

- 52) A. D'ALOIA, *“Senza oneri per lo Stato”? La scuola privata e l'art. 33 Cost.*, cit., 1 s. In senso analogo, G. FONTANA, *Art. 33 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, vol. I., Torino, Utet, 2006, 675 ss., spec. 689, che pone anche in luce come la libertà della scuola serve per stimolare ed implementare la qualità della scuola pubblica e non già per abdicare ad essa. Sulla formula *«senza oneri per lo Stato»* di cui all'art. 33, comma 3, Cost., M.R. ALLEGRI, *A Bologna il referendum consultivo cittadino riapre il dibattito sui finanziamenti pubblici alle scuole private*, in *Osservatorio dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, giugno 2013, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2, rileva che la modifica del Titolo V della Costituzione, intervenuta con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, il cui art. 114 ha posto lo Stato sul medesimo piano degli altri enti territoriali (Regioni, Province, Comuni, Città metropolitane), consente una lettura dell'art. 33 Cost. come riferito solo allo Stato e non anche agli altri enti territoriali per i quali non verrebbe escluso l'onere di sovvenzionare le scuole private. Sui segnali di superamento e di trasformazione del rapporto (e della distinzione) tra istruzione statale ed istruzione privata, A. POGGI, *Verso il superamento della distinzione pubblico-privato nell'offerta formativa?*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, 2003, 380-382.

5. – Disciplina pubblicistica, esercizio della funzione di istruzione superiore e natura giuridica.

Alle università telematiche si applica una parte consistente delle disposizioni dettate per l'istruzione superiore in genere. Tali disposizioni, unitamente ad altre, comprese quelle che regolano specificamente le università telematiche, sottopongono l'attività propriamente accademica ad una disciplina di stampo pubblicistico. Questa stessa disciplina riconosce ad esse il potere di rilasciare titoli di studio aventi il medesimo valore giuridico di quelli rilasciati dalle università (statali e non statali) tradizionali. Questi elementi potrebbero concorrere a suffragare la sostanza pubblica degli atenei telematici (inclusi quelli aventi origine privata) se fossero connotati distintivi delle

persone giuridiche pubbliche. E' noto che la maggiore o minore ampiezza della disciplina pubblicistica applicabile non è criterio sufficiente su cui fondare la distinzione tra soggetto pubblico e soggetto privato. Come pure risulta inadeguato il criterio del fine perseguito dall'ente, considerato che finalità di interesse generale possono coesistere con la forma giuridica privatistica. Nell'attuale sistema di diritto amministrativo l'esercizio del potere non costituisce più una prerogativa delle persone giuridiche pubbliche. Allo stesso tempo, sono innumerevoli i casi in cui soggetti privati sono destinatari di norme di diritto pubblico, sovente senza alcuna necessaria intermediazione da parte di amministrazioni pubbliche (53). Più in generale, la frontiera tra il diritto pubblico (i cui tratti caratterizzanti sono tuttora identificati nell'imposizione di vincoli rigorosi e nella stretta funzionalizzazione delle attività da esso regolate) e il diritto privato (concepito come disciplina che sublima la sfera delle libertà e dell'autonomia) appare sempre più incerta e mutevole e non presuppone più la distinzione classica tra ente pubblico ed ente privato (54). Né il primo, infatti, può ancora definirsi il regime giuridico esclusivo delle pubbliche amministrazioni, né il secondo può considerarsi il regime giuridico della generalità dei consociati e dei rapporti paritetici (55). Ferme restando le ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisce come soggetto di diritto comune, il diritto privato costituisce per essa normale modulo operativo, alternativo a quello dell'esercizio del potere. Per di più, integra regola generale che, «*nell'adozione di atti di natura non autoritativa*», essa è tenuta ad agire «*secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*» (art. 1, comma 1-bis, l. 241/1990) (56). A prescindere dall'indeterminatezza delle categorie giuridiche (quella degli «*atti di natura non autoritativa*» (57) e quella delle «*norme di diritto privato*» (58)) evocate dalla disposizione appena

menzionata, che è ascritta ai principi generali della legge del procedimento amministrativo, non è revocabile in dubbio che l'azione amministrativa può svolgersi anche secondo il diritto privato ed anzi deve svolgersi (salvo diversa disposizione di legge) secondo le «*norme di diritto privato*», quando ha natura non autoritativa. A completare il quadro d'insieme rendendolo ancora più articolato, è la constatazione che l'individuazione all'interno dell'ordinamento giuridico del confine tra diritto pubblico e diritto privato è problematica di ardua soluzione. Come è stato messo in luce con dovizia di argomenti già dalla dottrina dei primi anni del secolo scorso ed è condiviso ora dalla moderna manualistica (59), la ripartizione tra diritto pubblico e diritto privato assume valenza essenzialmente descrittiva o didattica ed il confine appare estremamente labile e variabile, a seconda dei diversi momenti storici e di valutazioni del tutto contingenti (60). L'attribuzione alle università telematiche del potere di rilasciare titoli accademici aventi valore legale, pertanto, non implica necessariamente una loro qualificazione pubblicistica. Né, tanto meno, il rispetto delle norme pubblicistiche cui sono sottoposte preclude in astratto una loro connotazione privatistica. La soggezione a norme di diritto pubblico e l'esercizio di poteri amministrativi possono configurarsi anche per quei privati cui la legge affida l'esercizio di attività di interesse generale. Lo svolgimento di compiti amministrativi da parte di soggetti privati (realmente privati, cioè estranei all'organizzazione pubblica complessivamente intesa) è strettamente connesso con il fenomeno più generale dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, che ha accompagnato lo sviluppo del diritto amministrativo sin dalle sue origini e che è stato variamente interpretato dalla dottrina (61). La titolarità di poteri amministrativi in capo ai soli soggetti pubblici e la capacità giuridica ad essi soltanto riconosciuta di adottare atti e

provvedimenti amministrativi (di carattere autoritativo e non) hanno rappresentato i capisaldi della scienza giuridica che ha dato dignità sistematica al diritto amministrativo. La configurabilità di un «rapporto amministrativo» – con conseguente esperibilità, in caso di controversia, dei rimedi propri del sistema di giustizia amministrativa e radicamento della giurisdizione speciale del giudice amministrativo – richiedeva, per convinzione pressoché unanime, che una delle parti fosse una pubblica amministrazione (62). Tutto ciò costituiva corollario della indiscussa posizione di supremazia attribuita allo Stato ed agli altri enti pubblici, cui venivano ricondotte l'imperatività e l'autoritarità degli atti che da essi promanavano (63). In un ordinamento in cui il potere costituiva attributo proprio della pubblica amministrazione (soggettivamente intesa come autorità), il fenomeno per cui soggetti privati erano investiti di disparati compiti di rilievo pubblicistico venne riportato nel sistema attraverso le teorie (dell'organo indiretto, della sostituzione e del *munus publicum*) (64) elaborate sulla scorta di singole fattispecie normative, pervenendosi anche ora a negare ad essi la titolarità di potestà pubbliche a carattere autoritativo (65), ora ad escludere l'inquadramento del fenomeno in un istituto giuridico unitario (66). Le profonde trasformazioni che hanno interessato il diritto amministrativo nel periodo storico più recente, debitamente registrate dalla dottrina contemporanea, hanno fatto sì che lo svolgimento di compiti di amministrazione pubblica da parte di soggetti privati – esterni alle organizzazioni pubbliche ed a ciò preposti in forza di un apposito titolo giuridico (normativo, provvedimentoale, convenzionale) – da fenomeno episodico o eccezionale è divenuto modulo operativo ordinario. Tant'è che si è giunti a riconoscere a questi soggetti finanche la titolarità di poteri amministrativi e la possibilità di adottare atti (oggettivamente) amministrativi, ammettendosi una sostanziale fungibilità tra soggetti

pubblici e soggetti privati nell'esercizio di attività amministrative. Da qui, la disgregazione della nozione classica di pubblica amministrazione, mettendosi in crisi le precedenti acquisizioni teoriche fondate sulla concezione soggettiva del potere, sulla supremazia delle persone giuridiche pubbliche e sulla specialità del diritto amministrativo. Non di meno, la figura dell'esercizio privato di pubbliche funzioni è rimasta categoria giuridica di incerta sistemazione finché è intervenuto l'art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990 – introdotto dall'art. 1, lett. b, l. 11 febbraio 2005, n. 15 – che ha codificato tale figura, facendola assurgere ad istituto giuridico di carattere generale. Secondo questa disposizione, soggetti privati possono essere titolari di proprie funzioni amministrative e non soltanto svolgere attività di competenza di amministrazioni pubbliche. Il concreto esercizio di queste funzioni comporta l'impiego degli strumenti (atti e procedimenti) che costituiscono l'ordinaria dotazione dei soggetti pubblici (67). La disciplina sostanziale introdotta con l'art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990 è stata completata, sul piano processuale, dall'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo, che ha devoluto alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (e non alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 del codice del processo amministrativo) gli atti emessi dai privati preposti, a vario titolo, all'espletamento di compiti amministrativi. Tale norma processuale ha incluso nel novero delle pubbliche amministrazioni *«anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo»*, vale a dire tutti i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990.

Senza volere prendere posizione sull'assetto delineato da queste norme positive e verificare oltre se esse esprimono una tendenza verso

un modello di amministrazione «oggettivata», (modello) elaborato da una eminente ed illuminata dottrina che disconosce qualsiasi qualità soggettiva all'autorità e predica una sostanziale equiparazione dei diversi soggetti giuridici dell'ordinamento (68), non pare revocabile in dubbio la loro rilevanza ai fini di questa indagine. Attesa la loro collocazione tra i principi generali del procedimento amministrativo e del processo amministrativo, non sembra debba approfondirsi in questa sede se le norme in questione si pongono in asse con la nozione comunitaria di amministrazione pubblica che si fonda su criteri eminentemente oggettivi e sostanziali (69). Né sembra necessario qui indagare sulle relazioni intercorrenti tra queste stesse previsioni positive e la sussidiarietà orizzontale elevata a principio cardine dell'ordinamento dall'art. 118, comma 4, Cost., che secondo autorevoli commentatori sarebbe espressione di una generale preferenza dell'ordinamento in favore dei privati, singoli o associati, per assolvere funzioni (oggettivamente) pubbliche (70). Ciò che qui rileva è che, alla stregua delle ricordate *regulae iuris* dalle quali non pare possa prescindere, sembra percorribile un inquadramento delle università telematiche (indipendentemente dalla loro genesi) tra i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990. Tale collocazione, infatti, risulta compatibile sia con la titolarità della funzione amministrativa dell'istruzione superiore, sia con la soggezione alle norme pubblicistiche che ne presidiano l'esercizio.

Note al par. 5

- 53) S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. 549 ss.
- 54) Sulla delimitazione del concetto di «pubblico» riguardo alle persone giuridiche pubbliche, alla loro organizzazione ed attività, alle norme che le regolano, O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 337 ss., ora anche in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, Napoli, Jovene, 1992, 338; ID, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche*

amministrative, in *Riv. dir. pub.*, 1916, VIII, 337 e 351, ora anche in *Scritti giuridici scelti*, vol. V, cit., 102 (nota 6); SANTI ROMANO, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. ORLANDO, Milano, Società editrice libraria, 1901, vol. II, 1, 521. La distinzione tra ente pubblico ed ente privato è ricollegata a quella più generale tra diritto pubblico e diritto privato da G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 11 e 72. Riconduce tale distinzione a quella tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, I, 279.

- 55) C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, 237 ss. e in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. II, Padova, Cedam, 1998, 375 ss.
- 56) Dall'art. 1, comma 1-bis, l. 241/1990, si ricava che la nozione di attività amministrativa si estende ad ogni tipo di attività diretta alla realizzazione di un fine di interesse generale indicato dalla legge, sia nelle forme del diritto pubblico, sia in quelle del diritto privato. L'indirizzo legislativo verso l'impiego degli strumenti di diritto privato da parte delle amministrazioni pubbliche è confermato dalla lettera f-bis, comma 4, dell'art. 20 l. 15 marzo 1997, n. 59 (inserita dall'art. 1 l. 28 novembre 2005, n. 246), secondo cui i decreti legislativi e i regolamenti emanati sulla base della legge di semplificazione e di riassetto normativo annuale, per quanto concerne le funzioni amministrative mantenute, si attengono al principio della «*generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi*». Sui risvolti della norma di principio introdotta nella disciplina generale del procedimento amministrativo dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, si segnalano tra i molteplici contributi G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481; F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1, 1° comma bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005; F. GASPARI, *Rilievi critici in tema di attività amministrativa di diritto privato*, in *Giust. amm.*, 2007, fasc. 3, 573 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, fasc. 1-2, 5 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 78 ss.; A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 97 ss. La generale capacità di diritto privato degli enti pubblici, fatte salve le deroghe previste dal diritto pubblico, viene desunta dall'art. 11 c.c. Non mancano in dottrina, però, voci dissonanti, secondo cui tale disposizione codicistica sottrarrebbe le persone giuridiche pubbliche all'applicazione della normativa civilistica, che concernerebbe le sole persone giuridiche private. Sulle problematiche connesse alla capacità giuridica in genere è ancora basilare lo studio sistematico di A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 8 ss. Sulla capacità piena delle persone giuridiche, ferme le limitazioni derivanti dalla loro particolare natura o da divieti specifici risultanti da norme espresse, P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, Utet, 1988, 218 ss. In senso analogo, M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in

Trattato di diritto privato, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2003, 151 ss.; G.B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI, Torino, Utet, 2006; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, Cedam, 2010, 199-201 e 300-303. Con particolare riguardo alla capacità delle persone giuridiche pubbliche, si esprimono nel senso che la tesi prevalente secondo cui le persone giuridiche private hanno soggettività piena e legittimazione illimitata vale pure per le persone giuridiche pubbliche, non sussistendo norme che derogano a tale regola, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, Jovene, 1984, 714 ss.; M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 988 ss. Riconosce alla capacità giuridica di diritto pubblico un contenuto peculiare che la distingue completamente dalla capacità di diritto privato, G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977, 119. Sul problema della capacità (giuridica e di agire) delle organizzazioni pubbliche, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 71 s., nell'evidenziare che l'art. 11 c.c. può essere interpretato come norma «che conferma la capacità generale delle persone giuridiche pubbliche, salve limitazioni poste dal diritto pubblico (...); ovvero come quella che esclude le persone giuridiche pubbliche dall'applicazione della disciplina comune, sottoponendole senz'altro alle discipline differenziate di diritto pubblico», rileva che entrambe le letture non danno luogo a differenze sostanziali nel senso che «le persone giuridiche pubbliche godono della capacità generale, salve limitazioni e vincoli (norme speciali) posti dal diritto pubblico».

- 57) Sull'indeterminatezza della formula «atti di natura non autoritativa», B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000; ID., *Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 981; S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, Giappichelli, 2014, 19.
- 58) L'espressione «norme di diritto privato» differisce da quella di «ordinamento civile» impiegata nell'art. 117 Cost. per ripartire la potestà legislativa tra Stato e Regioni e non coincide con le norme del codice civile. Ciò trova indiretta conferma anche negli artt. 11 e 15 l. 241/1990 (concernenti, rispettivamente, gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento e gli accordi tra pubbliche amministrazioni), laddove recano un riferimento puntuale e circoscritto ai «*principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti*». Sulla identificazione delle norme di diritto privato, non può non ricordarsi la pregevole opera di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.
- 59) Per tutti v. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 7; A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2001, 28.
- 60) S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 697.
- 61) Su tale fenomeno è tuttora fondamentale lo studio di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. ORLANDO, vol. II, pt. 3^a, Milano, Società editrice libraria, 1920, 235 ss., e in *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 385, che lo definisce, per l'appunto, come esercizio privato di pubbliche funzioni o pubblici servizi,

riferendolo a «qualunque forma di attività, dalla quale derivi l'attuazione di fini pubblici, esercitata da privati, ossia da persone fisiche che non abbiano la qualità di organi di enti pubblici, o da società commerciali, o altre persone giuridiche private». M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, Giuffrè, 1966, 685 ss., esclude che l'esercizio privato di pubbliche funzioni costituisca una nozione giuridica, definendola mera espressione verbale. Riferisce la nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni alla sola attività amministrativa di diritto pubblico svolta da soggetti privati, qualificando in senso pubblicistico i relativi atti, A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pub.*, VI, Torino, Utet, 1991, 165 ss. Nella scienza giuridica contemporanea, è convincimento diffuso che l'attività di amministrazione non è necessariamente affidata ad enti con personalità giuridica pubblica. Sui suoi diversi risvolti, estremo interesse rivestono i contributi di F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, 108 ss.; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.; ID., *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, Jovene, 2006, 89 ss. Il fenomeno della cura di interessi pubblici da parte di soggetti privati estranei all'organizzazione pubblica, che in forza di un titolo giuridico (legislativo, provvedimento, convenzionale) sono tenuti a perseguire con la loro azione un interesse riconosciuto come pubblico è stato approfondito efficacemente da F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, cit., *passim*; ID., *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Diz. dir. pub.*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, III, 2296; ID., *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. amm.*, 2008, 557 ss. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, 427-428, individua nell'esercizio privato di funzioni pubbliche una nuova categoria di soggetto equiparato alle amministrazioni pubbliche. Assimilano l'esercizio privato di pubbliche funzioni allo strumento della «esternalizzazione», che «si realizza sempre per mezzo di atti specifici, che assumono di volta in volta natura normativa, autoritativa o contrattuale», C. FRANCHINI, G. VESPERINI, *L'organizzazione, in Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2012, 119 s. Il fenomeno che si descrive è compiutamente ricostruito, da ultimo, da S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, cit., 107 ss. Sui vizi rilevabili negli atti qualificati come «amministrativi» dei soggetti privati e sulla loro impugnazione nel sistema processuale anteriore al varo del codice del processo amministrativo, V. CERULLI IRELLI, «Atti amministrativi» di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1057; P. DE LISE, *Giurisdizione amministrativa e atti dei soggetti privati*, in *Funzione e oggetto della giurisdizione amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Torino, Giappichelli, 2000, 62.

62) U. FORTI, *Diritto amministrativo. Parte generale*, vol. III, Napoli, 1945, 58.

63) B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, 94.

- 64) La teoria dell'organo indiretto (o «improprio») risale a G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., *passim*. La figura della sostituzione è stata delineata da G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; ID., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, II, 177, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 135; ID., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 10 e 17, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 366. La teoria del *munus publicum* (o ufficio in senso soggettivo) è stata elaborata da M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, 124; ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 123 ss. Sull'evoluzione del pensiero di tale insigne A. riguardo alla figura del *munus*, S. VALENTINI, *Precisazioni sul munus publicum*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, vol. III, 967 ss.
- 65) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 255.
- 66) F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, cit.
- 67) E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pub.*, XII, Torino, Utet, 1997, 243 ss., esclude la possibilità di attribuire ai privati l'esercizio di poteri discrezionali. C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto amministrativo del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 542, ammette che ai privati possano essere riconosciuti sia poteri autoritativi, sia poteri discrezionali (con esclusione di quei poteri discrezionali che, per la loro consistenza e rilevanza, sono da attribuire ad apparati politici). In dottrina, tra le attività amministrative svolte dai privati si fanno rientrare sia quelle sottoposte al rispetto delle regole di evidenza pubblica, sia quelle che comportano l'adozione di provvedimenti, mentre resta incerta l'attribuzione di potestà pubbliche di certazione nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 1 ter, l. 241/1990. In senso affermativo, A. MALTONI, sub *art. 1*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. BARTOLINI, S. FANTINI e G. FERRARI, Roma, Nel diritto, 2010, 98.
- 68) La dottrina oggettivistica del potere è una costruzione teorica di F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, n. 1, 6 ss., e in *Scritti giuridici*, vol. IV, *Articoli e altri scritti 1970-1983*, 3467 ss., che concepisce l'amministrazione come funzione obiettivata. Secondo la ricostruzione dell'esimio A., al centro del sistema di diritto amministrativo non c'è il soggetto, l'atto o il provvedimento (come era proprio della precedente concezione dell'amministrazione, imperniata sulla figura del potere dell'autorità), ma l'amministrazione intesa come attività, nel suo distinto e autonomo profilo oggettivo-funzionale che si ritrae dall'art. 97 Cost. L'amministrazione pubblica si qualifica non per la sua imputazione ad una autorità o per gli strumenti (autoritativi o di diritto comune) che essa impiega, ma come attività ordinata al perseguimento degli scopi e dei compiti comuni individuati dalla Costituzione e dalle leggi e all'adempimento dei corrispondenti diritti ed aspettative riconosciuti ai cittadini singoli e associati. L'amministrazione pubblica è intesa (non già come autorità, ma) come attività che non può qualificarsi per la provenienza da questa o quella istituzione di governo o dalle strutture da queste dipendenti, né per gli strumenti che impiega (siano poteri di autorità o di diritto comune, oppure prestazione di beni e servizi), bensì come attività che trova la sua connotazione primaria e unificante nell'essere ordinata al

perseguimento degli scopi e dei compiti comuni individuati dalla Costituzione e dalle leggi e all'adempimento dei corrispondenti diritti e aspettative riconosciuti ai cittadini singoli e associati. E' un'attività che si definisce «pubblica» in ragione degli scopi e dei compiti cui è finalizzata e che non ha più come suo tratto distintivo l'essere espressione di autorità in un rapporto di separazione e contrapposizione rispetto ai cittadini singoli e associati. E' un'amministrazione che esprime il diverso rapporto di integrazione e di convergenza che la Costituzione prefigura tra istituzioni di governo e società governata, che non può non farsi strumento dell'organizzazione sociale e, se possibile, diventare manifestazione della società stessa. La teoria oggettivistica è ricostruita in questi termini e così sintetizzata da G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti. Il contributo italiano alla storia del pensiero – diritto*, in [www.treccani.it/enciclopedia/feliciano-benvenuti \(II Contributo Italiano alla storia del Pensiero: Diritto\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/feliciano-benvenuti_(II_Contributo_Italiano_alla_storia_del_Pensiero:_Diritto)), 2012. Le acute ed innovative intuizioni che sono alla base della teoria oggettivistica sono ben messe in luce da U. ALLEGRETTI, *Nuovi modi di concepire l'amministrazione: "l'amministrazione oggettivata" secondo Feliciano Benvenuti*, in *L'Amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, 191 ss.

- 69) Nel diritto europeo non si rinviene una nozione unitaria di pubblica amministrazione che, invece, risulta differenziata, variando a seconda del settore in cui ci si muove. In tal senso, S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915; ID., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, Giuffrè, 1997, 9 ss.; J.A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1998, 561 ss., spec. 568; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, 33. Va dato atto, però, che le diverse nozioni di pubblica amministrazione che si ritrovano nel versante europeo si fondano tutte su criteri sostanziali di carattere oggettivo, che conducono a non limitare l'ambito delle amministrazioni pubbliche ai soli enti qualificati come «pubblici».
- 70) Le diverse implicazioni scaturenti dal principio di sussidiarietà sono state prefigurate ancora da F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit.; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, quando non era neppure espresso in Costituzione. Sulla medesima linea si pone G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; ID., *Il «rapporto amministrativo» nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, 1977, 48; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 779; ID., *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. I, Modena, Mucchi, 1996, 283 ss. Osserva V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 68 s., che, in linea di principio, è compito delle amministrazioni pubbliche soddisfare le esigenze di carattere generale. La sussidiarietà orizzontale evoca il rapporto di collaborazione che deve intercorrere tra pubblico e privato nello svolgimento di attività di interesse generale. Secondo l'art. 118, comma 4, Cost., sono i privati, singoli o associati – attraverso la loro autonoma e spontanea iniziativa, che i

pubblici poteri (Stato, Regioni, Province, Comuni ecc.) devono favorire – a venire in ausilio di questi ultimi nell’espletamento di attività di interesse generale. Precisa lo stesso insigne A. che se l’iniziativa spontanea di soggetti privati si concretizza in un determinato settore ed è in grado di soddisfare i bisogni di interesse generale, “*non può essere soppressa o sostituita da un’iniziativa pubblica (...), ma deve essere favorita nel suo estrinsecarsi, e assistita, laddove possibile, anche con interventi finanziari*”. In questo caso, i soggetti pubblici devono anche conformare e modulare di conseguenza la loro organizzazione ed attività. L’illustre A. puntualizza che “*“le attività di interesse generale” sono altra cosa rispetto alle funzioni amministrative di cui al 1° co. dell’art. 118, anche se in parte coincidono con esse. Sicuramente le funzioni amministrative sono attività di interesse generale (...). Ma le attività di cui all’ultimo comma non comprendono funzioni amministrative in senso tecnico, esercizio di poteri amministrativi*”. Per un compiuto inquadramento del principio di sussidiarietà orizzontale, si vedano gli studi richiamati *sub* nota 45 che precede, cui devono aggiungersi G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006; F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell’eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in *Il lato oscuro della sussidiarietà*, a cura di F. PIZZOLATO e P. COSTA, Milano, Giuffrè, 2013, 103 ss.

6. – Evoluzione della nozione di ente pubblico e soggettività giuridica delle università telematiche.

L’origine delle università telematiche, intesa come origine pubblica o, viceversa, privata di ciascun ateneo, pur non costituendo un criterio decisivo per individuarne la natura, rappresenta un elemento di indiscussa rilevanza. La circostanza che una parte di esse presenta una genesi privata ed altra parte ha una matrice pubblicistica costituisce un dato che non può essere trascurato, anche se non sufficiente per definire l’identità giuridica di queste figure universitarie *sui generis*. Indicazioni ulteriori debbono ritrarsi dalla circostanza che la loro istituzione interviene attraverso un provvedimento amministrativo, in applicazione di norme di diritto pubblico. Come pure il fatto che esercitano la funzione di istruzione superiore, rilasciando titoli di studio aventi valore legale che integra tipica manifestazione di potere pubblicistico. Le difficoltà connesse all’indagine sulla soggettività giuridica delle istituzioni universitarie telematiche sono analoghe a quelle che accompagnano l’identificazione della natura di qualunque persona giuridica deputata allo svolgimento di attività di

interesse generale, cui in sede costitutiva non sia stata attribuita una esplicita qualificazione giuridica. La distinzione fondamentale che si fa delle persone giuridiche è tra pubbliche e private e il discrimine tra le due categorie rappresenta una *vexata quaestio* (71). Nel diritto positivo, non vi è una definizione normativa di ente pubblico (72). Si rinvengono, invece, «*più moduli positivi di enti pubblici, (...) per ciascuno modulo la qualifica di pubblico denota tratti e produce effetti o risultati giuridici differenti*» (73). Diversi sono i criteri che sono stati proposti (ora singolarmente, ora in varia combinazione) dalla scienza giuridica per stabilire quando una persona giuridica possa dirsi pubblica o privata, nei casi in cui ne manchi una espressa configurazione legale (74). La problematica, peraltro, si è acuita ulteriormente a seguito dei processi di privatizzazione sviluppatasi a partire dai primi anni '90 dello scorso secolo, nell'ambito dei quali una parte considerevole hanno avuto la trasformazione *ex lege* di persone giuridiche pubbliche in società per azioni e la costituzione per legge di società per azioni a capitale pubblico (75). Società commerciali a regimi giuridici «speciali» ed anche «singolari», con deviazioni più o meno accentuate rispetto alla disciplina codicistica, deputate all'esercizio dell'attività di impresa, ma anche allo svolgimento necessario di funzioni amministrative indicate dalle stesse leggi istitutive (76). Le dimensioni assunte da tale fenomeno hanno fatto sì che la società per azioni in mano pubblica è divenuta non soltanto la forma tipica dell'impresa pubblica, ma anche il modulo organizzativo alternativo all'ente pubblico non economico a carattere strumentale (77). Nonostante la veste societaria e la personalità giuridica di diritto privato attribuita dalla legge (fatte salve sporadiche eccezioni, v. *sub* nota 114 che segue), le società di capitali a partecipazione pubblica totalitaria o prevalente, tuttavia, sono state oggetto di una riquificazione in senso pubblicistico ad opera della giurisprudenza che, sia pure con oscillazioni e varianti interpretative, ha riconosciuto ad esse

natura di soggetti pubblici «sostanziali». In tal modo si è accreditata la nozione di ente pubblico in forma societaria, che è emblematica delle difficoltà di inquadrare queste società in una delle categorie giuridiche tradizionali, potendo coesistere in esse forma privata e sostanza pubblica persino a dispetto di una loro espressa qualificazione legale (78).

Pure nella varietà delle diverse tipologie, l'ente pubblico tradizionale è ricostruito come istituto giuridico unitario, con una disciplina minima comune (79). Sino agli anni '30 dello scorso secolo, il dibattito dottrinario intorno alle persone giuridiche pubbliche si era sviluppato distinguendo il problema della sostanza dell'ente pubblico da quello degli indici di riconoscimento. Sul primo aspetto, le teorie che riscossero maggiore seguito furono quelle del «fine pubblico» (80), del «rapporto di servizio» (81) e dell'*imperium* (82). Pure nelle diverse formulazioni e benché cogliessero profili peculiari della soggettività pubblica, queste teorie vennero superate dalla sistematica successiva che ravvisò il loro limite nel fatto di non consentire di qualificare univocamente un ente come pubblico o privato (83). Sulla scorta dell'impostazione giurisprudenziale fondata sulla ricerca degli indici di riconoscibilità della pubblicità, si è data evidenza ad elementi estrinseci e formali risultanti dallo speciale regime giuridico dell'ente, che lo collochino in una posizione giuridica differenziata da quella propria dei soggetti di diritto comune, determinandone l'*«inserimento istituzionale (...) nell'organizzazione amministrativa pubblica»* (84). In tale prospettiva, si è passati a valorizzare elementi ulteriori desumibili dalla disciplina positiva dell'ente e attinenti alla sua (più o meno intensa) relazione organizzativa con lo Stato o con un altro soggetto pubblico tale da determinare una influenza dominante su di esso, con la sua completa attrazione nell'orbita pubblicistica. Tra gli indici rivelatori di aspetti pubblicistici sostanziali, sono stati annoverati l'operatività necessaria dell'ente (costituzione per iniziativa pubblica,

impossibilità che i compiti ad esso attribuiti siano espletati da un altro soggetto, impossibilità di estinzione volontaria) (85), l'assoggettamento a specifici poteri di controllo, l'ingerenza nella nomina e revoca degli amministratori, il potere di direttiva nei confronti dei suoi organi, la provenienza dei beni patrimoniali, il finanziamento istituzionale e la partecipazione alle spese di gestione (86).

Più di recente, un tentativo per recuperare una nozione unitaria di ente pubblico è stato operato da una parte minoritaria della dottrina attraverso la figura dell'organismo di diritto pubblico, fatta assurgere a nuovo modello della «soggettività pubblica» sull'assunto che, tramite l'impiego dei prescritti indici identificativi, consentirebbe di discernere il pubblico dal privato e di cogliere la reale sostanza giuridica di un ente (a prescindere dalla sua forma giuridica), sottoponendolo alla disciplina di sua pertinenza. Secondo questa teoria, la qualificazione di organismo di diritto pubblico esplicherebbe effetto non soltanto ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti, ma avrebbe una rilevanza generale nell'ambito del diritto europeo. L'istituto equivarrebbe alla nozione comunitaria di pubblica amministrazione e tale nozione sarebbe sovrapponibile a quella di ente pubblico nell'ambito dell'ordinamento interno (87). La dottrina prevalente, tuttavia, non concorda con questa ricostruzione, ponendo in luce come le nozioni comunitarie di pubblica amministrazione siano distinte ed articolate e non suscettibili di essere ricondotte ad unità (88). Si è evidenziato, altresì, che l'organismo di diritto pubblico nasce in ambito commerciale per dare soluzione a problemi di distorsione del mercato e della concorrenza attraverso una disciplina limitativa dell'autonomia negoziale, senza che ciò comporti l'esercizio (e, prima ancora, l'attribuzione) di poteri autoritativi o di capacità speciali che, secondo l'ordinamento interno, rappresentano il tratto distintivo dei soggetti pubblici (89).

Vi è, poi, una nozione più ampia ed evoluta di pubblica amministrazione (90) che discende dalla composita disciplina nazionale – introdotta con l’art. 1, comma 5, l. 30 dicembre 2004, n. 311 e sviluppata con la l. 31 dicembre 2009, n. 196 e il d.lgs. 31 maggio 2011, n. 91 (91) – applicativa del Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità (noto come «SEC95») (92), che è funzionale al monitoraggio sul rispetto del patto di stabilità e crescita da parte degli Stati membri. L’individuazione delle amministrazioni pubbliche sottoposte alle regole della gestione finanziaria e contabile (ed alle diverse misure di contenimento della spesa pubblica ad esse collegate, su cui v. nota 98) è rimessa dalla normativa nazionale alla ricognizione effettuata annualmente dall’Istat, sulla scorta dei parametri indicati dal Sistema europeo dei conti. Secondo tale Sistema, il settore «amministrazioni pubbliche» (S.13) include, accanto alle amministrazioni tradizionali (93), tutte le unità istituzionali che, indipendentemente dal regime giuridico (pubblico o privato) che le regola, *«agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita (94) la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste della redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese»* (95). La disciplina nazionale include nel sottosectore «amministrazioni locali» le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici (96). In quanto persone giuridiche senza scopo di lucro, queste ultime secondo la normativa comunitaria potrebbero essere annoverate tra le unità istituzionali del settore «amministrazioni pubbliche» (S.13), ove siano controllate e finanziate in misura preponderante da amministrazioni pubbliche (97). In linea teorica, qualunque ente nato privato e dotato di personalità giuridica di diritto privato *«la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali»*

può essere (o può diventare) un'amministrazione pubblica alla stregua della disciplina introdotta dall'art. 1, comma 5, l. 311/2004, se la sua attività «è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori» di altre amministrazioni pubbliche. Tanto l'inclusione quanto l'esclusione dal settore delle amministrazioni pubbliche dipendono dalla sussistenza o dal venire meno delle condizioni previste dal Sistema europeo dei conti, nell'ambito delle quali ha rilievo prioritario il finanziamento pubblico che assuma carattere prevalente e obbligatorio. Questa posizione non ha una valenza meramente contabile e statistica, ma assume una portata generale delimitando l'ambito di applicazione delle diverse misure, di indole funzionale e organizzativa, di contenimento della spesa pubblica ad essa collegate varate dal legislatore nazionale nell'ultimo decennio (98). Il dato saliente del sistema appena descritto è che l'iscrizione di un ente al novero delle amministrazioni pubbliche non avviene in forza di una norma di legge, ma in base ad un provvedimento amministrativo. Si è osservato che tale procedura, quantunque applicativa della normativa comunitaria, può dare luogo a problemi di compatibilità con la riserva di legge stabilita in tema di organizzazione pubblica dall'art. 97 Cost., nel momento in cui consente la nascita e l'estinzione di un soggetto pubblico senza l'intervento del legislatore (99). Tanto sul rilievo che in questo modo si assimila la nascita delle organizzazioni pubbliche a quella degli enti privati, la cui istituzione è rimessa in via esclusiva all'autonomia privata e rappresenta un evento di cui l'ordinamento si limita a prendere atto (100).

Note al par. 6

- 71) Sulla distinzione tra persone giuridiche private e pubbliche, la produzione scientifica è pressoché sterminata. Tra gli studi più rappresentativi si richiamano, senza alcuna pretesa di completezza, G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 10 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, 365 ss.; ID., *Attualità ed aspetti della distinzione fra persone giuridiche e privati*, in *Atti IV convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 1958*, Milano, Giuffrè, 1959, 169;

A. M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico*, in *Atti IV convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 1958*, Milano, 1959, 184; V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 963 ss.; F. GALGANO, «Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1966, 279; S. D'ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento italiano. Profili funzionali*, Milano, Giuffrè, 1969; G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, Napoli, Jovene, 1979; G. ARENA, *Enti pubblici. Enti pubblici economici*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, Utet, 1982, 1 ss. Sui tratti unitari degli enti definiti normativamente come pubblici, illuminanti restano le considerazioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 173 ss., spec. 184, il quale esclude che se ne possano trovare «perché la primitiva figura dell'ente pubblico si è ormai differenziata in più moduli (o modelli, come altri dice), sia strutturali che funzionali». Più di recente, sulle problematiche inerenti alla creazione *ex lege* di persone giuridiche delle quali non appaia sicura la natura (pubblica o privata) e di cui non sia certa la disciplina legale, G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica?*, in *Fondazioni e attività amministrativa (Atti del convegno – Palermo, 13 maggio 2005)*, a cura di S. RAIMONDI e R. URSI, cit., 46 ss.

- 72) Lo sviluppo dell'amministrazione italiana e del pluralismo amministrativo attraverso la creazione di nuovi enti, distinti dallo Stato e dotati di propria personalità giuridica, prende avvio con l'azione del governo di Giovanni Giolitti (1900-1914). Per una descrizione di tale fenomeno e sui suoi risvolti, S. CASSESE, G. MELIS, *Lo sviluppo dell'amministrazione italiana (1880-1920)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 333 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, Il Mulino, 1994; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- 73) Il testo riportato tra virgolette è di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 184, che già riconduceva questo risultato alla tecnica della politica legislativa per la quale l'ente pubblico non presenta più quel carattere di strumento fondamentale della presenza di pubblici poteri in attività inerenti ad interessi pubblici.
- 74) A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, 191, osserva che l'indice per antonomasia, come tale indiscutibile, della pubblicità «è rappresentato dal fatto che la legge designi l'ente come pubblico». In dottrina, è risalente e diffusa l'opinione che la denominazione attribuita dalla legge ad un ente non vincola l'interprete se essa è in contrasto con la sua effettiva natura. In questi termini, M.S. GIANNINI, *Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, in *Stato e dir.*, 1940, 144; L.R. LEVI, *La persona giuridica pubblica. Concetto ed elementi distintivi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1951, 588 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, Giuffrè, 1983, 14. *Contra*, G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato* cit., 11.
- 75) Sui processi di privatizzazione che hanno inciso profondamente sull'assetto organizzativo dell'amministrazione pubblica, accentuando l'eterogeneità e l'ibridazione dei moduli organizzativi e delle relative discipline, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Profili giuridici delle privatizzazioni*, a cura di G. MARASA', Torino,

Giappichelli, 1998, 1 ss., che svolge una compiuta analisi delle cause che hanno originato questi processi, individuandone le diverse tipologie. Per un inquadramento sistematico sull'adozione da parte delle imprese pubbliche di una forma giuridica di natura privatistica in luogo di quella pubblicistica (c.d. privatizzazione formale), nonché sul passaggio del controllo dell'impresa da soggetti pubblici a soggetti privati (c.d. privatizzazione sostanziale), M. CARABBA, *Privatizzazioni di imprese ed attività economiche*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., XI, Torino, Utet, 1996, 558 ss.; P.G. JAEGER, *Privatizzazioni – Profili generali*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Ist. enc. it., 1995; M. CLARICH, *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pub.*, XI, Torino, Utet, 1996, 568 ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998; F. BONELLI, M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, IV, Milano, Giuffrè, 2000, 994 ss.; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pub., Aggiorn.*, 2000, 432 ss. Parte integrante dei processi di privatizzazione è anche la trasformazione *ex lege* di preesistenti enti pubblici non economici in enti di diritto privato a struttura fondazionale, nonché l'istituzione per legge (o, in base alla legge, con altra fonte normativa o per atto amministrativo) di persone giuridiche previste dal libro primo del codice civile (fondazioni e associazioni), cui sono affidati compiti di amministrazione pubblica. Sulle trasformazioni dell'ordinamento giuridico in cui si inserisce il processo di riorganizzazione della pubblica amministrazione attraverso la costituzione legale di società speciali ed altri enti di diritto privato, N. IRTI, «*Codici di settore*»: *compimento della «decodificazione»*, in *Dir. soc.*, 2005, 133 ss. Rappresentativi dell'impiego nell'organizzazione pubblica di modelli organizzativi fondazionali sono lo studio monografico di S. DE GOTZEN, *Le "Fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., spec. 117-179, e la raccolta collettanea dei contributi di V. CERULLI IRELLI, M. IMMORDINO, F. MERUSI, G. MORBIDELLI, G. NAPOLITANO, M. OCCHIENA, G. PAGLIARI, A. ROMANO, A. ROMANO TASSONE, D. SORACE, *Fondazioni e attività amministrativa (Atti del convegno – Palermo, 13 maggio 2005)*, a cura di S. RAIMONDI e R. URSI, cit. Per ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare a F. SCIARRETTA, *Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, 5, 951 ss. Riguardo all'impiego nell'organizzazione pubblica di enti con personalità giuridica di diritto privato, si veda l'accurato studio monografico di G. BERTI, *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, Il Mulino, 1993. Si è ricordato che i processi di privatizzazione rappresentano un aspetto del più ampio fenomeno di trasformazione del diritto amministrativo acuitosi a partire dalla metà del secolo scorso, cui corrisponde anche il mutamento delle linee di confine tra diritto pubblico e diritto privato. Le modificazioni del diritto amministrativo costituiscono tematica sulla quale la letteratura giuridica è estremamente vasta. Limitando il richiamo agli studi più rappresentativi, tra i molteplici contributi dedicati a tale specifico tema, S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27 ss. Per una disamina dei programmi di riforma incentrati su europeizzazione, decentramento, privatizzazione e nuove forme di gestione pubblica, ID., *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2001, 79 ss. Sulla accentuata incertezza della linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato, con evidenziazione delle

principali contraddizioni del sistema di diritto amministrativo, ID., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss. Per un'analisi delle principali questioni di fondo irrisolte nel diritto amministrativo moderno, ID., *Le droit tout puissant et inique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2009, 879 ss.

- 76) L'impiego della forma societaria per lo svolgimento di attività di impresa che rimangono sotto il controllo pubblico con il superamento del modulo organizzativo dell'ente pubblico economico era stata accolta con favore da autorevoli studiosi. In particolare, N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, 465 ss., e anche in *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998, 1^a ed., 133 ss., pone in risalto come le privatizzazioni comportino il piegarsi dello Stato (o, comunque, delle amministrazioni pubbliche) alle regole del codice civile, che sono informate al principio dell'eguaglianza dei soggetti giuridici. L'assoggettamento delle imprese pubbliche alla disciplina comune del diritto commerciale – sottolinea l'insigne A. – le colloca sullo stesso piano degli altri operatori economici. Su tali aspetti, ID., *Il diritto della transizione*, in *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 112. In una prospettiva assai diversa, si pone il fondamentale studio di C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, Giappichelli, 1992, che pone l'accento sulle peculiarità del fenomeno, enucleando classificazioni – non meramente descrittive, ma che producono conseguenze sul piano del regime applicabile e del margine di autonomia nella gestione – delle società per azioni per le quali la legge costituisce la fonte del rapporto societario. L'A. distingue le «società legali» (o «società coattive») che sono quelle originate direttamente dalla legge, dalle «società di diritto speciale» (il cui connotato distintivo è rappresentato dalla causa non lucrativa) e dalle «società di diritto singolare» (regolate da leggi-provvedimento, dettate per una o più singole società, di regola nominativamente individuate). Nelle «società legali» (o «società coattive»), l'A. ricomprende anche le «società obbligatorie» per le quali la legge impone a determinati soggetti di procedere alla loro costituzione, mentre esclude le «società facoltative» per le quali la costituzione del rapporto societario è rimesso ad un atto di volontà delle parti. ID., *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in *Le società «pubbliche»*, a cura di C. IBBA, M.C. MALAGUTI e A. MAZZONI, Torino, Giappichelli, 2011, 1, sottolinea che nella materia «non una ma più classificazioni – e dunque più tipologie – sembrano (doverosamente) proponibili» (circa l'inconfigurabilità di una categoria unitaria di società a partecipazione pubblica, l'esimio A. richiama M. CAMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura degli stessi AA., Torino, Giappichelli, 2008, 1 ss.; M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, Giappichelli, 2010, 1 ss.). L'illustre A., *op. ult. cit.*, 3, riconduce l'estrema complessità del fenomeno delle società pubbliche (definizione che per brevità utilizza, «pur nella consapevolezza della sua ambiguità», *op. ult. cit.*, 3, nota 7, ambiguità già rilevata in ID., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 s.) ad una «sempre più nutrita serie di variabili, in relazione alle quali la

disciplina si diversifica e delle quali l'interprete deve perciò, di volta in volta, tenere conto». Tra queste variabili il medesimo A. include la natura degli enti pubblici partecipanti (statali, locali, territoriali, economici), l'entità della partecipazione pubblica (totalitaria, maggioritaria, minoritaria, di controllo) e la sua composizione (concentrata in un solo ente pubblico o ripartita fra più soggetti), l'oggetto sociale, le modalità attraverso le quali la società è divenuta affidataria di una determinata attività. Dubbi sull'opportunità dello strumento della privatizzazione sono espressi da G. OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 771 ss., in quanto le finalità perseguite possono essere raggiunte anche con mezzi tradizionali. L'illustre studioso rileva, ID., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, vol. VI, *Principi e problemi di diritto privato*, Padova, Cedam, 2000, 43, che «*il significato di una privatizzazione formale (...) non va né esagerato, né negato. La s.p.a. è forma di organizzazione della titolarità dell'impresa, strumentale all'interesse e all'azione dei soci che la governano (...). Il governo dell'impresa è tuttavia esso stesso influenzato dalla disciplina societaria: disciplina del capitale, delle partecipazioni, degli utili, delle perdite, dei modi di formazione ed espressione della volontà "sociale", dei controlli interni ed esterni, delle responsabilità*», ma «*perché questa disciplina assuma un valore sostanziale anche nella condotta dell'impresa occorre però che alla forma sociale corrisponda una effettiva contitolarità dell'impresa e che siano rispettate nei presupposti e nei contenuti le regole societarie, sì che la presenza pubblica non porti, in realtà, alla creazione di una "cosa" diversa*». ID., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, 157 ss., puntualizza che il *nomen* di società attribuito, fosse pure per legge, ad un ente non lucrativo può avere il senso di un richiamo alla disciplina compatibile, non un senso qualificativo di identità rispetto all'istituto codicistico. La società a partecipazione pubblica è istituto causalmente diverso dalla società codicistica, cui bisognerebbe attribuire un altro nome. Sull'argomento, si vedano anche le riflessioni di A. LUMINOSO, *Privatizzazione c.d. sostanziale tra contrattazione di diritto privato e interesse pubblico*, in *Privatizzazione e Regioni*, a cura di V. BUONOCORE e G. RACUGNO, Milano, Giuffrè, 2003, 94, il quale rimarca la sempre maggiore labilità del confine tra enti privati ed enti pubblici che svolgono attività economica. Ripercorre analiticamente le diverse posizioni della dottrina pubblicistica e privatistica, prendendo in rassegna gli orientamenti della giurisprudenza sulle società originate dai processi di privatizzazione delle imprese pubbliche, P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. 299 ss. Per una ricostruzione sistematica, G. MARASA', *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, Ist. enc. it., 1993; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, Giappichelli, 2009, spec. 1-57; M. CAMMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, Giuffrè, 2012, 1190 ss. In ordine alla configurazione delle società per azioni derivate dalla trasformazione di preesistenti enti pubblici economici e alla individuazione dei relativi regimi giuridici, stante le molteplici deroghe che le singole discipline speciali apportano al diritto societario comune, si segnalano tra i contributi più significativi apparsi allorché il fenomeno era in piena espansione, P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti*

pubblici economici, in *Riv. soc.*, 1992, 126 ss., spec. 133, che approfondisce le diverse problematiche scaturenti dalle disposizioni delle normative di privatizzazione che apportano ampie deroghe alla normativa generale delle società per azioni; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche "privatizzate"*, in *Riv. soc.*, 1994, 740 ss., il quale ritiene applicabile alle società per azioni risultanti dalla trasformazione di preesistenti enti pubblici economici, anche nel caso di privatizzazione sostanziale incompiuta, l'intera normativa delle società per azioni, fatta eccezione per quella parte che resta positivamente esclusa da disposizioni derogatorie di legge, rimarcando che «*le società privatizzate conservano il loro marchio di origine, sono società di diritto speciale*»; R. COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 77 ss., il quale pone in evidenza come le normative di privatizzazione non si limitino ad introdurre norme procedurali per la privatizzazione delle partecipazioni azionarie pubbliche, ma incidono profondamente sulla disciplina delle società oggetto di dismissione, introducendo norme diverse da quelle di diritto comune con riferimento sia all'organizzazione societaria, sia al contenuto e alla circolazione della partecipazione sociale. Sempre nell'ambito della dottrina privatistica e con impostazioni analoghe focalizzano l'analisi sui rapporti tra gli statuti speciali delle società legali ed il modello codicistico delle società per azioni, enfatizzando le peculiarità delle discipline speciali (genesì non contrattuale, assenza iniziale della pluralità di soci, mancanza di scopo di lucro ecc.) rispetto alla disciplina di diritto comune, che rendono le società legali non assimilabili *tout court* al modello generale ed astratto contemplato dal diritto societario, pur non determinando la totale inapplicabilità della normativa codicistica, P.G. JAGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 1992, 984 ss.; G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 385 ss.; B. VISENTINI, *Ancora sui limiti della disciplina privatistica della società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1994, 729 ss.; B. LIBONATI, *La faticosa «accelerazione» delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 1995, 20 ss. Per l'emersione della categoria giuridica delle società per azioni di diritto singolare nella cui compagine sociale sono presenti soggetti pubblici, G. VISENTINI, *Osservazioni sulla struttura giuridica della GEPI, società di gestioni e partecipazioni industriali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1973, I, 239 ss.; ID., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 1979, spec. 3-12, 91-94, 113-115. Sulla imposizione *ex lege* della forma societaria ad una persona giuridica pubblica e sulle conseguenze positive in ordine al suo regime giuridico, si vedano già G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977, 323-325; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai-Radiotelevisione italiana*, in *Cons. Stato*, II, 1977, 785 ss., spec. 799. Alle interazioni (ed interferenze) intercorrenti tra le discipline speciali e il diritto societario cui ha dedicato particolare attenzione la dottrina privatistica, si aggiunge sul versante pubblicistico l'analisi degli statuti legali delle società pubbliche (soprattutto, di quelle originate dalla trasformazione di preesistenti enti pubblici economici) per verificare se queste si configurino quali soggetti giuridici a preminente connotazione pubblicistica sottoposti, oltre alle regole codicistiche (per quanto concerne, innanzitutto, l'organizzazione interna), agli istituti di diritto amministrativo. In questa prospettiva, V. CERULLI IRELLI, «*Ente pubblico*»: *problemi di identificazione e disciplina*

applicabile, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 99; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico, la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, a cura di M.A. SANDULLI, in *Riv. serv. pubbl. e app.*, Quad., n. 1, Milano, Giuffrè, 2004, 91 ss., spec. 95; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 247 ss. Si esprime per la soggezione delle società pubbliche al diritto amministrativo, al diritto privato e al diritto privato «modificato» E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2003, 3987. Distinguono, invece, l'ente pubblico dalla società per azioni partecipate, che sono intesi quali figure soggettive non riconducibili ad unità aventi differenti discipline giuridiche, M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, Torino, Giappichelli, 2004, 8; A. MASSERA, *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 551 ss. Ritene che il problema della natura giuridica delle società per azioni derivate dai processi di privatizzazione non può essere risolto in modo netto, nel senso che un ente può dirsi totalmente privato o totalmente pubblico, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e aziende autonome statali*, Torino, Giappichelli, 1997, 102 s. (e anche 90 e 92). L'A. distingue un profilo sostanziale e un altro formale: quello sostanziale attiene alla genesi dell'ente e, pertanto, se è stato istituito da (o sulla base di) una legge singolare ad esso andrebbe riconosciuta sostanza pubblica (potendo divenire, però, privata in caso di dismissione della maggioranza del capitale sociale da parte dell'azionista pubblico originario), mentre se la sua istituzione è ricollegabile all'esercizio di autonomia negoziale gli andrebbe attribuita sostanza privata. Sotto il profilo formale, lo stesso A. focalizza l'analisi sul modulo organizzativo adottato: se il modulo è privatistico, l'ente avrebbe forma privata, mentre se il modulo organizzativo è pubblicistico, esso avrebbe forma pubblica (nella consapevolezza, però, della inesistenza di un modulo organizzativo in grado di evocare una figura tipica di ente pubblico). In senso analogo, M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 391 ss., secondo cui alla luce della duplice qualificazione delle società legali – che si presentano come private sotto l'aspetto formale-organizzativo e come pubbliche sotto il profilo sostanziale – la forma privatistica comporta il richiamo, ove non espressamente derogate o non incompatibili con la genesi legale, delle norme del codice civile inerenti all'organizzazione interna e ai meccanismi di funzionamento della società per azioni, mentre la sostanza pubblica (che rifluisce nelle previsioni derogatorie rispetto allo schema generale) funge da “clausola implicita di compatibilità”, che segna il confine della legittima applicazione delle norme di diritto privato.

- 77) Per effetto dei processi di privatizzazione si è consolidata in giurisprudenza la nozione di soggetto pubblico «sostanziale» fondata sulla indagine della «reale» natura degli enti di diritto privato costituiti per (o in base alla) legge. Risale a Corte cost. 28 dicembre 1993, n. 466 (annotata da A. CERRI, *La «mano pubblica» e la gestione in forma privata di attività economica: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto*, e C.

PINELLI, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1993, 3829 ss.; R. PERNA, *Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei conti*, in *Foro it.*, 1993, III, 285 ss.; sul medesimo *decisum* della Consulta v. pure C. DEL BONO, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati e la nozione comunitaria di «impresa pubblica»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 1011 ss.; M. MAUGERI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 543 ss.; A. SCIORTINO, *Privatizzazione «formale» degli enti pubblici e controllo della Corte dei conti*, in *Nuove auton.*, 1994, 2, 81 ss.; M. RAMAJOLI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 203 ss.) il principio secondo cui la semplice trasformazione dei quattro principali enti pubblici economici (Iri, Eni, Ina, Enel) in società per azioni non è sufficiente a fare venire meno il potere di controllo della Corte dei conti previsto dalla l. 21 marzo 1958, n. 259 «*fino a quando permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario*». La permanenza del controllo della Corte dei conti è fondata dalla Consulta sull'irrelevanza «*del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio*». Da ciò la distinzione tra privatizzazione formale, che dà luogo alla variazione della sola veste formale, e privatizzazione sostanziale, che comporta la dismissione delle quote azionarie in mano pubblica con conseguente fuoriuscita del soggetto privatizzato dalla sfera della finanza pubblica. In dottrina, G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, cit., 112 ss., già aveva evidenziato che la distinzione tra ente pubblico ed ente privato è di sostanza e non di forma, non dipende dalle nome impiegate dal legislatore, ma dalla disciplina da esso concretamente dettata. In senso analogo, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 170, aveva riconosciuto natura di enti pubblici strumentali alle società per azioni istituite con atto legislativo che ne determina la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria. Sulla stessa linea, P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 990 ss., aveva puntualizzato che la privatizzazione formale deve essere strumentale a quella sostanziale, in quanto la forma societaria di per sé «*non ha pressoché nessuna influenza sui criteri di gestione delle imprese (...) rappresenta poco più di un' «etichetta», applicata a enti che, in forza delle deroghe alla disciplina generale delle società di capitali, non hanno con esse quasi nulla in comune*». La tesi della natura (sostanzialmente) pubblica degli enti privatizzati è stata criticata con dovizia di argomenti da C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 484, secondo cui le difformità tipologiche rispetto allo schema codicistico della società per azioni con deviazioni di disciplina rispetto al diritto comune «*non trasformano in pubblico quello che pubblico non è, e non lo è perché il legislatore ha voluto che non lo fosse più*». Analoga critica alle operazioni di «riqualificazione» delle persone giuridiche private originate dai diversi processi di privatizzazione è svolta da G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, 2003, 818,*

il quale rileva che *«non appare corretto inferire la pubblicità del soggetto dalle deviazioni che la disciplina presenta rispetto alla normazione comune, come se la figura dell'ente pubblico fosse residuale, quando, invece, il codice civile e la legislazione speciale abbondano di regimi differenziati e "anomali"»*. Per una compiuta rassegna retrospettiva delle diverse posizioni dottrinarie e delle ragioni sottostanti alle privatizzazioni, C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jager*, Milano, Giuffrè, 2011, 353 ss. Sulla scia di Corte cost. 466/1993, in giurisprudenza si è radicata la tendenza a configurare le società in mano pubblica e gli altri enti di diritto comune aventi origine legale come soggetti sostanzialmente pubblici, indipendentemente dal *nomen iuris* e dalla personalità giuridica di diritto privato ad essi attribuiti (cfr., Corte cost., 21 aprile 2011, n. 153, relativa alle fondazioni liriche; Corte cost. 15 febbraio 2000, n. 59, concernente la Società di cultura La Biennale di Venezia; Cons. Stato, VI, 28 novembre 2012, n. 6014, inerente alle Casse previdenziali dei liberi professionisti). La forma societaria è stata considerata neutra rispetto alla natura sostanzialmente pubblica delle società legali ed il perseguimento di uno scopo di interesse generale non è stato ritenuto in contraddizione con il fine lucrativo indicato dall'art. 2247 c.c. Si è puntualizzato che la forma societaria non esclude la qualificazione pubblicistica nei casi in cui si tratti di società costituita in base alla legge, affidataria di compiti legislativamente previsti e per essa obbligatori, operante nell'ambito di politiche di un ministero per il perseguimento di specifiche finalità (Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 363, concernente Italia Lavoro s.p.a.). Si è fatto richiamo, quindi, all'art. 97 Cost. per affermare che una società *«a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici»* (Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 29, con la quale è stata respinta la questione di costituzionalità dell'art. 7, comma 4, lett. f) l. reg. Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23, secondo cui le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizi pubblici, sono tenute al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente; nel caso di specie, era stato dedotto che tale norma, ponendo a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato, invadeva la competenza esclusiva statale nella materia dell'*«ordinamento civile»*, di cui all'art. 117, comma 2, lett. l, Cost.). In altra occasione, la Consulta ha stabilito che la materia dell'*«ordinamento civile»* attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato – che include *«gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale»* – *«non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che essa comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato; che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica»* (Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, che ha rigettato la questione di costituzionalità dell'art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, concernente l'attività delle società partecipate dalle regioni e dagli enti locali). Nella stessa materia, è fatta rientrare anche la definizione del regime giuridico di *«soggetti di diritto privato»* e del confine *«tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private»* (sent. 326/2008, cit., che puntualizza che, in ragione dello scopo della disciplina prevista dalle disposizioni censurate, tale

disciplina può essere ricondotta pure nell'ambito della materia della «*tutela della concorrenza*» attribuita anch'essa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato). Nella materia della «*tutela della concorrenza*», Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148 ha ricompreso anche l'art. 3, commi da 27 a 29, l. 24 dicembre 2007, n. 244, secondo cui le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 «*non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*». Sulla medesima linea si è posta la giurisprudenza amministrativa, che è pervenuta a riconoscere natura pubblica ad importanti società in mano pubblica (per le quali è ricorrente la definizione di «enti pubblici in forma societaria») quali Enel s.p.a. (sul presupposto «*che ha continuato ad essere sottoposta ad una disciplina derogatoria rispetto a quella codicistica e sintomatica della strumentalità rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche*»: Cons. Stato, VI, 17 settembre 2002, n. 4711), Ferrovie dello Stato s.p.a. e Trenitalia s.p.a. (Tar Lazio, III ter, 20 luglio 2006, n. 6130), Poste Italiane s.p.a. (Cons. Stato, VI, 2 marzo 2001, n. 1206 e 7 agosto 2002, n. 4152), Rai s.p.a. (Cons. Stato, VI, ord. 24 novembre 2010, n. 5379). Alla riqualificazione in senso pubblicistico delle società legali ha contribuito sul versante legislativo il vigente testo dell'art. 29, comma 1, l. 241/1990 – introdotto dall'art. 10, comma 1, lett. b), l. 18 giugno 2009, n. 69 –, che ha esteso l'applicazione dell'intera disciplina generale dell'azione amministrativa alle società con totale o prevalente capitale pubblico quando esercitano funzioni amministrative. L'osservanza di tale disciplina prescinde dalla natura autoritativa o paritetica delle funzioni che le società partecipate sono chiamate a svolgere, a differenza di quanto accade per i soggetti pubblici (tali anche formalmente) che sono tenuti al rispetto della normativa sul procedimento amministrativo soltanto nell'adozione di atti autoritativi (art. 1, comma 1-bis, l. 241/1990).

- 78) La teoria del soggetto giuridico avente forma privata e sostanza pubblica è andata accreditandosi nella giurisprudenza anche a fronte del crescente e variegato impiego della veste societaria da parte dei pubblici poteri, che ha fatto svanire la possibilità di una disciplina uniforme dell'impresa pubblica e privata. In ambito statale, regionale e locale abbondano le deviazioni dal modello codicistico delle società a partecipazione pubblica, con previsione di regimi giuridici differenziati sia sotto il profilo organizzativo, sia per quanto attiene agli aspetti funzionali ed ai rapporti con soggetti terzi. Alla riqualificazione in senso pubblicistico delle società legali ha contribuito sul versante legislativo il vigente testo dell'art. 29, comma 1, l. 241/1990 – introdotto dall'art. 10, comma 1, lett. b), l. 18 giugno 2009, n. 69 –, che ha esteso l'applicazione dell'intera disciplina generale dell'azione amministrativa alle società con totale o prevalente capitale pubblico quando esercitano funzioni amministrative. Il rispetto di tale disciplina prescinde dalla natura autoritativa o paritetica delle funzioni che le società partecipate sono chiamate a svolgere, a differenza di quanto accade per i soggetti pubblici (tali anche formalmente) che sono tenuti al rispetto della normativa sul procedimento amministrativo soltanto nell'adozione di atti autoritativi (art. 1, comma 1-bis, l. 241/1990). Sulla formula organizzatoria dell'ente pubblico in forma societaria, F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004, 79 ss.

Tale formula organizzatoria è considerata adeguata all'attuale rapporto tra Stato e mercato e necessitata in ragione del complessivo contesto economico da G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, Giappichelli, 2009, 423. In senso critico, M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, Giappichelli, 2004, 53 ss. F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 241; C. IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 365 ss. L'estrema frammentarietà del panorama normativo delle società legali e l'assenza di regole connotate da un minimo di uniformità che permettano una classificazione sistematica degli innumerevoli moduli societari sono approfondite da MP. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1115, e M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni (Relazione al convegno "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina", Roma, 13 maggio 2009)*, in www.giustizia-amministrativa, 2009. La commistione di discipline diverse nella regolamentazione dei soggetti giuridici è analizzata da F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, cit., 65, che rileva la «graduazione di intensità con cui oggi si caratterizza la presenza pubblica nelle società di capitali di diritto speciale e al mutamento dei moduli organizzativi della Pubblica amministrazione». Sull'ampliamento di forme di pubblicità più sfumate, che non implicano una conformazione pubblicistica del soggetto, P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione: dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, cit., 589. In base alla tecnica normativa utilizzata, S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, cit., 72-75, racchiude in due contenitori concettuali gli interventi legislativi riguardanti le società a partecipazione pubblica, nel primo include «le norme puntuali aventi ad oggetto specifiche società nominalmente individuate che il legislatore crea (dal nulla o mediante trasformazione di soggetti preesistenti) o disciplina a vari fini», mentre ascrive al secondo «le norme che impiegano fattispecie non più singolari o eccezionali ma speciali, se non proprio generali» il cui ambito di applicazione ha una estensione maggiore.

- 79) In questo senso, V. CERULLI IRELLI, "Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 84 ss. La proliferazione di modelli organizzativi e moduli operativi variegati nell'amministrazione pubblica è fenomeno avvertito dalla dottrina sin dalla metà dello scorso secolo. Come si è ricordato, le difficoltà di delineare una nozione unitaria di «ente pubblico» sono state enfatizzate da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 185, che in tale espressione racchiude una serie di sintesi verbali. L'insigne A. mette in luce che nel diritto positivo non v'è un tipo di ente che si possa qualificare pubblico per la presenza di caratteri giuridici sicuramente definibili. Egli osserva che «Esistono invece più moduli positivi di enti pubblici, da intendere però nel senso che per ciascun modulo la qualifica di pubblico denota tratti e produce effetti o risultati giuridici differenti. Per ciascun modulo vigono delle regole, che però non sono estensibili o analogizzabili rispetto ad altri modelli». Tra gli studi più rappresentativi della problematica identificazione degli enti pubblici, oltre a quelli già indicati nelle note precedenti, si

richiamano senza alcuna pretesa di completezza, L.R. LAMARQUE, *La persona giuridica pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 620 ss.; V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959; G. GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1962, 31; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 188 ss.; A. BARDUSCO, *Gli enti pubblici nella Costituzione italiana*, in *Quad. reg.*, 1988, I, 527 ss.; G. D'AURIA, *Enti pubblici del parastato*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Ist. enc. it., 1989; G. ROSSI, *Ente pubblico*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Ist. enc. it., 1989; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, I principi*, Milano, Giuffrè, 1989, 14 ss.; A. BARDUSCO, *Ente pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, Utet, 1991, 64 ss.; S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, 1991, III, 1, 177 ss.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit.; V. CAIANIELLO, *Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. e soc.*, 1992, 188 ss.; D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 62 ss.; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2000, 839 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 171 ss.; G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 685 ss. Nella sistematica giuridica più recente, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 2006; G. NAPOLITANO, *Ente pubblico*, in *Diz. dir. pub.*, diretto da S. CASSESE, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, 2223 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 187 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2010, 293 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 336; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, 75 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013, 166 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2014, 81-132.

- 80) La teoria del fine pubblico, che ha assunto più varianti, ha avuto in passato ampio seguito nella dottrina più autorevole e nella giurisprudenza per essere poi abbandonata perché ritenuta insoddisfacente. Il tratto qualificante dell'ente pubblico veniva ravvisato nel fatto di avere istituzionalmente un fine pubblico. Secondo la prospettazione di O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1937, 489 ss., per scopo pubblico non si intende quello esclusivamente proprio dello Stato, raggiungibile solo per mezzo dei suoi organi, ma ogni scopo che rientri nei fini che lo Stato assume come propri. La medesima teoria è ricostruita diversamente da F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, 397 ss., il quale, nel puntualizzare che non vi è alcuna netta separazione tra interesse generale ed interesse individuale, identifica quale elemento distintivo della sostanza pubblica l'obbligo della persona giuridica verso lo Stato di adempiere il proprio scopo, in forza di una norma giuridica generale; laddove si ravvisa un obbligo siffatto, ciò significa che il diritto riconosce una funzione come pubblica in quanto ne reputa essenziale lo svolgimento. Le difficoltà connesse ad una univoca definizione del fine pubblico condussero SANTI ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli*

interessi dello Stato, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, Cedam, 1930, II, 431, ora in ID., *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, vol. 2, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 299 ss., ad elaborare la teoria del c.d. doppio fine. Secondo tale teoria, l'ente pubblico ha due fini: uno dello Stato e uno proprio; quello dello Stato è senz'altro pubblico, mentre quello proprio è particolare, ma non necessariamente pubblico, potendo anche essere antitetico a quello di altro ente pubblico.

- 81) La teoria del «rapporto di servizio» è stata esposta magistralmente da G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Artigrafiche Tornar, Pisa, 1945, 100. In base a questa teoria, l'ente è pubblico quando è con lo Stato (o con altro ente pubblico) in un particolare rapporto di diritto pubblico, che lo pone (e pone la sua attività) al servizio dello Stato. Tale teoria introduce il concetto del carattere strumentale dell'ente pubblico che è posto a servizio di altro soggetto pubblico "superiore".
- 82) Secondo questa elaborazione teorica, l'*imperium* (vale a dire, il potere di imperio che comporta la titolarità di diritti di potestà pubblica) integra connotato distintivo della soggettività pubblica. Per una completa esposizione della teoria è obbligato il richiamo di R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1966, 40, secondo cui il criterio in questione comunque non è l'unico per distinguere tra ente pubblico ed ente privato, essendovi enti pubblici sforniti del potere di imperio.
- 83) Riguardo ai limiti di tali teorie in riferimento al fenomeno degli enti pubblici economici, M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss. Per una disamina critica delle principali teorie esposte, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 259 ss.
- 84) Questa teoria che si deve a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 189, reputa che l'elemento decisivo per stabilire, nei casi dubbi, se un ente è pubblico è se esso «sia collocato dall'ordinamento in una posizione giuridica particolare, differenziata da quella propria dei soggetti di diritto comune (e cioè dei soggetti privati), o meglio (più specificamente), se l'ente sia assoggettato a un regime giuridico il quale gli conferisca (sia pure per una parte ristretta della sua attività) poteri e prerogative di diritto pubblico, che in alcun modo lo assimilano o avvicinino (sia pure eventualmente solo sotto un profilo parziale) a quelli degli enti che sicuramente hanno natura pubblica, facendone perciò un "pubblico potere"». In questa ottica, l'esimio A. teorizza la ricerca di indici significativi della pubblicità (quantunque «uno per uno, e per sé soli, non decisivi», op. cit., 191), che denotano l'inserimento dell'ente nell'organizzazione amministrativa pubblica. Il virgolettato nel testo è tratto sempre da A.M. SANDULLI, op. cit., 190. Il riferimento al regime giuridico particolare delle persone giuridiche pubbliche ai fini della loro identificazione è alla base anche della c.d. teoria normativa formulata da F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, cit., 279, e ID., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, Cedam, 1996, 442. La teoria normativa valorizza il dettato dell'art. 11 c.c. e definisce pubblica la persona giuridica che la legge sottrae alla disciplina codicistica, sottoponendola ad un regime speciale o singolare. Sulla scorta dell'art. 11 c.c., tale teoria fonda la distinzione tra ente privato ed ente pubblico sulla distinzione tra ente di diritto comune ed ente di diritto speciale.

- 85) Sulla necessaria esistenza ed operatività dell'ente quale connotato della sua natura pubblica, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 265.
- 86) Sull'eterogeneità dei moduli organizzativi e di azione della pubblica amministrazione, mediante la creazione di strutture di «confine» tra il pubblico e il privato, cfr. Cons. Stato, V, 9 gennaio 2013, n. 66.
- 87) E' noto che l'organismo di diritto pubblico – istituto di derivazione comunitaria recepito nel diritto interno attraverso il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – si fonda su requisiti sostanziali predeterminati di identificazione. L'art. 3, comma 26, d.lgs. 163/2006 stabilisce che per organismo di diritto pubblico si deve intendere qualsiasi organismo, anche in forma societaria, che presenta i seguenti requisiti: i) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; ii) dotato di personalità giuridica; iii) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. L'allegato III del d.lgs. 163/2006 contiene un elenco non tassativo di tali organismi. La teoria che riconosce nell'organismo di diritto pubblico il nuovo modello della soggettività pubblica nell'ambito dell'ordinamento nazionale è stata propugnata in più scritti da F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39; ID., *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447; ID., *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43; ID., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012, 52.
- 88) In questi termini, S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915; ID., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, tomo I, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, Giuffrè, 1997, 9; J. A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 561 ss.; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, Clueb, 2000; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 172; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013, 33.
- 89) S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, cit., 134 s., rileva che il connotato saliente dell'organismo di diritto pubblico consiste nell'applicazione di una disciplina specifica che limita, in campo negoziale, facoltà che di regola spettano a qualunque soggetto privato (cui l'ordinamento riconosce il diritto di scegliere liberamente la propria controparte contrattuale), senza dare luogo all'attribuzione di potere autoritativo, capacità speciali, privilegi o prerogative che, secondo il diritto interno, costituiscono l'essenza della personalità giuridica pubblica e collocano l'ente in una posizione differenziata da quella dei soggetti privati. In senso analogo dello stesso A., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione*

nell'appalto di opere pubbliche, Padova, Cedam, 2008, passim, spec. 600; ID., *Violazione del diritto all'aggiudicazione: una responsabilità civile del "terzo tipo"?* in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 2331. Nell'ambito della dottrina prevalente, si pongono sulla medesima linea M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 4, 2004, 67; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo* in *Servizi pubblici e appalti*, n. 4, 2004, 91. Sui tratti caratterizzanti dell'amministrazione comunitaria, l'accurata analisi di G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 22, dà conto che l'ordinamento europeo è improntato, fatte salve ipotesi marginali, al principio della parità dei soggetti e l'amministrazione europea (a differenza delle amministrazioni pubbliche nazionali) non è titolare di diritti speciali, prerogative e privilegi.

- 90) Sulle diverse nozioni di pubblica amministrazione nel diritto interno e nel diritto europeo, G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pub.*, diretto da S. CASSESE, cit., 4741.
- 91) L'art. 1, comma 5, l. 311/2004 («legge finanziaria 2005») ha disposto che «*al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede di Unione europea, indicati nel Documento di programmazione economico-finanziaria e nelle relative note di aggiornamento, per il triennio 2005-2007 la spesa complessiva delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, individuate per l'anno 2005 nell'elenco 1 allegato alla presente legge e per gli anni successivi dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) con proprio provvedimento pubblicato nella Gazzetta Ufficiale non oltre il 31 luglio di ogni anno, non può superare il limite del 2 per cento rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno, come risultanti dalla Relazione previsionale e programmatica*». L'art. 1, comma 1, l. 196/2009 («Legge di contabilità e finanza pubblica») ha stabilito che «*Le amministrazioni pubbliche concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità. Il concorso al perseguimento di tali obiettivi si realizza secondo i principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica*». Il successivo comma 3 dello stesso art. 1 ha previsto che la ricognizione delle amministrazioni pubbliche cui si applicano le disposizioni in materia di finanza pubblica è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento pubblicato nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre. Con il d.lgs. 91/2011 sono state emanate le «Disposizioni recanti attuazione dell'articolo 2 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di adeguamento ed armonizzazione dei sistemi contabili».
- 92) Il Sistema europeo dei conti nazionali e regionali denominato «SEC95» è stato varato con il regolamento CE n. 2233/96 del Consiglio del 25 giugno 1996. Dal settembre 2014, sarà sostituito dal nuovo Sistema europeo dei conti nazionali e regionali «SEC2010» di cui al regolamento UE n. 549/2013 del 26 giugno 2013.
- 93) Il paragrafo 2.70 del regolamento CE 2233/96, suddivide il settore delle amministrazioni pubbliche in quattro sottosettori: a) amministrazioni centrali

- (S.1311); b) amministrazioni di Stati federati (S.1312); c) amministrazioni locali (S.1313); d) enti di previdenza e assistenza sociale (S.1314). Nel sottosettore amministrazioni locali, sono ricomprese le «*Università ed istituti di istruzione universitaria pubblici*» (cfr., l'ultimo provvedimento Istat pubblicato in G.U., serie generale, n. 210 del 10 settembre 2014).
- 94) In base al paragrafo 3.26 del regolamento 2223/96 CE, i beni e servizi non sono destinabili alla vendita quando sono offerti in prevalenza gratuitamente o a prezzi economicamente non significativi. Il precedente paragrafo 3.19 reg. cit. precisa che i beni e servizi prodotti si intendono venduti a prezzi economicamente significativi se le vendite coprono più del 50% dei costi di produzione.
- 95) Paragrafo 2.68 regolamento CE 2223/96. In base al successivo paragrafo 2.69, le unità istituzionali che compongono il settore amministrazioni pubbliche sono ripartite nelle seguenti categorie: «*a) gli organismi pubblici (esclusi i produttori pubblici aventi la forma di società di capitali pubbliche o dotati, in forza di una normativa specifica, di personalità giuridica e le quasi-società, allorché sono classificate nei settori delle società finanziarie o non finanziarie) che gestiscono e finanziano un insieme di attività, principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita; b) le istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita, che sono controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche; c) i fondi pensione autonomi, se soddisfano le due condizioni di cui al paragrafo 2.74*».
- 96) In tal senso dispone anche il più recente provvedimento Istat (pubblicato in G.U., serie generale, n. 210 del 10 settembre 2014), che non offre alcuna ulteriore indicazione sul punto.
- 97) Cfr. paragrafo 2.69 regolamento CE 2223/96, lett. b), nonché il paragrafo 1.2 Manuale del SEC95 sul disavanzo e sul debito pubblico. Ai fini dell'individuazione della natura pubblica o privata di enti senza scopo di lucro dotati di personalità giuridica (nella specie, Coni Servizi s.p.a., Autorità per l'energia elettrica e il gas, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed enti previdenziali privati) la cui azione interseca, in vario modo, quella della pubblica amministrazione e della loro inclusione nell'elenco delle amministrazioni pubbliche elaborato annualmente dall'Istat, Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014, ha valorizzato gli indici fissati dalla normativa comunitaria consistenti nel controllo da parte di soggetti pubblici e nell'erogazione di risorse pubbliche provenienti da leggi (e da provvedimenti applicativi) emanati in coerenza con l'art. 23 Cost., in tema di prestazioni patrimoniali imposte, aventi una causa di attribuzione di natura pubblicistica.
- 98) Molteplici sono le disposizioni legislative susseguitesisi incessantemente negli ultimi anni che contemplano misure varie, di carattere organizzativo e funzionale, volte al contenimento della spesa pubblica aventi per destinatari gli enti (*i.e.*, le amministrazioni pubbliche) inseriti nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuati dall'Istat ai sensi dell'art. 1, comma 3, l. 196/2009. Tra queste misure vi sono, a mero titolo esemplificativo, quelle introdotte dall'art. 6 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122, che stabiliscono: la riduzione (nella misura del 10% rispetto agli importi risultanti alla data del 30 aprile 2010) di indennità, compensi, gettoni, retribuzioni e utilità comunque denominate dei

componenti di organi collegiali (di indirizzo, direzione e controllo) e dei titolari di incarichi di qualsiasi tipo (comma 3); la riduzione (in misura del 10%) del compenso di cui all'art. 2389, comma 1, c.c. dei componenti degli organi societari di amministrazione e di controllo (comma 6); la riduzione della spesa annua per studi ed incarichi di consulenza, inclusa quella relativa a studi ed incarichi di consulenza conferiti a pubblici dipendenti (il cui ammontare non può superare del 20% quella sostenuta nel 2009) (comma 7); la riduzione delle spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza (il cui ammontare non può superare del 20% la spesa sostenuta nel 2009 per le medesime finalità) (comma 8); il divieto di effettuare spese per sponsorizzazioni (comma 9); l'obbligo delle società incluse nell'elenco Istat delle amministrazioni pubbliche di conformarsi al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità e sponsorizzazioni, desumibile dai precedenti commi 7, 8 e 9 (comma 11); la riduzione delle spese per missioni, anche all'estero (con esclusione delle missioni internazionali di pace e delle Forze armate, delle missioni delle forze di polizia e dei vigili del fuoco, del personale di magistratura e di quelle strettamente connesse ad accordi internazionali o indispensabili per assicurare la partecipazione a riunioni presso enti e organismi internazionali o comunitari, nonché con investitori istituzionali necessari alla gestione del debito pubblico, il cui ammontare non può essere superiore al 50% della spesa sostenuta per il 2009) (comma 12); la riduzione delle spese di formazione (il cui ammontare non può essere superiore al 50% della spesa sostenuta nel 2009) (comma 13); la riduzione della spesa per acquisto, manutenzione, noleggio ed esercizio di autovetture e per l'acquisto di buoni taxi (il cui ammontare non può essere superiore al 80% della spesa sostenuta nel 2009) (comma 14). In precedenza, misure simili erano state introdotte dall'art. 61 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133. L'art. 19, comma 1, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. in l. 3 agosto 2009, n. 102, aveva esteso alle società inserite nell'elenco Istat delle amministrazioni pubbliche i divieti e le limitazioni alle assunzioni di personale già previsti per le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, ed ha disposto l'adeguamento delle loro politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Sempre a titolo esemplificativo, l'art. 9 d.l. 78/2010 per gli anni 2011-2013 ha previsto: la limitazione dell'ammontare del trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti pubblici, anche di qualifica dirigenziale, compreso il trattamento accessorio (che non può superare il trattamento ordinariamente spettante per l'anno 2010, al netto degli effetti derivanti da eventi straordinari della dinamica retributiva) (comma 1); la riduzione dei trattamenti economici complessivi dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, superiori a 90.000 euro lordi annui nella misura del 5% per la parte eccedente tale importo fino a 150.000 euro e nella misura del 10% per la parte eccedente 150.000 euro (comma 2); il divieto di corrispondere compensi ulteriori previsti da disposizioni normative o contrattuali ai titolari di incarichi di livello dirigenziale generale per l'espletamento di incarichi aggiuntivi (comma 3). Più di recente, l'art. 5 d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135, ha stabilito: il divieto, con decorrenza 1° maggio 2014, di effettuare spese di ammontare superiore al 30% della spesa

sostenuta nel 2011 per acquisto, manutenzione, noleggio ed esercizio di autovetture e per l'acquisto di buoni taxi (comma 2); che, a decorrere dal 1° ottobre 2012, il valore nominale dei buoni pasto attribuiti al personale, anche di qualifica dirigenziale, non può essere superiore a 7,00 euro (comma 7); che le ferie, i riposi e i permessi spettanti al personale, anche di qualifica dirigenziale, devono essere obbligatoriamente fruiti e non possono dare luogo alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi (comma 8); il divieto di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti, già appartenenti ai ruoli delle stesse amministrazioni pubbliche e collocati in quiescenza, che abbiano svolto, nel corso dell'ultimo anno di servizio, funzioni e attività corrispondenti a quelle oggetto dell'incarico di studio e di consulenza da affidare (comma 9). Ancora più di recente, l'art. 1, comma 5, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125, ha limitato la spesa annua per studi e incarichi di consulenza, inclusa quella relativa a studi e incarichi di consulenza conferita a pubblici dipendenti, stabilendo che non può essere superiore, per il 2014, all'80% del limite di spesa per l'anno 2013 e, per il 2015, al 75% dell'anno 2014. Il successivo art. 2, comma 10, ha esteso alle amministrazioni pubbliche inserite nell'elenco Istat l'applicazione dell'art. 60 d.lgs. 165/2001 in materia di controllo del costo del lavoro.

- 99) Si è ricordato che nell'ordinamento positivo non esiste una definizione legislativa di ente pubblico. Tra i pochi referenti normativi sulla qualificazione pubblica di un ente, vi sono gli artt. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 e 4 l. 20 marzo 1975, n. 70. Come è noto, il primo perimetra il concetto di ente pubblico per identificare le pubbliche amministrazioni datrici di lavoro, mentre il secondo prevede che la costituzione ed il riconoscimento di enti pubblici può avvenire soltanto per legge. Dell'art. 4 l. 70/1975 prevale una lettura conforme alla riserva di legge relativa di cui all'art. 97 Cost. Sulla problematica appare tuttora fondamentale il contributo di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 200, nota 81. Rileva M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 185, che alla istituzione, modificazione ed estinzione degli enti pubblici non si deve sempre provvedere per legge «*perché in taluni casi si può provvedere con provvedimento amministrativo*». ID., op. cit., 336, «*vi sono enti pubblici che sono istituiti per provvedimento organizzativo, ricorrendo presupposti fissati dalle norme*». In questo senso, E. PICOZZA, *Istituzione e riconoscimento per legge di nuovi enti pubblici nell'ordinamento giuridico statale e regionale*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 137 ss. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 108 e 111, ritiene che la nascita di un ente pubblico deriva da un atto di organizzazione assunto dallo Stato, in genere di fonte legislativa, «*ma a volte anche regolamentare laddove ciò è può essere consentito, con riferimento alla riserva di legge di cui all'art. 97 Cost.*». *Contra*, A. ROMANO, «*L'ordinamento giuridico*» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 241.
- 100) In questi termini si esprime, S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, cit., 103-105. Ai fini della distinzione tra gli ordinamenti privati e pubblici (intesi quali componenti dell'ordinamento generale) e del pluralismo degli ordinamenti, l'A. richiama l'insegnamento di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, ried. 1946 (unitamente alla lettura che di tale

fondamentale opera è stata data da S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Romano*, in *Quad. fior.*, 1972, 243) e ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, rist. 1983.

7. – Accreditemento nel sistema universitario e valore legale dei titoli di studio.

L'accréditamento quale università telematica comporta l'attribuzione del potere di accertamento, con rilevanza giuridica generale, dei risultati dell'insegnamento universitario impartito, che si estrinseca attraverso il rilascio dei corrispondenti titoli legali. L'art. 7, comma 2, d.l. 17 aprile 2003 riconosce espressamente ai titoli accademici rilasciati dalle università telematiche «*identico valore legale*» di quelli previsti dal d.m. 509/1999.

Si tratta di un potere autoritativo che rappresenta il connotato qualificante delle istituzioni universitarie. Si è detto che l'attribuzione di tale potere non altera la sostanza giuridica delle università telematiche, potendo coesistere il conferimento di potestà pubblicistica con la natura privatistica dei soggetti che ne sono investiti. Nel nostro ordinamento, è ormai acquisito (e pure positivizzato) il principio secondo cui soggetti privati, estranei all'organizzazione amministrativa complessivamente intesa, possono essere preposti all'esercizio di compiti amministrativi. L'attribuzione di un identico valore legale ai titoli di studio rilasciati dalle diverse istituzioni universitarie è strettamente legata allo sviluppo storico del sistema universitario italiano e all'assetto statalista ed accentrato che tuttora lo caratterizza. In tale sistema, il valore dei titoli di studio discende direttamente dalla legge e rappresenta una certezza legale (che è assicurata da un'autorità accademica nell'esercizio di un potere pubblico), che rileva non solo in ambito accademico o didattico, ai soli fini del proseguimento degli studi, ma nell'intero ordinamento giuridico (101). Nessuna norma positiva fornisce una definizione, in via generale, di valore legale del titolo di studio, che ora è (ri)messo in discussione da una vasta corrente di

pensiero che intende abolirlo, nella prospettiva di un miglioramento del rapporto intercorrente tra studi universitari e mondo del lavoro (102). È stato messo in rilievo da autorevole dottrina che «*non esiste un valore legale generale dei titoli di studio*», che hanno «*solo un valore accademico; comportano, dunque, riconoscimenti all'interno del sistema scolastico*» (103). Il valore legale esprime un giudizio di rilevanza giuridica fondato sulla legge rispetto ad un titolo di studio conferito da un'istituzione scolastica o accademica (pubblica o legalmente riconosciuta) a ciò autorizzata (104). Si distingue il valore legale prettamente «scolastico» dalla rilevanza del titolo di studio in ambito extrascolastico. Nel primo caso, è un valore meramente interno alla scuola in quanto costituisce requisito per la prosecuzione degli studi e l'accesso ad altri livelli (*i.e.*, ordini e gradi) scolastici. Nel secondo caso, assume valore di un atto di accertamento con rilevanza esterna ed efficacia *erga omnes* per l'accesso agli uffici pubblici ed alle professioni (105). Deve convenirsi sul fatto che il valore legale del titolo di studio non costituisce un istituto giuridico regolato da una o più previsioni normative, ma indica «*l'insieme degli effetti giuridici che l'ordinamento ricollega ad un determinato titolo accademico o scolastico*», rilasciato da università o scuole a ciò preposte (106). Attesta l'avvenuta frequentazione con profitto di un corso di studi appartenente ad una classe di laurea prevista dall'ordinamento universitario e il raggiungimento di un determinato tipo o livello di preparazione. La relativa attestazione è dotata di certezza legale ed efficacia generale (107). Essa assolve ad una funzione di garanzia in relazione sia alla presenza di determinati contenuti nei percorsi formativi (disciplinati dagli ordinamenti didattici di ateneo in conformità dell'ordinamento universitario e sottoposti ad approvazione ministeriale), sia al rispetto di determinati *standard* qualitativi dei docenti, sia all'acquisizione di una preparazione certificata dal superamento degli esami di profitto previsti dal singolo corso di studio. Al contempo, il valore

legale del titolo di studio costituisce (o, almeno, dovrebbe costituire) una idonea garanzia del suo valore intrinseco e sostanziale. Esigenze avvertite non soltanto in ambito nazionale ed europeo continentale, ma anche nel sistema anglosassone in cui il valore del titolo di studio è assicurato con modalità diverse e in via più indiretta.

Note al par. 7

- 101) In proposito, la giurisprudenza amministrativa pone l'accento sul fatto che il valore legale dei titoli di studio rilasciati dalle università esige uniformità della loro disciplina (esigenza che viene fondata sul principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.), che non può che essere stabilita da una fonte normativa eteronoma (rispetto all'università), cioè dal legislatore statale. Ciò esclude che eventuali limiti al valore legale dei titoli di studio possano essere introdotti dalle università con norma di fonte regolamentare (Tar Sardegna, I, 17 aprile 2013, n. 331). In tale ottica, anche l'equipollenza tra titoli di studio ai fini della partecipazione ad un pubblico concorso riveste carattere formale e tassativo, essendo riconosciuta e determinata dal sistema normativo dei titoli di studio che è vincolante per l'amministrazione che abbia indetto la procedura selettiva: cfr., Cons. Stato, VI, 3 maggio 2010, n. 2494; *Id.*, 19 agosto 2009, n. 4994; Tar Lazio, II *quater*, 1 marzo 2011, n. 1867.
- 102) L'abolizione del valore legale del diploma di laurea non è tematica nuova, come denotano gli scritti di L. EINAUDI, *Scuola e libertà*, in *Prediche inutili*, Torino, 1959, 57, ove si pone in luce come il diploma, di per sé, non abbia alcun valore legale, esprimendosi con toni critici accesi nei confronti dei «largitori di titoli». In precedenza dello stesso A., *Vanità dei titoli di studio*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Torino, 1947, e *Per l'abolizione del valore legale del titolo di studio*, in *Scuola e libertà*, Torino, 1955, ora ripubblicato in *La libertà della scuola. Scritti di Luigi Einaudi e Salvatore Valitutti*, a cura di G. DESIDERIO, Macerata, 2009. A fronte dell'attuale dibattito riaccessosi sul valore legale del titolo di studio universitario, il Presidente del Senato della Repubblica, in data 8 febbraio 2011, ha autorizzato l'avvio di una indagine conoscitiva sugli effetti connessi all'abolizione del valore legale del diploma di laurea, che è stata svolta dalla 7^a commissione permanente ed il cui documento conclusivo è riportato nel resoconto sommario del 1 febbraio 2012, n. 350 (su cui v. *sub* nota 15 che precede).
- 103) Le considerazioni riportate tra virgolette sono di S. CASSESE, *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di storia delle università italiane*, vol. 6, Bologna, 2002, il quale puntualizza che «Tuttavia, gli uffici pubblici e le professioni sono ordinati in modo che per accedere ai concorsi pubblici e agli esami di Stato è necessario avere un titolo di studio». Sul valore legale dei titoli di studio si ricordano, senza pretesa di completezza, i contributi di B. G. MATTARELLA, *L'equivoco del valore legale dei titoli di studio*, in *www.nelmerito.com*, 2012; A. STELLA, *Riflessioni sull'abolizione del valore legale del titolo di studio*, in www.roars.it, 2012; A. BARTOLINI;

Appunti sul valore legale del titolo di studio, in *Atti del convegno Concorrenza e merito nelle Università*, 12 marzo 2009, in www.agcm.it/convegni-e-seminari/4284-concorrenza-e-merito-nelle-universita.html, AGCM, Roma; S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Valore legale dei titoli, statuto speciale dei docenti e altri "idola" dell'Università italiana*, in *Atti del convegno Concorrenza e merito nelle Università*, 12 marzo 2009, AGCM, Roma; P. GIANNI, *Sul valore legale della laurea*, in cnu.cineca.it, 2009; M. LIBERTINI, *Competizione tra università e valore legale del titolo*, in www.federalismi.it, n. 3/2009; (Andrea) ROMANO, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di storia delle Università italiane*, vol. 13, 2009; F. SAITTA, *Dalla filippica di Einaudi alla riforma Gelmini: il punto dopo mezzo secolo di discussioni sul valore legale dei titoli di studio*, relazione al convegno *Concorrenza e merito nelle Università*, in *Atti del convegno Concorrenza e merito nelle Università*, 12 marzo 2009, AGCM, Roma; G. CORDINI, *Il valore legale dei titoli di studio e la riforma universitaria*, in cnu.cineca.it, 2006; A. MANGANARO, "Uomini vergini di bolli" ed eterne ammalate. *Sulla questione del valore legale dei titoli di studio*, in www.yumpu.com, 2006; D. MENEGON, *L'abolizione del valore legale della laurea, per un'idea di università che sposi le regole del mercato*, in www.brunoleoni.it, 2006; A. MORO, *Il valore legale del titolo di studio: che cos'è?*, in www.noiseFromAmerika.org, 2006.

- 104) Emblematiche in tal senso appaiono alcune disposizioni del r.d. 1592/1933. L'art. 167, a mente del quale "le Università e gli Istituti superiori conferiscono, in nome della legge, le lauree e i diplomi determinati dall'ordinamento didattico". L'art. 148, secondo cui "Gli studi compiuti e gli esami superati presso Università o Istituti superiori hanno valore legale per ogni altra Università o Istituto (...)". L'art. 170, a tenore del quale "I titoli accademici conseguiti all'estero non hanno valore legale nel Regno, salvo il caso di legge speciale".
- 105) In proposito, l'art. 172 r.d. 1592/1933 dispone che «i titoli di studio rilasciati dalle università hanno esclusivamente valore legale di qualifiche accademiche. L'abilitazione all'esercizio professionale è conferita a seguito di esami di Stato, cui sono ammessi soltanto coloro che abbiano conseguito presso università i titoli accademici (...)». L'art. 7, comma 1, d.p.r. 5 giugno 2001, n. 328 stabilisce che "i titoli universitari conseguiti al termine dei corsi di studio dello stesso livello, appartenenti alla stessa classe, hanno identico valore legale ai fini dell'ammissione agli esami di Stato, indipendentemente dallo specifico contenuto dei crediti formativi». Sulla portata dell'art. 172 r.d. 1592/1933, S. CASSESE, *Il valore legale del titolo di studio*, *cit.*, osserva che esso riconosce «una sorta di valore legale indiretto», nel senso che il titolo di studio rappresenta condizione necessaria per l'ammissione ai pubblici concorsi ed agli esami di Stato per l'abilitazione all'esercizio delle professioni regolamentate o protette, ma non permette di accedere direttamente all'impiego pubblico ed all'esercizio della professione. In tale prospettiva, il chiaro A. richiama anche l'art. 16, comma 4, l. 168/1989 (secondo cui gli statuti delle università devono prevedere «l'adozione di curriculum didattici coerenti ed adeguati al valore legale dei titoli di studio rilasciati dall'università») e l'art. 3 l. 341/1990 (che, in relazione ai diplomi di laurea, prevede decreti interministeriali di individuazione dei profili professionali per i quali il diploma «è titolo valido

per l'esercizio delle corrispondenti attività» e le qualifiche funzionali del pubblico impiego per le quali il diploma «costituisce titolo per l'accesso»). Riguardo agli uffici pubblici, lo stesso A. ricorda l'art. 2 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 che stabilisce i titoli di studio per l'accesso a ciascuna carriera prevista dallo stesso testo unico degli impiegati civili dello Stato, evidenziando che la corrispondenza tra titoli e categorie è venuta meno sia perché le categorie sono cambiate, sia perché i requisiti di ammissione sono delineati dai contratti collettivi che hanno reso meno rigide le corrispondenze e consentono anche l'accesso alla dirigenza ai non laureati. Quanto alle professioni, l'A. rimanda all'art. 33, comma 5, Cost. che prescrive l'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio professionale, osservando che l'ammissione alle prove dell'esame di Stato è subordinata al possesso del titolo di studio richiesto dalle rispettive normative di settore.

- 106) L'espressione riportata tra virgolette nel testo è del Servizio studi del Senato della Repubblica, *Il valore legale del titolo di studio. Contesto europeo ed elementi di legislazione comparata*, marzo 2011, n. 280, in www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2011/Dossier_280.pdf. I titoli di studio con valore legale conferiti al termine dei corsi di studio universitari sono «tipici» o «nominati»; l'art. 3 d.m. 509/1999 (ora, art. 3 d.m. 270/2004) ne indica la denominazione ed il livello.
- 107) In tal senso, l'art. 4, comma 3, d.m. 22 ottobre 2004, n. 270, secondo cui «I titoli conseguiti al termine dei corsi di studio dello stesso livello, appartenenti alla stessa classe, hanno identico valore legale (...)».

8. – Genesi privata, pluralismo sociale e indici di pubblicità.

L'ordinamento giuridico riconosce ai privati, singoli individui ed enti, la libertà di esplicarsi nella società civile e ne valorizza l'autonomia privata nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. L'assetto pluralista della Repubblica implica che ai corpi sociali sono riconosciuti spazi e capacità di autogoverno e auto-amministrazione (108). Le formazioni sociali hanno rappresentato il principale «terreno di rottura del concetto di “pubblico”, di superamento della tradizionale distinzione fra pubblico e privato, di nascita di forme miste di incerta natura» (109). Il principio pluralistico che permea nel suo complesso la Costituzione garantisce l'iniziativa privata, ancorché si espliciti in settori di interesse pubblico, e vuole che al diritto dei privati di creare nuovi soggetti giuridici corrisponda l'attribuzione a questi ultimi di una qualificazione giuridica conforme alla loro effettiva natura (110). In questa ottica, le università

telematiche sorte per impulso privato (111) ben potrebbero essere considerate manifestazione di pluralismo sociale, dovendosi ritenere ormai radicato nel sistema giuridico il superamento del principio di pubblicizzazione generalizzata di figure soggettive sorte nel versante dell'autonomia privata (112). Tanto più in un contesto quale quello attuale caratterizzato dal dissolvimento della nozione classica di persona giuridica pubblica e dalla sempre più accentuata evanescenza del confine tra organizzazioni pubbliche e private, cui si ricollega tradizionalmente la distinzione, parimenti incerta e mutevole, tra diritto pubblico e diritto privato (113). Del resto, alle organizzazioni pubbliche neppure pare possano ascrivere univocamente le università telematiche che non hanno origine privata e pure nei casi in cui lo statuto non riconosce espressamente ad esse la personalità giuridica di diritto privato. La partecipazione pubblica nei rispettivi enti promotori, infatti, non muta la natura privata di questi ultimi nel momento in cui il soggetto pubblico partecipante non può influire sulla loro attività mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma può avvalersi soltanto degli strumenti previsti dal diritto privato da esercitare per il tramite degli organi amministrativi da esso nominati.

Pur se abilitate al rilascio di titoli accademici con valore legale, come si è constatato non si rinviene per le università telematiche una base normativa che concorra a qualificarle con certezza in termini pubblicistici. La loro genesi non ha un fondamento legale puntuale e sembra riconducibile (almeno per quelle nate per iniziativa di privati) all'esplicazione di autonomia negoziale prettamente privatistica. Allo stesso tempo, le loro finalità ed attività non rientrano nella sfera esclusiva di competenza pubblica, potendo essere perseguite e svolte anche da soggetti privati con le forme e le modalità consentite dall'ordinamento. D'altro canto, la sottoposizione alla disciplina pubblicistica della funzione di istruzione superiore non costituisce elemento che impedisca una

qualificazione in senso privatistico delle università telematiche. Parimenti, il potere di rilasciare titoli di studio dotati di valore legale non implica necessariamente una loro configurazione pubblicistica. Si è detto che nel diritto positivo non c'è un modello organizzativo che si possa definire pubblico per la presenza di caratteri giuridici uniformi e sicuramente delineabili. Come si è ricordato, nell'organizzazione pubblica è sempre più diffuso l'impiego di figure soggettive di diritto privato o di moduli privatistici per l'esercizio di compiti di amministrazione pubblica (114). L'assenza di una esplicita qualificazione legislativa della personalità giuridica e di indici formali propri di un regime giuridico di spessore pubblicistico conduce a ricercare la sostanza delle università telematiche facendo ricorso ai criteri di riconoscimento della pubblicità. Se si prendono a riferimento tali criteri, il carattere privato di queste istituzioni universitarie sembra essere prevalente (115). Riguardo al criterio della composizione degli organi di *governance* cui è attribuita l'amministrazione degli atenei telematici, emerge che la maggioranza dei componenti di questi organi è espressione di soggetti privati (intendendosi per tali anche quelli a partecipazione pubblica) in quanto gli statuti ne affidano la nomina o la designazione agli enti promotori e sostenitori (116). Per le università telematiche che non presentano una genesi privatistica, dalla lettura degli statuti si evince l'insussistenza in capo ai soggetti pubblici cui sono collegate in vario modo di speciali poteri di controllo o di direttiva sugli organi degli atenei. Né analoghi poteri incidenti sulla gestione sono previsti da altre disposizioni normative. Circa la provenienza dei beni patrimoniali, è agevole constatare che le sedi e le attrezzature (didattiche, scientifiche, tecnologiche, strumentali) sono state assicurate inizialmente dagli enti promotori e sostenitori. Quanto alla copertura economica dei costi di gestione, tralasciando in questa sede una disamina dettagliata dei contributi pubblici e privati e delle altre entrate di ciascuna università (rappresentate,

in primis, dai contributi versati dagli iscritti), risulta largamente prevalente il finanziamento di carattere privato o, comunque, non proveniente dal versante pubblico. I contributi statali, seppure previsti dalla normativa vigente, risultano irrilevanti – come già si è osservato – ai fini della distinzione tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private.

Note al par.8

- 108) Sul rilievo delle formazioni sociali nell'assetto pluralista della Repubblica e sulle prerogative ad esse riconosciute, è obbligato il richiamo di F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1961, 71. Sulle intuizioni di questa autorevole dottrina, si veda ora E. PICOZZA, *Governance e concorrenza nell'Università, Riflessioni tecniche*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. PICOZZA e A. POLICE, cit., 42, che ne ricostruisce la portata ponendo in risalto che essa «*esalta il gruppo (le formazioni sociali) come cerniera tra privato e pubblico, tra individuo e collettività*». Riguardo alle organizzazioni rappresentative di interessi privati riferibili a gruppi sociali o a collettività e alle diverse forme di autonomia ad esse riconosciute in funzione dei compiti affidati, M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli Enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, Jovene, 1974, 23 ss. Sul ruolo dei gruppi sociali nell'esercizio di attività di interesse generale, P. RESCIGNO, *Presentazione*, in *Enti pubblici associativi: aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere*, a cura di G. ROSSI, Napoli, Jovene, 1979, XVI; G. ROSSI, *Enti pubblici associativi: aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere*, cit.; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 1983, spec. 105 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. e soc.*, 1992, 224 ss.; ID., *Il sistema amministrativo italiano, ovvero l'arte di arrangiarsi*, in *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1994, 13 ss.; G. ROSSI, *Enti pubblici e formazioni sociali*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 109 ss.; S. CASSESE, *Lo Stato introvabile*, Roma, Donzelli, 1998. La tematica dell'organizzazione pubblica degli interessi privati, anche quale manifestazione del principio di sussidiarietà orizzontale, è sviluppata in molteplici studi. Tra quelli più significativi apparsi in epoca recente, A. POGGI, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, cit.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 49 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sistema amministrativo e ordinamento costituzionale*, in *Le autonomie funzionali. Il dibattito sulla governance in Europa e le riforme costituzionali in Italia*, a cura di C.E. GALLO e A. POGGI, Milano, Giuffrè, 2002; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 5 ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di pubbliche potestà ai privati*, cit.; G. NAPOLITANO, *Enti pubblici*, in *Diz. dir. pub.*, diretto da S. CASSESE, cit., 2227 ss.; A. POGGI, *Autonomie*

funzionali, in *Diz. dir. pub.*, diretto da S. CASSESE, cit., 579 ss.; M. CONTICELLI, *L'organizzazione pubblica degli interessi privati*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, Giuffrè, 2008, 69 ss.

- 109) In questi termini, M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss., spec. 596. Sui diversi profili problematici, G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», cit.*, 827, il quale puntualizza che «enti di diritto comune possono assurgere a «soggetti amministrativi». (...) In un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali, (...) non si tratta di scoprire la “vera” natura di tali figure, ma di verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati». Ad analoga conclusione perviene F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 450, il quale osserva che «il legislatore non privatizza quasi mai sostituendo all'ente pubblico una persona giuridica privata rinviando alla disciplina che alla persona giuridica prescelta dà il codice civile, bensì privatizza inventando, di volta in volta, discipline speciali, per il tipo di persona giuridica privata nella quale l'ente pubblico dovrebbe trasformarsi».
- 110) Sul principio del pluralismo nelle istituzioni che permea l'intero ordinamento giuridico, eloquenti sono le motivazioni in diritto di Corte cost., 7 aprile 1988, n. 396, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del regime di generalizzata pubblicizzazione delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza previsto dal r.d. 17 luglio 1890, n. 6972 (c.d. legge Crispi), perché in contrasto con il principio costituzionale della libertà dell'assistenza privata e con l'autonomia che deve essere propria di ogni ente costituito per iniziativa di gruppi sociali o di privati individui. Su tale pronuncia, G.M. SARACCO, *La Corte costituzionale e le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza: verso la fine di un'odissea?*, in *Foro it.*, 1989, I, 46. Per un'analisi approfondita del percorso argomentativo della decisione della Consulta, L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1990, 446 ss., il quale concorda sul fatto che l'origine dell'istituzione rappresenta l'elemento discrezionale ai fini della sua qualificazione in senso privatistico. Sulla dicotomia pubblico/privato alla stregua dei principi affermati sempre da Corte cost. 396/1988, U. DE SIERVO, *Le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 223 ss.; A. AMBROSI, *La problematica sopravvivenza della IPAB tra pubblico, privato e privato-sociale*, in *Le Regioni*, 1996, 1049 ss.; C. CASAVECCHIA, *La natura giuridica delle I.P.A.B. Profili giuridico-istituzionali e prospettive*, in *Nuova rass. leg., dottr. e giur.*, 1996, XI-XII, 1149 ss.; F. PAISIO, *I.P.A.B., natura pubblica e privata nel quadro del vigente ordinamento giuridico*, in *Trib. amm. reg.*, 1998, III, 2, 123; V. GUARINO, *Rilevanza funzionale delle IPAB “nell'arena pubblica” degli interventi e dei servizi sociali alla persona*, in *Nuova rass. leg., dottr. e giur.*, 2002, IX-X, 1035 ss.; A. MALTONI, *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità di intervento nel settore dei servizi alla persona*, in *Dir. amm.*, 2006, 773 ss.

- 111) Anche in una accezione ampia ed indifferenziata di corpi sociali, non sembra che possano ricomprendersi le università telematiche sorte per impulso di enti di diritto privato partecipati da soggetti pubblici. Queste realtà universitarie non pare che possano ascrivere alla iniziativa «privata» e rappresentare un'autonoma espressione della società civile. All'inverso, le università telematiche che provengono dalla sfera privata sembra possano porsi quali «comunità intermedie» e integrare manifestazione di pluralismo scolastico, costituendo un differente modo di organizzare i tipi fondamentali dell'azione sociale e di soddisfare i bisogni sociali di base. Sull'identificazione delle comunità intermedie con le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, vol. 3 (1988-1999), Padova, Cedam, 1999, 29 ss. Per un collegamento tra pluralismo sociale di cui all'art. 2 Cost. e pluralismo istituzionale di cui all'art. 5 Cost., E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1989. Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, non può non ricordarsi la fondamentale opera di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, Spoerri, 1918, spec. 113 (riedito da Sansoni, Firenze, 1946); nonché M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1958, 219 ss., ora in ID., *Scritti. Volume IV. 1955-1962*, Milano, 2004, 337 ss. Sulla nozione di pluralismo, F. RIMOLI, *Pluralismo*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, Ist. enc. it., 1997.
- 112) Analogo percorso argomentativo è impiegato da Corte cost., 23 maggio 1990, n. 259, per dichiarare l'illegittimità costituzionale di più disposizioni del r.d. 30 ottobre 1930, n. 1371, sulle Comunità israelitiche e sulla unione delle Comunità medesime, in quanto comportanti l'attribuzione a tali Comunità della personalità giuridica di diritto pubblico in contrasto con il principio costituzionale dell'autonomia statutaria delle confessioni religiose e con quello della laicità dello Stato. Sulla medesima linea si collocano Corte cost., 29 settembre 2003, n. 300 e n. 301, che hanno sancito l'illegittimità costituzionale di alcune norme regolanti la composizione degli organi di amministrazione delle fondazioni bancarie e conferenti poteri di controllo e di indirizzo all'autorità ministeriale di vigilanza in quanto ritenute incompatibili con la loro natura privata e la loro autonomia statutaria. Su queste ultime due pronunce, F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, cit., 448, secondo cui da esse si ritrae il principio che l'autonomia privata non può essere incisa arbitrariamente dal legislatore e che, pertanto, nelle persone giuridiche private debba sussistere un nesso ragionevole fra scopi perseguiti e organizzazione di governo. Nella stessa prospettiva, V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in *Fondazioni e attività amministrativa. Atti del convegno – Palermo, 13 maggio 2005*, a cura di S. RAIMONDI e R. URSI, cit., 28 s., puntualizza che le ricordate decisioni della Consulta in tema di Ipaab, Comunità israelitiche e fondazioni bancarie fissano dei limiti ben precisi al legislatore ad operazioni di trasformazione di organizzazioni private in enti pubblici. Affinché queste operazioni possano ritenersi costituzionalmente legittime, «esse devono avere ad oggetto organizzazioni le quali posseggano dei caratteri sostanziali che le facciano ascrivere alla sfera pubblicistica o tali da connotarne almeno in qualche misura la natura pubblicistica, sul versante dell'organizzazione, sul versante finanziario e sul versante funzionale». Valorizzando a contrario il percorso argomentativo della Corte

costituzionale, l'illustre A. evidenzia che una «organizzazione già positivamente ascritta alla sfera pubblicistica, per poter essere legittimamente trasformata in persona giuridica privata, debba presentare sul versante finanziario (mezzi di provenienza privata) sul versante organizzativo (organi espressione di soggetti o di organizzazioni private) e sul versante funzionale (attività ascrivibile all'ambito privatistico e non ascrivibile all'amministrazione pubblica in senso tecnico come cura concreta agli interessi collettivi)».

- 113) Sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 697. Sulla progressiva espansione del diritto privato nell'amministrazione pubblica e sulle relative problematiche giuridiche, S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato nell'amministrazione*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, Milano, Giuffrè, 1988, tomo I, 173 ss.; C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle «interferenze» tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, 237 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pub.*, 1995, 393 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss.; R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 225 ss.; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pub.*, 1998, 661 ss.; S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amm.*, 1999, II, 1367 ss.; F. DE LEONARDIS, *Legalità, autonomie e privatizzazioni*, in *Dir. amm.*, 2000, 241 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit. Circa l'intercambiabilità tra strumenti di diritto privato e di diritto amministrativo, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.; G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale)*, in *Dir. amm.*, 2003, 277 ss.. Sulla genesi e lo sviluppo della dicotomia pubblico/privato, N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, cit., *passim*. Per una ricostruzione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato (che viene contrapposta al «mito» dell'unità del diritto nei paesi anglosassoni) e dei loro precari confini, S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, cit., 9 ss., che pone l'accento sulla forte carica ideologica delle due formule «legate alle mutevoli contingenze storiche e all'affermarsi di diversi interessi di classe». L'utilizzo del diritto privato nell'amministrazione pubblica è tematica giuridica esaminata a fondo anche dalla dottrina privatistica, in ordine alla quale ci si limita ora a richiamare G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 25 ss.; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1985; G. ALPA, *La distinzione/contrapposizione di diritto privato e di diritto pubblico nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 1 ss.
- 114) Nel vasto panorama delle società a partecipazione pubblica, emblematico è il caso dell'Age Control s.p.a. costituita, ai sensi dell'art. 18 l. 22 dicembre

1984, n. 887, nella forma di «società per azioni con personalità di diritto pubblico», richiamata costantemente dalla giurisprudenza ai fini della costruzione del concetto di ente pubblico in forma societaria. Più di recente, l'art. 1, comma 979, l. 27 dicembre 2006, n. 296 ha previsto l'istituzione di un «soggetto di diritto pubblico» appositamente costituito «in forma societaria», partecipato dall'Anas s.p.a. e dalla Regione Lombardia (o da soggetto da essa interamente partecipato) per assicurare il concorso dello Stato al completamento della realizzazione delle opere infrastrutturali della Pedemontana lombarda.

- 115) Per un interessante caso di applicazione del principio pluralistico ai fini dell'identificazione della natura giuridica di un ente (nella specie, la Fondazione Bioparco di Roma) costituito secondo lo schema giuridico della fondazione di partecipazione disciplinata dagli artt. 12 ss. c.c., Tar Lazio, II, 19 aprile 2013, n. 3971. La motivazione di tale decisione dà conto che, stante l'assenza di una espressa qualificazione dell'ente quale soggetto pubblico, gli indici formali contenuti nello statuto convergono nel definirlo come persona giuridica privata. Ad avviso del Tar, la scelta del modello organizzativo della fondazione si atteggia quale esplicitazione della generale autonomia di diritto privato che l'ordinamento riconosce anche ai soggetti pubblici quale modulo di azione (alternativo a quello autoritativo) volto al perseguimento dei fini istituzionali.
- 116) A completamento delle considerazioni svolte al precedente par. 2, occorre richiamare, relativamente al riparto di giurisdizione delle controversie in cui siano coinvolte società per azioni a partecipazione pubblica, l'orientamento della Corte di cassazione – che interpreta il contesto normativo di riferimento in termini non esattamente coincidenti con l'indirizzo prevalente della giurisprudenza costituzionale e amministrativa di cui si è dato conto nella precedente nota 77 – secondo cui tale partecipazione non muta la loro natura di soggetti di diritto privato e il rapporto di assoluta autonomia con l'ente pubblico che ne detenga, in tutto o in parte, le quote azionarie. Questo perché il soggetto pubblico partecipante non può incidere unilateralmente sullo svolgimento dell'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, potendo avvalersi soltanto degli ordinari strumenti privatistici previsti dal diritto societario da esercitare attraverso i membri da esso nominati negli organi della società. Ciò vale in tutti i casi in cui non siano riscontrabili significative deviazioni dalla disciplina comune delle società per azioni e il soggetto pubblico partecipante non abbia speciali poteri di indirizzo diversi da quelli derivanti dalla posizione di socio. Per gli arresti più recenti rappresentativi dell'orientamento appena sintetizzato, Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799 (su cui R. URSI, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica*, in *Foro it.*, 2005, I, 2728 ss.); *Id.*, 11 gennaio 2011, n. 392; *Id.*, sez. lav., 11 febbraio 2014, n. 3037. I poteri speciali evocati dalla Suprema corte, peraltro, appaiono destinati ad essere superati alla luce della univoca giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee, che ritiene illegittime norme nazionali che conferiscano allo Stato o ad altri soggetti pubblici «golden shares» o strumenti aventi analoghi effetti sulle società di capitali a partecipazione pubblica, perché in contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali (*ex multis*, Corte giust. CE, grande sez., 23 ottobre 2007, causa C-112/05; *Id.*, prima sez., 6 dicembre 2007, cause riunite

C-463/04 e C-464/04). Sui principi formulati dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee, che hanno determinato anche la modifica dell'art. 2449 c.c., tra gli studi più significativi G. S. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, Giappichelli, 2006; F. FRACCIA, M. OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in www.giustamm.it, 12/2007; P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, il diritto comune della società per azioni e libera circolazione dei capitali: il caso Volkswagen*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2008, 1177; C. FRANCHINI, *Mercato unico concorrenziale e pubbliche amministrazioni (Il caso degli organismi di diritto pubblico e delle società in house)*, in *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, tomo I, Torino, Giappichelli, 2010, 843 ss.

9. – Istituzione ed estinzione delle università telematiche quali elementi di disciplina sintomatici di connotazione pubblicistica.

Si è constatato che l'esercizio della funzione e del potere amministrativo non costituisce più prerogativa dei soggetti con personalità giuridica di diritto pubblico (117). Le organizzazioni pubbliche non sono più i soggetti investiti in via esclusiva della cura degli interessi collettivi, potendo essere affidati a privati (tali non solo formalmente) compiti di amministrazione pubblica. Le garanzie procedimentali e processuali previste dal sistema di diritto amministrativo trovano applicazione anche ai rapporti in cui l'esercizio del potere è in capo a soggetti privati. Il potere amministrativo non è una situazione soggettiva, né un attributo dei soggetti pubblici, ma appartiene all'ordinamento che lo distribuisce anche a soggetti diversi, «*a figure cresciute liberamente nella società*» (118). Ne consegue che «*l'atto autoritario non è più necessariamente atto del soggetto pubblico, ma può essere anche atto del soggetto privato*» (119). È divenuto centrale così il momento oggettivo e funzionale dell'amministrare e l'identificazione dei suoi tratti caratterizzanti (120). Allo stesso tempo, è stata messa in discussione l'utilità (e la stessa validità) della nozione di ente pubblico, considerato che «*in diritto positivo sussistono tante diverse specie che si vorrebbero riunire sotto l'etichetta dell'ente pubblico*» (121).

In tale contesto, la ricerca della soggettività giuridica delle università telematiche, incluse quelle con genesi privatistica, non costituisce un mero esercizio accademico sulla scorta di concetti e categorie giuridiche ormai recessivi, ma è produttiva di effetti e risultati giuridici. La missione di queste istituzioni universitarie inerisce ad un interesse generale, che si ataglia indifferentemente sia ad amministrazioni pubbliche che ad enti privati. Le categorie del pubblico e del privato, tuttavia, non sono fungibili e si basano su logiche giuridiche distinte, sulle quali incidono in misura rilevante il momento dell'iniziativa e le modalità della genesi dell'ente. La «natura» della persona giuridica di diritto privato costituisce un limite anche per il legislatore, che non può alterare arbitrariamente l'essenza della personalità giuridica di diritto privato (122). In questa prospettiva, la «pubblicizzazione» di figure soggettive (ed attività) sorte nell'ambito dell'autonomia privata è fenomeno censurato dalla giurisprudenza costituzionale, nel momento in cui non è riconosciuta ad esse una qualificazione giuridica conforme alla loro effettiva natura (123). D'altro canto, nella attuale realtà giuridica ha ancora un senso la presenza della personalità giuridica di diritto pubblico intorno alla quale sono stati costruiti gli istituti fondamentali del diritto amministrativo, che continuano ad essere evocati (ed applicati) dalla giurisprudenza e da molti interpreti contemporanei. L'alternativa è, dunque, se le università telematiche e la loro attività rientrano in una nozione, per quanto lata possa essere, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo, oppure se possono definirsi persone giuridiche private e, per quel che concerne gli atenei di origine privata, devono ritenersi espressione di autonomia sociale e pluralismo scolastico (124).

Secondo la tradizione giuridica, tra gli indici rivelatori della caratura pubblica di un ente un rilievo prioritario assume la c.d. «disponibilità di parte pubblica» in ordine alla sua genesi e alla sua soppressione. E' lo Stato

(o altro pubblico potere) che istituisce la persona giuridica con proprio atto di organizzazione (si è detto, per regola, di fonte legislativa) per fare fronte a proprie esigenze organizzative e funzionali. E' lo Stato (o altro pubblico potere) che ne dispone la soppressione quando quelle medesime esigenze vengono meno. La persona giuridica pubblica è sottoposta al vincolo di «indissolubilità», «*nel senso che è necessaria una volontà di legge per procedere allo scioglimento*» in quanto investita di una funzione pubblica che deve essere obbligatoriamente esercitata (125). La genesi delle università telematiche è regolata dal d.i. 17 aprile 2003, il cui art. 6, comma 1, dispone che «*i soggetti pubblici e privati che intendono ottenere l'accreditamento dei corsi di studio per i fini di cui all'art. 2, comma 2, devono presentare al Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca apposita istanza*». Tale istanza deve essere corredata anche di copia dell'atto costitutivo e dello statuto (oltre che «*di una relazione illustrativa degli amministratori concernenti le azioni per il perseguimento dei fini istituzionali e la consistenza del patrimonio a disposizione*»). L'interpretazione affermata in sede applicativa ha fatto sì che l'istituzione degli undici atenei telematici attualmente in attività sia stata disposta con altrettanti decreti ministeriali, che hanno attribuito a ciascuno il *nomen* di «università telematica» ed il potere di rilasciare titoli di studio con valore legale. Ciò si ricava dalla lettura combinata degli artt. 6, comma 1, e 7, commi 1 e 2, d.i. 17 aprile 2003, secondo cui il provvedimento di accreditamento approva lo statuto dell'università telematica, abilita la stessa all'attivazione dei corsi di studio (a decorrere dalla data del provvedimento di accreditamento) e la autorizza al rilascio dei titoli accademici con valore legale al termine dei corsi di studio a distanza per i quali è stata prodotta la relativa istanza. Né il d.i. 17 aprile 2003, né i singoli decreti ministeriali istitutivi (ciascuno dei quali concreta il «provvedimento di accreditamento» di cui all'art. 6, comma 7, d.i. 17

aprile 2003) riconoscono esplicitamente al nuovo soggetto universitario la personalità giuridica. Questa viene conferita ad ogni università telematica dal proprio statuto, che è approvato dal decreto ministeriale istitutivo che costituisce l'ente come persona giuridica universitaria. L'istituzione di ciascun ateneo telematico ed il riconoscimento quale organizzazione universitaria «tipica», che conseguono dal provvedimento ministeriale di accreditamento, possono essere intesi quali elementi di disciplina che suffragano la specialità della sua personalità giuridica e, quindi, la sua connotazione pubblicistica. Nel medesimo senso può deporre la soggezione delle università telematiche alle norme pubblicistiche che ne regolano l'attività istituzionale (126), nonché alla vigilanza del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Aderendo a questa chiave di lettura, l'accREDITAMENTO dei corsi di studio a distanza – con attribuzione del connesso potere di rilascio di titoli aventi valore legale – non è ricollegabile ad un atto di natura autorizzatoria o concessoria (127), essendo rimesso ad un provvedimento discrezionale costitutivo della persona giuridica che assurge ad indice di pubblicità della personalità in tal modo acquisita. Pubblicità che sembra trasparire anche dalla natura della valutazione ministeriale sulla sussistenza dei requisiti prescritti ai fini dell'accREDITAMENTO, che si profila assai diversa da quella che accompagna il riconoscimento di una persona giuridica di diritto privato (128). Si tratta di una valutazione eminentemente discrezionale, che assume particolare significato in quanto verte sull'idoneità del soggetto istituendo all'insegnamento universitario e allo svolgimento della sottostante funzione pubblica dell'istruzione superiore. In questa prospettiva, considerazioni analoghe possono valere per l'istituto della «revoca dell'accREDITAMENTO» previsto dall'art. 7, comma 4, d.i. 17 aprile 2003. Al provvedimento ministeriale di revoca sembra possa essere ricollegato un duplice effetto – in parallelo a quanto si è prospettato in ordine all'istituzione del medesimo

soggetto universitario – consistente nella perdita della qualificazione di ateneo telematico e nell'esaurimento del potere di tenere corsi di studio a distanza comportante il rilascio di titoli di studio con valore legale. La revoca ministeriale determina, pertanto, il venire meno della personalità giuridica acquisita attraverso il decreto istitutivo, dando luogo all'estinzione del soggetto universitario già accreditato. Estinzione che interviene per determinazione della stessa amministrazione statale istitutiva, che concorre anch'essa a caratterizzare in senso pubblicistico la natura dell'ente soppresso (129).

Note al par.9

- 117) In questi termini, C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, 251.
- 118) G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. I, cit., 296 e 298.
- 119) F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, 487.
- 120) La raffinata indagine sulla «funzione amministrativa» compiuta da M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 77 ss., spec. 79, si conclude con la constatazione che nel diritto positivo non ne esiste una caratterizzazione oggettiva e che essa si risolve in una semplice espressione verbale che designa l'insieme delle funzioni svolte dalla amministrazione. L'esimio giurista evidenzia che l'attività amministrativa di uno Stato contemporaneo e degli altri enti che con esso compongono la galassia dei pubblici poteri «*non possiede neppur unità, ma si frange in una quantità assai notevole di funzioni, ciascuna delle quali ha caratteri giuridici che la individuano, ma prima ancora ha dei caratteri tecnici propri*». Da ciò inferisce che «*i diritti positivi contemporanei conoscono, come attività caratterizzabili per elementi oggettivi, singole funzioni amministrative, in quanto funzioni attribuite a singoli apparati dell'organizzazione amministrativa*», mentre si può parlare «*di una funzione amministrativa (...) solo in un senso soggettivo: equivalente a quello di attività dell'amministrazione (organizzazione)*».
- 121) L'espressione riportata tra virgolette nel testo è di M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 179. La crisi della nozione di ente pubblico è stata rilevata dalla dottrina già alla metà del secolo scorso in dipendenza dei profondi cambiamenti apportati dal diritto positivo. Nel prenderne atto, M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, *ivi*, osserva lucidamente che «*la nozione di ente pubblico è di stretto diritto positivo*». L'illustre studioso puntualizza che «*Gli enti pubblici non sono affatto enti necessari in un ordinamento generale, ed è pensabile uno di tali ordinamenti che conosca solo enti di una categoria, senza ulteriori aggettivi: questo ordinamento ignorerebbe*

differenze tra ente pubblico ed ente privato, e non succedrebbe in concreto nulla di terribilmente preoccupante».

- 122) In proposito, cfr. F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, cit., 448, che in relazione alle pronunce n. 300 e n. 301 del 2003 della Corte costituzionale che hanno riconosciuto la natura privata delle fondazioni bancarie (enti che la prima decisione colloca tra «*i soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali*», richiamandosi a tal fine a Corte cost., 12 marzo 1998, n. 50, che identifica nelle libertà sociali l'espressione della socialità della persona) osserva che ove una norma legislativa speciale sia suscettibile di interpretazioni diverse debba prevalere «*quella conforme alla logica propria della persona giuridica privata, perché solo questa è da ritenersi conforme a Costituzione o meglio al principio di ragionevolezza fondato sulla "natura della cosa" persona giuridica di diritto privato*».
- 123) Ci si riferisce, innanzitutto, alle sentenze n. 396/1988 e n. 259/1990, della Consulta in materia di IPAB di cui si è dato conto. Con riferimento alla prima pronuncia, A. PAJNO, *Assistenza e beneficenza fra pubblico e privato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 103, pone in rilievo come la vicenda delle IPAB denoti che la «forma» privata rappresenta una delle forme attraverso le quali può essere perseguito l'interesse generale dai soggetti che nascono dall'autonomia sociale.
- 124) Il concetto di autonomia sociale è intimamente connesso con il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost., che ha alcuni antecedenti logici nell'art. 4, comma 3, lettera a), l. 15 marzo 1997, n. 59 e nell'art. 3, comma 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Un articolato parere del Consiglio di Stato, sez. cons. atti norm., n. 1440/03 del 25 agosto 2003, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 2343 ss., ravvisa nella indicata norma costituzionale il momento conclusivo di un percorso di autonomia correlato alla società civile e al suo sviluppo democratico. Da tale precetto costituzionale, il Consiglio di Stato fa discendere l'originarietà delle autonomie sociali e l'esistenza di una riserva originaria di materie a soggetti esponenti del fenomeno della «cittadinanza societaria». Con tale formula, una affermata dottrina sociologica (P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Bari, Laterza, 1993, 300 ss.) definisce la «*forma di un complesso di diritti-doveri delle persone e delle formazioni associative che articola la vita civica in "autonomie universalistiche", capaci di integrare la generalità dei fini con pratiche di autogestione*». Esse consistono in «*sfere relazionali che sono private nella loro gestione mentre agiscono – in maniera pubblicamente rendicontabile – in funzione di uno scopo sociale di solidarietà*». Secondo questa ricostruzione, accanto alle categorie del pubblico e del privato, occorrerebbe contemplare la categoria del «privato sociale», originaria e autonoma rispetto allo Stato e al mercato. Nel quadro di una «cittadinanza societaria», le iniziative di privato sociale sostanzierebbero veri e propri diritti e doveri pubblici. La relazione di «cittadinanza societaria» – teorizzata dalla medesima dottrina sociologica e che costituisce un fenomeno in atto e un processo ancora in corso – si instaura fra gli stessi cittadini in un ambito sociale o territoriale concreto, locale e peculiare, allo scopo di migliorare e soddisfare specifici bisogni, senza attendere tendenzialmente nulla dallo Stato e dagli enti locali. A questa concezione di «cittadinanza societaria» ed alla lettura data del principio di sussidiarietà orizzontale, si richiama esplicitamente il citato parere del Consiglio di Stato che attraverso di esse intravede una ridefinizione della stessa nozione di democrazia, in cui non è

lo Stato ma la società civile il centro intorno al quale gravita l'intero ordinamento giuridico. A tal fine, il medesimo parere si sofferma sulla configurazione soggettiva e oggettiva dei fenomeni di «cittadinanza societaria», ritenendo che il profilo soggettivo è rappresentato da «soggetti prevalentemente comunitari (famiglie, associazioni, comunità)», da categorie di cittadini «utenti ed agenti al medesimo tempo», da «cittadini operanti nella propria comunità di base» e da «ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale». Sulla ricostruzione del principio di sussidiarietà orizzontale accolta dal citato parere del Consiglio di Stato, si vedano le interessanti riflessioni di G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004, I, 718 ss. Tra i contributi più significativi sul concetto di «cittadinanza societaria» e sulla lettura datane dal Consiglio di Stato, G. SIMOLO, *Sussidiarietà e servizi alla persona: l'accesso dei privati*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, a cura di M. ANDREIS, Milano, Giuffrè, 2006, 148 s.; T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, Giuffrè, 2008, 1146; G. MORBIDELLI, *Stato democratico e modelli di amministrazione*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Milano, Giuffrè, 2009, 230 s.; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e processo*, in *Procedura, procedimento, processo. Atti del Convegno (Urbino, 14-15 giugno 2007)*, a cura di L. R. PERFETTI, Padova, Cedam, 2010, 228-232.

- 125) Il corsivo è di G. CHIOVENDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, 30, il quale aggiunge che «quando una persona giuridica non può sciogliersi per volontà di privati, ma occorre la volontà dello Stato, è evidente che la funzione cui adempie è di interesse pubblico e richiede la tutela e la vigilanza dello Stato». Su tale premessa, l'insigne M. delinea quali caratteri essenziali della persona pubblica la costituzione «coattiva» da parte dello Stato e la tutela che lo Stato esercita, che deve essere connessa con la sua indissolubilità.
- 126) Circa la generale applicazione alle università telematiche della ordinaria disciplina dettata per le università (statali o non statali) di tipo tradizionale, v. Tar Lazio, III, 24 giugno 2014, n. 6682, secondo cui l'esercizio della potestà disciplinare da parte di un'università telematica verso i propri docenti non sfugge dall'ambito applicativo della l. 240/2010.
- 127) A meno di non volere ricollegare l'«autorizzazione» al rilascio dei titoli accademici (prevista dall'art. 7, comma 2, d.l. 17 aprile 2003) al diritto dei privati di istituire scuole di cui all'art. 33, comma 3, Cost., secondo la ricostruzione delineata sembra più appropriato ricondurre l'accreditamento ad un atto concessorio, che conferisce al soggetto beneficiario un nuovo diritto (con le facoltà ed i poteri ad esso inerenti) precedentemente assente dal suo patrimonio giuridico. Sulle differenze tra i due istituti, appare imprescindibile tuttora il fondamentale studio di O. RANELLETTI, *Teoria generale dell'autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 25 ss. Richiama l'insegnamento tradizionale risalente a O. Ranalletti, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2013, 268 e 270, secondo cui «le autorizzazioni amministrative sono provvedimenti che rimuovono un vincolo all'esercizio di un diritto che in genere preesiste in capo all'amministrato. Le concessioni amministrative,

*invece, sono provvedimenti che, di regola, vengono a conferire al privato diritti e poteri nuovi». Su tale distinzione il medesimo A. ricorda i numerosi dubbi sollevati dalla dottrina successiva, osservando che «se esistono autorizzazioni, come il permesso di costruire, che rimuovono un ostacolo all'esercizio di un diritto, lo ius aedificandi, già ricompreso nel contenuto del diritto di proprietà privata del richiedente il permesso (Cons. Stato, Sez. IV, 5450/2010), esistono anche autorizzazioni che conferiscono un diritto nuovo. Ad esempio, l'autorizzazione all'apertura di una banca costituisce il diritto d'impresa bancaria: la libertà d'impresa, per l'art. 41 Cost., spetta a tutti, ma in alcuni settori – come quello bancario – il diritto di svolgere l'attività economica è attribuito da un provvedimento autorizzatorio. E già questo basta a far cadere la distinzione tradizionale tra autorizzazioni e concessioni». L'illustre A. rileva che l'ordinamento tende sempre più a porre l'accento sul regime giuridico, più che sul provvedimento amministrativo o sul relativo procedimento, dovendosi parlare ormai di «regime autorizzatorio» e di «regime concessorio». Nonostante l'esistenza di figure molto diverse di autorizzazioni e di concessioni, il medesimo studioso precisa che «si possono delineare alcuni tratti generali dei rispettivi regimi giuridici. Il regime autorizzatorio si fonda su una discrezionalità ormai assai limitata per quel che riguarda il conferimento dell'autorizzazione amministrativa. Si moltiplicano le ipotesi di cosiddette autorizzazioni "obiettivate", in cui l'amministrazione si limita ad accertare, in modo automatico o semi-automatico, l'esistenza di requisiti e di presupposti previsti dalla legge. Dunque, il controllo preventivo tipico dell'atto di autorizzazione riposa più su un accertamento che su una valutazione discrezionale. Mentre divengono più intensi i controlli ex post, con poteri di vigilanza informativa, regolamentare, ispettiva e con la potestà sanzionatoria». Per una trattazione sistematica dell'istituto della concessione amministrativa, M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, Ist. enc. it., 1988, 2 ss.; D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pub.*, III, 1989, Torino, Utet, 280 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano, Giuffrè, 2007, 250 ss.*

- 128) Il procedimento di riconoscimento delle persone giuridiche private è regolato dal d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 («Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto»), in ordine al quale ci si limita a richiamare, nell'ambito della dottrina più autorevole, C.M. BIANCA, *Diritto Civile, La norma giuridica. I soggetti*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2002, 343 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 225 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Padova, Cedam, 2009, 283 ss. L'acquisto della personalità giuridica di diritto privato è subordinato alla sola verifica da parte dell'autorità tutoria della sussistenza dei prescritti requisiti legali (l'art. 1, comma 3, d.p.r. 361/2000 richiede, ai fini del riconoscimento, «che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo»). Ogni valutazione riguardo alla costituzione dell'ente e alla definizione della sua missione, invece, è rimessa alla libera autonomia dei fondatori.

129) Nei termini prospettati nel testo, la connotazione pubblicistica prevarrebbe anche sulla qualificazione privata della personalità giuridica attribuita espressamente ad Unitelma Sapienze e IUL dai rispettivi statuti.

10. – Distinzione del momento istitutivo dal momento attributivo del potere di rilascio dei titoli accademici quale indice rivelatore di connotazione privatistica.

Secondo la ricostruzione proposta, gli elementi di disciplina già indicati possono costituire argomenti decisivi a favore della qualificazione pubblicistica delle università telematiche che, tuttavia, non si pone in sintonia con i loro tratti caratterizzanti e non soltanto di quelle che appaiono espressione di iniziativa privata. Ma le disposizioni normative che regolano l'accREDITAMENTO dei corsi di studio a distanza si prestano anche ad una differente lettura, che appare compatibile con il riconoscimento della natura privata delle università telematiche. Le norme in questione, infatti, consentono di operare una netta scissione tra il momento costitutivo della persona giuridica (e dell'assunzione della personalità giuridica) dal momento attributivo del potere di rilasciare titoli di studio con valore legale, riconoscendo ad essi reciproca autonomia. La previsione legale di un atto autorizzatorio (tipologia provvedimento ammissibile anche nell'ambito di un rapporto tra lo Stato ed altro soggetto pubblico) ai fini del conferimento di questo potere di indole autoritativa può deporre per la qualificazione privatistica delle università telematiche. Gli elementi di disciplina sopra delineati possono configurarsi non già come preordinati all'istituzione di un nuovo ente (con il conferimento della personalità giuridica ed il suo inserimento nel sistema universitario), ma all'autorizzazione a rilasciare titoli di studio con valore legale in favore di un soggetto giuridico già esistente. In questa prospettiva, l'accREDITAMENTO degli atenei telematici, per come disposto dai decreti ministeriali istitutivi, si risolve non già nella creazione di nuove persone giuridiche (con attribuzione ad esse della personalità giuridica), ma più semplicemente nel

riconoscimento – tramite l’indicato atto autorizzatorio – di soggetti universitari abilitati a rilasciare titoli di studio aventi valore legale. Questa ricostruzione sembra trovare supporto nel disposto dell’art. 6, comma 1, d.i. 17 aprile 2003 che, nel sottoporre ad approvazione ministeriale (non già dei semplici schemi, bensì) l’atto costitutivo e lo statuto di ciascuna università, denota che l’autorizzazione ministeriale – che ne determina l’accreditamento quale università telematica – presuppone un’istituzione già esistente di cui viene asseverata l’idoneità all’espletamento della funzione dell’istruzione superiore. Ed è l’art. 7, comma 2, d.i. 17 aprile 2003 a qualificare quale «autorizzazione» l’atto che abilita l’università al rilascio dei titoli accademici con valore legale. Le medesime coordinate normative appaiono suffragare l’interpretazione secondo cui l’estinzione (soggettiva) dell’università telematica può intervenire esclusivamente per le cause contemplate dal codice civile, ovvero dalla disciplina di diritto comune, mentre la sua soppressione, ai sensi della normativa speciale di cui al d.i. 17 aprile 2003, può essere intesa soltanto quale revoca (dell’accreditamento e, cioè,) del potere di rilasciare titoli aventi valore legale. Tale revoca se, da un lato, dà luogo alla fuoriuscita dal sistema universitario dell’ente già autorizzato, dall’altro, non ne determina l’estinzione, rimanendo esso soggetto giuridicamente esistente.

11. – Problemi applicativi di disciplina giuridica. Regime degli atti e dei contratti.

Una retta interpretazione dell’art. 97 Cost. vuole che il riconoscimento della natura pubblica di un soggetto implica la presenza di caratteristiche proprie, sul versante organizzativo e su quello funzionale, che lo facciano ascrivere ai «*pubblici uffici*», vale a dire alle amministrazioni pubbliche disciplinate da norme di diritto pubblico poste a garanzia della collettività (130). Anche se è difficilmente enucleabile una

nozione unitaria di ente pubblico e nella consapevolezza che le molteplici figure in cui si articola l'organizzazione pubblica sono «*talmente diverse da rendere di particolare interesse la classificazione per tipi diversi*» (131), la definizione del concetto di «pubblico» risulta, tuttora, di interesse per l'analisi giuridica. Resta importante capire se una figura soggettiva affonda le sue radici nella libera autonomia privata o se, invece, è espressione della rappresentanza che si esprime attraverso il circuito politico-rappresentativo. Il connotato saliente della pubblicità, peraltro, sembra risolversi ormai nella disponibilità dell'ente da parte di un pubblico potere, rispetto al quale il modulo organizzativo impiegato e il regime giuridico dell'attività svolta risultano indifferenti e, anzi, si muovono del tutto autonomamente (132). Nel caso delle università telematiche, ci si trova al cospetto di enti a disciplina speciale, esplicitamente definiti «università» dalla normativa che li contempla, istituiti con decreto ministeriale ma per iniziativa di soggetti pubblici e privati, sottoposti a vigilanza ministeriale, appartenenti alla eterogenea categoria delle istituzioni universitarie non statali. Alcune sembrano mostrare una accentuata coloritura pubblicistica (incluse, tra esse, quelle università cui gli statuti riconoscono espressamente la personalità giuridica privata) pure risultando promosse e sostenute da enti di diritto privato, altre appaiono manifestazione delle libertà dei privati e dei gruppi intermedi. Tutte esercitano la funzione pubblica dell'istruzione superiore, rispetto alla quale risulta irrilevante la natura giuridica del soggetto che vi è preposto. Alle incertezze circa la natura giuridica di enti cui è attribuita la definizione legale di «università telematiche», si aggiunge una vasta gamma di interrogativi riguardo alla normativa applicabile per gli aspetti non regolati dalla esigua e frammentaria disciplina per essi dettata. In particolare, si pone il problema di individuare le norme di diritto amministrativo e quelle di diritto comune

cui fare riferimento per integrare lo statuto speciale risultante dalla disciplina istitutiva.

Sul versante funzionale, occorre distinguere, da un lato, le attività che ineriscono allo svolgimento necessario della funzione pubblicistica attribuita per legge e che implicano l'esercizio di poteri amministrativi in senso tecnico; dall'altro, gli atti, le operazioni e le attività in genere non riconducibili, neppure mediatamente, all'esercizio di tale funzione e che utilizzano sul piano giuridico strumenti di diritto comune. Il regime giuridico degli atti può differenziarsi, pertanto, a seconda dell'ambito in cui ricadono: al primo si può ascrivere la categoria degli atti di diritto privato a carattere negoziale, che esulano dalla funzione pubblica di competenza; al secondo appartengono gli atti incidenti su posizioni giuridiche altrui (tra i quali quelli attinenti alla frequenza dei corsi di studio e al rilascio dei titoli accademici) che costituiscono esplicazione di tale funzione pubblica per i quali trovano applicazione i principi dell'azione amministrativa, con garanzie non inferiori a quelle cui sono tenute le amministrazioni pubbliche (art. 1, comma 1-ter, l. 241/1990), e che devono ritenersi sottoposti al sindacato del giudice amministrativo.

Il regime dei contratti sembra debba ripartirsi in ragione della presenza o meno in capo a ciascuna istituzione universitaria dei caratteri propri dell'«organismo di diritto pubblico» (art. 3, n. 26, d.lgs. 163/2006). Gli atenei telematici che presentano una *governance* di derivazione pubblica sembrano evidenziare gli indici rivelatori dell'organismo di diritto pubblico. Sono dotati di personalità giuridica, sono stati istituiti per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, benché non sia riscontrabile il finanziamento in modo maggioritario da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico (è previsto, statutariamente, soltanto il sostegno degli enti promotori, mentre si è detto risultano largamente

prevalenti i mezzi finanziari derivanti dai contributi di iscrizione a carico degli studenti). Questi stessi atenei, inoltre, presentano almeno uno degli altri sintomi del c.d. «terzo tipo»: la designazione di più della metà dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza è attribuita a soggetti pubblici o ad altri organismi di diritto pubblico (intendendosi per essi i rispettivi enti promotori che hanno personalità giuridica privata e sono partecipati in misura totalitaria o maggioritaria da amministrazioni pubbliche, cui è attribuita la nomina degli amministratori). Ciò determina l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture per valori eccedenti le soglie comunitarie e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 135, comma 1, lettera e, n. 1, c.p.a.). Di contro, sembra che le altre telematiche (quelle, cioè, che risultano emanazione a tutti gli effetti di soggetti privati), pur se dotate di personalità giuridica ed istituite per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, non denotino nessuno dei sintomi del terzo tipo. Il patrimonio ed i mezzi finanziari hanno provenienza privata pressoché totalitaria, le rispettive *governance* sono espressione in prevalenza di soggetti privati, la gestione non è sottoposta al controllo dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico (133). Il regime negoziale ad esse applicabile, pertanto, appare quello di diritto comune, senza che debba farsi ricorso alle regole dell'evidenza pubblica previste dal codice dei contratti pubblici.

Note al par. 11

- 130) In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 31, riferendosi al fenomeno della trasformazione per legge di enti e amministrazioni pubbliche in persone giuridiche private e seguendo, *a contrario*, il ragionamento della Corte costituzionale nelle note sentenze 396/1988 (Ipab), 259/1990 (comunità israelitiche) e 300/2003 e

301/2003 (fondazioni bancarie), osserva che «*la trasformazione di organizzazioni pubbliche in persone giuridiche private possa legittimamente avvenire (...), laddove esse presentino delle caratteristiche proprie, sia sul versante organizzativo che su quello funzionale, che ne giustifichino la trasformazione nella forma privatistica*».

131) G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, I, *Principi*, Milano, Giuffrè, 2005, 219.

132) Cfr., G. PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, cit., 311 ss.

133) Ravvisata l'insussistenza di tali indici, Cons. Stato, VI, 3 marzo 2010, n. 1255, ha escluso che le fondazioni bancarie possano essere qualificate organismi di diritto pubblico. Riguardo alle università telematiche, la vigilanza del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca per esse prevista sembra inerire all'esercizio della funzione dell'istruzione superiore, ai fini dell'accreditamento nel sistema universitario. Il potere di vigilanza ministeriale non sembra delinearci come un controllo sulla gestione (e, quindi, anche sulle concrete scelte operative) quale è richiesto dall'art. 3, comma 26, d.lgs. 163/2006.

12.– Regime delle assunzioni e dei rapporti di lavoro.

Stante l'assenza nella normativa istitutiva di una disciplina speciale, il regime dei rapporti di lavoro è quello privatistico ed appare uniforme sia per i docenti (cui non sembra possa trovare applicazione quello pubblicistico di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. 165/2001), che per il personale tecnico amministrativo. Anche se ai docenti delle università telematiche deve essere assicurato il medesimo stato giuridico, trattamento economico e di quiescenza delle università statali, ciò non modifica il regime giuridico privatistico del rapporto di impiego (134). Le controversie inerenti a tale rapporto, pertanto, devono ritenersi devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. Ha carattere pubblicistico, invece, il regime delle assunzioni del personale docente. L'art. 4, comma 4, d.l. 17 aprile 2003 dispone che il personale docente e ricercatore (incluso quello a tempo determinato) delle università telematiche è reclutato secondo le procedure per la nomina in ruolo e il trasferimento previste dalla l. 3 luglio 1998, n. 210. Per sopperire alle loro esigenze didattiche, inoltre, le università telematiche possono avvalersi pure di studiosi ed esperti di

comprovata qualificazione professionale e scientifica, anche non appartenenti ai ruoli dell'università e di cittadinanza straniera. I relativi incarichi di docenza sono regolati da contratti di diritto privato e configurano rapporti di lavoro autonomo libero professionali (135).

Per quanto concerne il rapporto di lavoro del personale tecnico amministrativo, la normativa istituita parimenti non contiene alcuna espressa previsione. Sembra, pertanto, che anche a tale personale si debbano applicare le disposizioni sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, senza che possa trovare spazio la disciplina del rapporto di lavoro pubblico privatizzato. Al regime privatistico, peraltro, sembra debba ascriversi il rapporto di lavoro del personale tecnico amministrativo tanto degli atenei telematici di origine privata, quanto di quelli con *governance* a designazione (in senso lato) pubblica che non pare possano essere equiparati alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 (136) (137). In materia di personale non docente delle università telematiche si pone, poi, il problema ulteriore, che ha pure rilevanti riflessi di ordine costituzionale, di definire il regime delle assunzioni, che nelle università statali è disciplinato, anche dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro, da norme di diritto pubblico sia per quanto attiene alla capacità di assumere nuovo personale (che è limitata dal regime delle dotazioni organiche e da divieti previsti da singole disposizioni legislative), sia per quanto concerne le modalità delle assunzioni che devono avvenire, salvo esplicite deroghe fissate per legge, mediante pubblico concorso. Nella giurisprudenza costituzionale il concorso pubblico, inteso quale canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, rappresenta modalità indefettibile a garanzia del principio di uguaglianza e dei canoni di imparzialità e buon andamento (138). La regola dell'assunzione per pubblico concorso, a rigore, non dovrebbe estendersi al personale tecnico amministrativo delle università telematiche qualificabili

univocamente come soggetti privati. L'applicazione di tale regola presuppone, infatti, l'instaurazione di un rapporto di lavoro pubblico, seppure contrattualizzato, alla dipendenze di una pubblica amministrazione, mentre è da escludersi nel caso di insorgenza di un rapporto di lavoro privato alle dipendenze di un ente di diritto privato. In proposito, appare pertinente richiamare l'orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo cui le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte di società di capitali costituenti organismi di diritto pubblico e sottoposte a varie forme di controllo e indirizzo pubblico sono in funzione dell'insorgenza di un rapporto di lavoro privato alle dipendenze di un soggetto privato. Queste stesse procedure, pertanto, si ritengono soggette alle regole propriamente privatistiche, ove dalla legge non sia diversamente disposto, che non sono informate ai canoni tipici dell'agire amministrativo nei quali è ricompreso il principio del pubblico concorso (139). L'indirizzo appena ricordato del giudice della giurisdizione non trova rispondenza, però, nella giurisprudenza amministrativa per la quale le medesime esigenze che fondano l'obbligo dei soggetti privati aventi i connotati dell'organismo di diritto pubblico di rispettare i moduli propri dell'evidenza pubblica per l'affidamento di contratti di appalto (e, cioè, *«la necessità di realizzare i principi di non discriminazione, parità di trattamento, imparzialità e trasparenza nell'attribuzione di commesse da parte di soggetti il cui agire non è regolato da criteri di tipo economico propri dell'imprenditore privato, ma può confidare sul sostegno del soggetto pubblico di riferimento»*) sussistono anche quando questi stessi soggetti procedono alla selezione del personale dipendente (140). Ad avviso del Consiglio di Stato, le procedure concorsuali per il reclutamento del personale dipendente da parte di organismi di diritto pubblico aventi forma societaria non sono espressione di capacità di diritto privato, ma costituiscono esercizio di

potere di stampo pubblicistico per le quali valgono le regole dell'azione amministrativa. Attenendosi a questa impostazione, il reclutamento di personale non docente delle università telematiche che presentano i requisiti dell'organismo di diritto pubblico dovrebbe avvenire tramite concorso pubblico (141).

Note al par. 12

- 134) Limitando l'attenzione alle università telematiche la cui genesi non è riconducibile a soggetti privati, lo statuto di Unitelma Sapienza (art. 23.2) stabilisce che ai professori e ricercatori di ruolo è assicurato lo stesso stato giuridico, trattamento economico e di quiescenza previsto per i professori e i ricercatori di ruolo delle università statali. Disposizioni analoghe si ritrovano negli statuti di Uninettuno (art. 15, comma 3) e Universitas Mercatorum (art. 19, comma 3). Lo statuto di Leonardo da Vinci prevede espressamente l'applicazione ai professori e ricercatori universitari della disciplina del trattamento di quiescenza prevista per i dipendenti civili dello Stato (art. 17, comma 4), mentre nello statuto di IUL non si rinviene alcun riferimento esplicito.
- 135) La possibilità di avvalersi di docenti esterni in possesso di adeguati requisiti tecnico-professionali, è espressamente riconosciuta dall'art. 4, comma 4, seconda parte, del d.i. 17 aprile 2003, che contiene un esplicito rinvio al d.m. 21 maggio 1998, n. 242 («*Regolamento recante norme per la disciplina dei professori a contratto*»). L'art. 2 d.m. 242/1998 dispone che l'affidamento degli incarichi di insegnamento avvenga mediante una specifica procedura selettiva con appositi bandi, che assicuri la pubblicità degli atti e la valutazione comparativa dei candidati.
- 136) Alcune università telematiche hanno stipulato un apposito contratto collettivo nazionale di lavoro per il personale tecnico amministrativo. Nelle premesse del ccnl dell'università telematica Giustino Fortunato, sottoscritto il 23 gennaio 2008, si dà atto che per la natura dell'università essa è soggetta integralmente a norme privatistiche, nonché dell'assenza di contratti collettivi di lavoro concernenti i rapporti di lavoro subordinato del personale tecnico amministrativo delle università private. Alcune varianti si riscontrano nel contratto collettivo nazionale di lavoro stipulato da Unitelma Sapienza in data 13 ottobre 2014. L'art. 1 di tale contratto collettivo dispone che al personale tecnico amministrativo si applica il ccnl del comparto Università «*per gli istituti compatibili con la natura giuridica di soggetto privato di Unitelma Sapienza*». A sua volta, l'art. 25.2 dello statuto dell'ateneo stabilisce che il rapporto di lavoro dello stesso personale è disciplinato dal CCNL del personale universitario, nei limiti in cui sia «*compatibile con la natura giuridica di soggetto privato di Unitelma Sapienza*».
- 137) Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, i rapporti di lavoro dei dipendenti delle università non statali sono regolati da norme pubblicistiche e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia che si tratti di dipendenti che svolgono attività propriamente scientifico-didattica, sia di

personale addetto ad attività strumentali e ausiliari rispetto alle prime (*ex plurimis*, Cass., sez. un., 10 giugno 1998, n. 5759, concernente l'Università Cattolica del Sacro Cuore; *Id.*, 8 febbraio 1993, n. 1548, relativa alla Libera Università "Maria SS. Assunta").

- 138) Anche di recente la Corte costituzionale ha ritenuto ingiustificato il mancato ricorso alla forma del reclutamento del personale della pubblica amministrazione per pubblico concorso in relazione a norme di legge regionale, comportanti il generale e automatico reinquadramento di personale di enti di diritto privato nei ruoli delle regioni e di enti pubblici regionali, senza il previo espletamento di alcuna procedura selettiva di tipo concorsuale. A tale riguardo, la Consulta ha posto in rilievo che il trasferimento di personale da una società partecipata o controllata dalla regione alla regione o ad altro soggetto pubblico regionale si risolve in un indebito privilegio per i soggetti beneficiari di tale procedura, in violazione dell'art. 97 Cost. (v., *ex multis*, Corte cost., 21 maggio 2014, n. 134; *Id.*, 23 luglio 2013, n. 227; *Id.*, 26 febbraio 2013, n. 28; *Id.*, 21 marzo 2012, n. 62; *Id.*, 10 novembre 2011, n. 299; *Id.*, 22 luglio 2010, n. 267).
- 139) L'orientamento riportato è stato espresso, da ultimo, da Cass., sez. un., ord. 22 dicembre 2011, n. 28329, in relazione ad una procedura concorsuale per l'assunzione di personale da parte della Rai-Radiotelevisione s.p.a. La Suprema corte è pervenuta a tale decisione sull'assunto che la Rai resta pur sempre una società per azioni e la previsione contenuta nell'art. 18, comma 2, d.l. 118/2008, conv. in l. 133/2008 – a mente della quale, «*Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità*» –, si inserisce nell'agire *iure privatorum* della medesima società (essendo espressione dei più generali principi di comportamento secondo buona fede, oggettiva e soggettiva), senza necessariamente comportare esercizio di potestà pubbliche. Sulla medesima linea delle sezioni unite si pone Cons. Stato, V, 30 gennaio 2013, n. 570, afferente ad una procedura selettiva per l'istituzione di un elenco di operatori della formazione professionale da impiegare con incarichi a termine, indetta da una società di capitali interamente partecipata dal Comune di Tivoli. Questa pronuncia del giudice amministrativo, però, sembra essere stata determinata dalla mancanza in capo a tale società del requisito del soddisfacimento specifico di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale. In motivazione, si dà conto che non è risultato che l'attività sociale fosse svolta con metodo non economico, senza rischio di impresa, in un mercato non concorrenziale e che intercorressero peculiari relazioni finanziarie con l'ente locale idonee a garantire in ogni caso la presenza e la permanenza sul mercato della società partecipata.
- 140) Cons. Stato, V, 30 novembre 2012, n. 6103, dalla cui motivazione è tratto anche il virgolettato riportato nel testo. In applicazione dei principi dianzi sintetizzati, tale decisione ha ritenuto devoluta alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo la controversia inerente alla procedura selettiva per l'assunzione di personale dipendente indetta da Zetema Progetto Cultura s.r.l., società partecipata al 100% da Roma Capitale. Secondo il Consiglio di Stato, l'art. 63, comma 4, d.lgs. 165/2001 (che individua il giudice amministrativo quale giudice munito di giurisdizione sul contenzioso

concernente le «*procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*») deve essere interpretato intendendosi per pubbliche amministrazioni non soltanto quelle in senso formale cui si riferisce l'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, ma anche tutti i soggetti ad esse equiparabili e, in primo luogo, gli organismi di diritto pubblico.

- 141) L'interpretazione accolta da Cons. Stato 6103/2012 in ordine all'ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1, comma 2, e 63, comma 4, del d.lgs. 165/2001 appare in sintonia con la *ratio* che informa la recente disciplina sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni introdotta dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. L'art. 11, comma 2, lettera b), d.lgs. 33/2013 stabilisce che la disciplina prevista dallo stesso testo legislativo per le pubbliche amministrazioni si applica, «*limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia alle società e agli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*». In base all'art. 19, comma 1, d.lgs. 33/2013, le società e gli altri enti di diritto privato indicati dal precedente art. 11 sono tenuti a pubblicare i bandi di concorso per il reclutamento, a qualsiasi titolo, del personale.

13. – Regime delle responsabilità.

Ancora più complessa si profila la ricostruzione del regime delle responsabilità dei soggetti che svolgono funzioni amministrative o di controllo nelle università telematiche, ovvero che operano alle loro dipendenze. Il problema che si pone è se possa configurarsi per questi soggetti una responsabilità amministrativa per gli atti contrari ai doveri d'ufficio che abbiano causato danni all'erario. L'azione di responsabilità amministrativa è disciplinata dagli artt. 52 r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 e l. 14 gennaio 1994, n. 20 ed è esercitata dalle procure della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti pubblici, anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza. Questa azione, come è noto, non è prevista nell'ambito dell'ordinamento delle persone giuridiche private, i cui amministratori, dipendenti ed agenti rispondono per i danni arrecati

all'ente, ai soci ed ai terzi secondo il regime civilistico. Si tratta di problematica giuridica che può essere esplorata sul piano eminentemente teorico ed in ordine alla quale non constano né precedenti giurisprudenziali, né studi specifici. Un punto di riferimento per trovarvi soluzione può essere rappresentato dal regime giuridico della responsabilità degli amministratori, degli altri soggetti investiti di cariche sociali e dei dipendenti delle società di capitali partecipate da enti pubblici. Le società pubbliche costituiscono una particolare categoria di enti in cui coesistono aspetti pubblicistici e profili privatistici ed in cui la linea di demarcazione tra i due ambiti è assai variabile. La disciplina della responsabilità degli organi e dei dipendenti delle società pubbliche costituisce, tuttora, questione controversa, come dimostrano i diversi orientamenti emersi in giurisprudenza. L'indirizzo più recente consolidatosi nella giurisprudenza della Corte di cassazione (142) riposa sul rilievo che le società di capitali costituite o partecipate da enti pubblici non cessano solo per questo di essere delle società di diritto privato, che rimangono disciplinate, se non diversamente disposto, dalle disposizioni del codice civile (art. 2449 c.c.). Le società pubbliche si configurano, quindi, come soggetti di diritto autonomi e distinti, titolari di un loro patrimonio riferibile ad esse soltanto e non a chi ne detiene le azioni o le quote di partecipazione. Il danno causato dagli organi o dai dipendenti della società al patrimonio sociale, pertanto, non implica un danno erariale, ma integra un pregiudizio subito da un ente privato riferibile esclusivamente al patrimonio appartenente soltanto ad esso e non ai singoli soci (pubblici o privati) titolari delle rispettive quote di partecipazione (143). Tale pregiudizio è sanzionabile attraverso l'esperimento delle ordinarie azioni di responsabilità in sede civile (artt. 2392 ss. c.c.). Ricorre, invece, la responsabilità amministrativa degli organi sociali e dei dipendenti della società pubblica, rientrante nella giurisdizione della Corte dei conti, quando il danno sia stato da essi

arretrato in via diretta (e non meramente riflessa, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale) all'ente pubblico che ne è socio (144). Se si calano nella realtà delle università telematiche le *regulae iuris* enucleate dalla Suprema corte (145), si dovrebbe concludere per l'inapplicabilità del regime della responsabilità amministrativa ad amministratori e dipendenti delle università telematiche per danni arrecati al patrimonio dell'ateneo, qualora non sia possibile distinguere un autonomo danno arrecato al soggetto pubblico di cui possono dirsi emanazione. Tali danni, peraltro, finiscono inevitabilmente per ripercuotersi sia sul soggetto promotore e sostenitore dell'ateneo, sia sull'ente pubblico da cui il primo è partecipato. Queste considerazioni, ovviamente, non riguardano le università telematiche di origine privata, che non hanno alcuna specifica relazione con soggetti pubblici, per le quali la distinzione di cui si è detto neppure si pone, non potendosi realizzare per definizione un danno erariale (146). Aderendo all'impostazione di questa consolidata giurisprudenza della Cassazione, si dovrebbe far valere in sede civile la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti per i danni arrecati al patrimonio dell'ateneo. Responsabilità civilistica conseguente alla violazione dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, azionabile innanzi al giudice ordinario per iniziativa dell'organo di indirizzo dell'ateneo.

Per le università telematiche che risultano collegate in vario modo ad amministrazioni pubbliche (si è detto, in prevalenza, università statali), tuttavia, le conclusioni prospettate devono essere vagliate alla luce della disciplina dei rapporti che intercorrono tra la *governance* dell'ateneo, il soggetto promotore e l'amministrazione pubblica da cui i primi due, in ultimo, derivano. I rapporti giuridici delineabili tra l'amministrazione pubblica di riferimento e l'ateneo telematico possono avere ripercussioni sul regime della responsabilità dei dirigenti e dipendenti di quest'ultimo.

Quando tali rapporti sono particolarmente stringenti può essere difficile distinguere il danno causato all'ateneo da quello (anche se riflesso) arrecato all'amministrazione pubblica. Anche in questo caso appare utile rifarsi all'ultima giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di responsabilità amministrativa dei soggetti che abbiano svolto funzioni amministrative o di controllo in società *in house providing*, che costituisce ulteriore sviluppo dell'orientamento di cui si è appena dato conto (147). La società *in house* è una figura elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, successivamente recepita anche dalla legislazione nazionale, che viene in rilievo ai fini dell'affidamento di servizi di interesse economico generale da parte di enti pubblici a società di capitali partecipate dagli stessi enti pubblici, (affidamento) che non richiede l'esperimento di procedure di gara ad evidenza pubblica per l'assenza di esigenze di tutela della concorrenza (148). La società *in house* è una società esterna (cioè, soggettivamente separata) all'ente pubblico da cui è partecipata, che presenta «*caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o una longa manus dell'ente stesso*» (149). Ricorre la figura della società *in house* quando la società affidataria del servizio è interamente partecipata dall'ente pubblico (150), esercita in favore di tale ente la parte preponderante della propria attività ed è sottoposta al suo controllo in termini analoghi a quelli in cui si esplica il controllo gerarchico dell'ente medesimo sui suoi stessi uffici (151). La giurisprudenza europea è costante nel ritenere che questi requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente e devono risultare da puntuali ed inderogabili disposizioni dello statuto sociale. In presenza di tali requisiti, l'ente *in house*, pur se dotato di autonoma soggettività giuridica, non viene considerato terzo rispetto all'amministrazione pubblica da cui è controllato (e partecipato), ma è assimilato ad una articolazione interna della stessa amministrazione controllante (152) (153). Da ciò si fanno discendere almeno

due conseguenze. Gli organi sociali, essendo preposti ad una struttura corrispondente ad una articolazione interna alla stessa amministrazione pubblica, sono legati ad essa da un vero e proprio rapporto di servizio, al pari di quanto accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico. L'inconfigurabilità di un rapporto di alterità tra amministrazione pubblica partecipante e società *in house* fa sì, poi, che la distinzione tra i rispettivi patrimoni si pone in termini di mera separazione patrimoniale e non già di distinta titolarità. Il danno inferto al patrimonio sociale da atti illegittimi degli amministratori e dipendenti, pertanto, viene arrecato ad un patrimonio comunque riferibile all'ente pubblico e, come tale, assurge a danno erariale, con quanto ne consegue in punto di responsabilità e della relativa giurisdizione.

Questi principi, però, non sembra che possano trovare applicazione per gli atenei telematici che risultano riconducibili ad amministrazioni pubbliche, non rinvenendosi per essi tutti i requisiti propri dell'*in house*. Intanto, la compagine sociale degli enti promotori di qualcuno di essi non è composta esclusivamente da soggetti pubblici (154). Anche se, poi, questi atenei evidenziano gli indici dell'organismo di diritto pubblico, tutti sembrano godere statutariamente di apprezzabili margini di autonomia gestionale e di una propria sfera di poteri decisionali, delineandosi come centri di interesse distinti sia dagli enti promotori, sia dalle amministrazioni pubbliche da cui questi ultimi derivano. La integrale o prevalente partecipazione pubblica negli enti promotori e le prerogative a questi riconosciute dallo statuto riguardo all'organizzazione e all'attività degli atenei non sembrano tali da menomare l'autonomia degli organi universitari e da configurare un vero e proprio rapporto di servizio degli amministratori e dei dipendenti nei confronti delle amministrazioni pubbliche di riferimento. Né appare ipotizzabile che dai loro atti illegittimi possa integrarsi un danno erariale, cioè un danno inferto al patrimonio delle

stesse amministrazioni pubbliche, in assenza di elementi che riconducano ad esse la titolarità del patrimonio dell'ateneo. Per i danni sofferti dall'ateneo, pertanto, è ascrivibile agli amministratori ed ai dipendenti esclusivamente una responsabilità civilistica, devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario (155) (156).

Note al par. 13

- 142) L'orientamento da ultimo affermato si risale a Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, cui la giurisprudenza successiva si è uniformata senza eccezioni di rilievo (tra le tante, Cass., sez. un., ord. 15 gennaio 2010, n. 519; *Id.*, 9 aprile 2010, n. 8429; *Id.*, ord. 5 luglio 2011, n. 14655; *Id.*, 7 luglio 2011, n. 14957; *Id.*, 12 ottobre 2011, n. 20940; *Id.*, 12 ottobre 2011, n. 20941; *Id.*, 23 marzo 2013, n. 7374; *Id.*, 3 maggio 2013, n. 10299).
- 143) L'indirizzo consolidato di cui si dà conto è così sintetizzato da Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283 (su cui v. *sub* nota 147), che in relazione al danno cagionato al patrimonio sociale pone in rilievo come risulti «*impossibile imputare personalmente agli amministratori o ad altri soggetti investiti di cariche sociali la titolarità del rapporto di servizio intercorrente tra l'ente pubblico e la società cui sia stato affidato l'espletamento di compiti riguardanti un pubblico servizio, ma soprattutto non può dirsi arrecato alla pubblica amministrazione il danno che gli atti di mala gestio, posti in essere dagli organi sociali, abbiano inferto al patrimonio della società*».
- 144) In ipotesi di danno al patrimonio sociale, secondo l'attuale orientamento della Cassazione l'azione per danno erariale è esperibile anche nei confronti di chi, quale rappresentante dell'ente pubblico partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando in tal modo i valori della partecipazione.
- 145) Tra i molteplici contributi in tema di responsabilità amministrativa di soggetti che abbiano svolto funzioni amministrative o di controllo in società di capitali costituite o partecipate da enti pubblici, C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur. comm.*, 2012, V, 641/I ss.; L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 323 ss.; G. CARTEI, P. CREA, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 935; C. IBBA, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, Giappichelli, 2010, 13 ss.; S. CORSO, *La responsabilità "societaria" ed "amministrativa" degli amministratori di società a prevalente partecipazione pubblica (nota a lodo arbitrale 15 luglio 2008, arb. unico Cagnasso)*, in *Riv. arb.*, 2009, 563 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 791 ss.; C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 145 ss., nonché in

Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme), Atti del LI Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Milano, 2006, 301 ss.

- 146) La soluzione prospettata presuppone che l'applicabilità del regime della responsabilità amministrativa può riguardare, in ipotesi, soltanto quelle università telematiche che possono dirsi emanazione di soggetti pubblici, che, non di meno, non possono definirsi «amministrazioni pubbliche» e il cui patrimonio ed i relativi conferimenti non hanno una provenienza pubblica. Sembra, invece, che debba escludersi a priori la configurabilità di una responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti delle università telematiche che risultano espressione di privati stante l'insussistenza di un rapporto di servizio con alcun ente pubblico e l'assenza di una provvista finanziaria proveniente da soggetti pubblici. In questo caso, il danno può riguardare soltanto il patrimonio dell'ateneo e non appare prospettabile un danno erariale, inteso come danno arrecato direttamente al patrimonio di un apparato pubblico.
- 147) Cass., sez. un., sent. 26283/2013 cit. In termini, Cass., sez. un., 2 dicembre 2013, n. 26936, che non riconosce la giurisdizione contabile per l'inesistenza dei requisiti della società *in house*; *Id.*, 10 marzo 2014, n. 5491; *Id.*, 26 marzo 2014, n. 7177. In dottrina, F. FIMMANO', *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Le Società*, 2014, 1, 55-82; L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Il Fallimento*, 2014, 1, 38-48.
- 148) La nozione di società *in house providing* risale alla nota sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, C-107/98, della Corte di giustizia delle Comunità europee.
- 149) Il corsivo è tratto da Cons. Stato, ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1, secondo cui l'espressione *in house* richiama «una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni». L'affidamento *in house* – puntualizza la decisione dell'adunanza plenaria – dà luogo ad «un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica».
- 150) La compagine sociale può essere formata anche da più soci, purché siano tutti soggetti pubblici. In questo caso, l'attività sociale deve essere esercitata prevalentemente a favore degli stessi soci e la società deve risultare sottoposta ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici partecipanti sui loro uffici.
- 151) Cons. Stato, ad. pl., 1/2008 cit. precisa che la partecipazione pubblica totalitaria è requisito necessario ma non sufficiente, occorrendo che lo statuto sociale inibisca in modo assoluto la possibilità che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere ceduta a soggetti privati. In ordine al requisito della prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti pubblici partecipanti alla società, Cass., sez. un., sent. 26283/2013 cit., nel ricostruire le caratteristiche della società *in house* alla luce della giurisprudenza comunitaria, osserva che ciò comporta che «l'attività accessoria non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi» (sulla circostanza che l'importanza dell'attività accessoria debba essere valutata in termini non meramente quantitativi, v. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439). Quanto, infine, al requisito del c.d. «controllo analogo», Cons. Stato,

ad pl., 1/2008 cit. e la conforme giurisprudenza amministrativa successiva sottolineano che, in base allo statuto, gli organi della società (e, segnatamente, il consiglio di amministrazione) non devono avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale. In breve, occorre una «influenza determinante» (e non meramente «dominante») da parte del socio pubblico sia sugli obiettivi strategici, che sulle scelte operative più importanti della società, i cui organi amministrativi vengono a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica senza alcuna autonoma rilevante autonomia gestionale.

152) In questi termini, Cons. Stato, ad pl., 1/2008 cit.

153) Al fenomeno dell'*in house* vengono ricondotte anche le cc.dd. società strumentali previste dall'art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, vale a dire le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti ed in funzione della loro attività. Sono società che assolvono compiti di supporto delle amministrazioni pubbliche costituenti o partecipanti, cui è inibito lo svolgimento di prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati (su tali società, v. Corte cost., 1° agosto 2008, 326).

154) Nel caso di Unitelma Sapienza, ad esempio, tra i soci della società consortile promotrice e sostenitrice dell'ateneo vi sono dei soggetti privati.

155) Le conclusioni cui si è giunti riguardo alle università telematiche gravitanti in orbita pubblicistica necessitano di un approfondimento. In particolare, l'università telematica Leonardo da Vinci costituisce una emanazione della Fondazione Università "Gabriele D'Annunzio" (istituita a norma dell'art. 59, comma 3, l. 388/2000, che ne rappresenta l'ente promotore e sostenitore), che, a sua volta, può definirsi una derivazione dell'Università statale "Gabriele D'Annunzio". In base allo statuto, il consiglio di amministrazione dell'università telematica è presieduto dal presidente della Fondazione Università "Gabriele D'Annunzio" e la maggioranza è espressione dell'Università statale "Gabriele D'Annunzio" e della medesima Fondazione. L'ateneo telematico ha per scopo statutario lo svolgimento di corsi universitari a distanza, con rilascio dei relativi titoli accademici. Secondo la relativa disciplina, le fondazioni universitarie sono persone giuridiche private senza fini di lucro che operano esclusivamente nell'interesse degli enti di riferimento (art. 1, comma 4, d.p.r. 254/2001). Esse presentano una pluralità di elementi di specialità rispetto alla disciplina codicistica e vengono inquadrate nella categoria delle fondazioni legali "autorizzate", la cui costituzione rientra nell'ambito dell'autonomia delle università statali. Sono fondazioni deputate, per quanto qui rileva, allo svolgimento di attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca, che affiancano uno o più enti universitari e si pongono come strumenti di svolgimento da parte degli stessi enti universitari di tutte o parte delle loro attività istituzionali. Estremamente incisiva è l'ingerenza delle università fondatrici sulla intera attività delle fondazioni. Le università esercitano nei confronti delle fondazioni le funzioni di indirizzo e di riscontro sull'effettiva coerenza dell'attività con l'interesse degli stessi enti fondatori (art. 1, comma 5, d.p.r. 254/2001). Le università, definiscono annualmente le linee guida dell'attività delle fondazioni per tutta la durata del consiglio di

amministrazione. Sempre le università approvano, su proposta del consiglio di amministrazione, il piano pluriennale delle attività della fondazione e il piano di attività annuale elaborato dallo stesso consiglio di amministrazione. I rapporti tra le università e le fondazioni, per le prestazioni di collaborazione, consulenza, assistenza, servizio, supporto promozione delle attività sono regolati dallo statuto e da apposite convenzioni. Al termine di ogni biennio, le università verificano l'attuazione delle linee guida di attività e l'adempimento delle convenzioni e, in caso di mancata o grave irregolarità nell'attuazione delle linee guida di attività o di grave inadempimento delle convenzioni stipulate, le università possono revocare, e contestualmente sostituire, i componenti del consiglio di amministrazione della fondazione da esse designati (art. 12 d.p.r. 254/2001). E' del tutto evidente che la posizione degli amministratori di queste fondazioni universitarie si presenta assolutamente particolare, non essendo tenuti ad osservare unicamente gli scopi statutari, ma dovendo sottostare a penetranti e pervasivi poteri di indirizzo e di controllo (anche di merito) dell'università-ente di riferimento incidenti sulla intera gestione e tali da affievolire in misura assai rilevante (se non annullare completamente) l'autonomia degli organi della fondazione. Queste fondazioni universitarie, pertanto, sembrano evidenziare più analogie con il fenomeno delle società *in house*, delineandosi come entità soggettive che hanno solo il nome e la forma esteriore della fondazione di diritto privato. La Fondazione Università "Gabriele D'Annunzio" non sembra collocarsi, rispetto alla fondatrice Università degli studi "Gabriele D'Annunzio", come un'organizzazione posta all'esterno dell'ente pubblico universitario, che ne dispone come una propria articolazione interna, ponendosi quale struttura strumentale dello stesso ente di riferimento. I rapporti giuridici intercorrenti tra Università degli studi "Gabriele D'Annunzio" e Fondazione Università "Gabriele D'Annunzio" non possono non riflettersi sui rapporti che intercorrono tra l'università telematica Leonardo da Vinci e la medesima Fondazione, presentandosi l'ateneo telematico come entità soggettiva direttamente collegata all'ateneo statale di cui la fondazione universitaria costituisce derivazione. Su tali presupposti, sarebbe ipotizzabile un vero e proprio rapporto di servizio degli amministratori dell'ateneo telematico con la fondazione universitaria e, per essa, con l'università statale di cui quest'ultima è parte integrante. A ciò può aggiungersi che, in base allo statuto dell'università telematica, i mezzi finanziari sono garantiti dall'ente sostenitore Fondazione Università "Gabriele D'Annunzio", fermo restando i contributi annuali versati dagli studenti. Se ne potrebbe inferire l'impossibilità di distinguere tra il danno causato dagli amministratori all'ateneo telematico e quello arrecato al patrimonio della fondazione universitaria e, quindi, al patrimonio dell'ateneo statale di riferimento, giustificando la giurisdizione della Corte dei conti sulla relativa azione di responsabilità.

- 156) Una situazione per alcuni versi analoga presenta l'università telematica Unitelma Sapienza. Lo statuto prevede che i rapporti tra l'ateneo e i due soci pubblici (Sapienza Università di Roma e Formez PA) dell'ente sostenitore Consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l., che ne detengono la maggioranza delle quote sociali costituiscono «*componente fondamentale dell'organizzazione*» dell'ateneo telematico (artt. 3.9 e 3.10). Attraverso le convenzioni che ne regolano i rapporti, Unitelma Sapienza svolge attività attinenti agli scopi istituzionali dei medesimi due soci pubblici. L'ente consortile sostenitore

dell'ateneo telematico «*ne controlla il perseguimento dei fini istituzionali e provvede al monitoraggio dei flussi finanziari*» (art. 4.1). Il consiglio di amministrazione dell'ateneo telematico, inoltre, determina le linee di sviluppo di Unitelma Sapienza «*in aderenza alle indicazioni*» dell'ente consortile sostenitore (art. 6.8, lett. a). La metà dei componenti del consiglio di amministrazione (incluso il presidente) è nominata dall'ente consortile sostenitore e la maggioranza dello stesso organo amministrativo è espressione di soggetti pubblici (art. 6.2). I componenti del collegio dei revisori dei conti sono nominati dal consiglio di amministrazione dell'ateneo su proposta dell'ente consortile sostenitore (art. 18.3). I rapporti intercorrenti tra l'università telematica ed i due soci pubblici di maggioranza del Consorzio Telma Sapienza s.c.a r.l. per quanto stretti non sembra che consentano di assimilare la prima ad una società *in house*. In particolare, non pare che possa ravvisarsi il c.d. «controllo analogo», caratteristico del fenomeno dell'*in house*, a fronte dell'ambito di autonomia gestionale che lo statuto riconosce all'organo di indirizzo dell'ateneo telematico, che si configura come persona giuridica autonoma cui corrisponde un autonomo centro decisionale, con un interesse suo proprio. Né, tanto meno, appare delineabile un rapporto di servizio degli amministratori dell'ateneo telematico con uno o più soggetti pubblici. Il danno derivante da atti illegittimi degli stessi amministratori, inoltre, non sembra possa prodursi in via diretta sul patrimonio dell'ente consortile sostenitore e, soprattutto, sulle amministrazioni da cui esso è partecipato, dovendosi escludere che possa integrare un danno erariale suscettibile di generare responsabilità amministrativa. Considerazioni analoghe possono valere per gli altri atenei telematici collegati a soggetti pubblici (vale a dire, Uninettuno, IUL e Universitas Mercatorum), i cui rapporti con gli enti promotori e le amministrazioni di riferimento appaiono statutariamente ancora meno intensi. Questi atenei si pongono come entità giuridiche distinte dotate di una propria sfera di autonomia, che induce ad escludere che il danno ad essi arrecato dai loro amministratori possa dare luogo a responsabilità amministrativa.