

BIAGIO GILIBERTI

Professore associato di diritto amministrativo presso l'*Universitas Mercatorum*

bgiliberti@gop.it

**L'AMMINISTRARE IN SENSO OGGETTIVO TRA LIBERTÀ
E FUNZIONE. RIFLESSIONI A MARGINE DI UN
RECENTE CASO IN MATERIA DI LIBERE UNIVERSITÀ**

**THE OBJECTIVE ADMINISTRATION BETWEEN
FREEDOM AND FUNCTION. REFLECTIONS ON A
RECENT CASE IN THE FIELD OF FREE UNIVERSITIES**

SINTESI

Stando alle raffigurazioni più decise dell'art. 118 Cost., il principio di sussidiarietà individua la prima dimensione organizzativa pubblica non nell'apparato amministrativo istituzionale ma nei consociati e nelle comunità di consociati che compongono la società (sia che si tratti di servizi che di funzioni amministrative).

Un simile riconoscimento, seppure correttamente reclama tutta l'accoratezza del caso in nome dei principi di buon andamento e imparzialità amministrativa (art. 97 Cost.), non dovrebbe trascurare, al polo opposto, che lo statuto fondamentale del cittadino e delle sue organizzazioni sociali sia costituito dalla libertà.

Per questa ragione, anche nel regolamentare l'esercizio privato di attività di interesse generale, il legislatore dovrebbe limitare il proprio intervento alla definizione di regole proporzionate, che raggiungano l'intento pubblico perseguito limitando nei limiti dello stretto indispensabile la libertà dei privati.

Legislazioni elaborate in tempi risalenti e relative prassi interpretative stratificatesi nel tempo, tuttavia, dimostrano come sovente la costruzione del posizionamento istituzionale dei cittadini nel disegno organizzativo pubblico non risponda ai canoni appena illustrati, con conseguente limitazione delle loro libertà pur in assenza di apprezzabili motivazioni di pubblico interesse.

Al contempo, contropinte sociali dimostrano la propensione fisiologica dei cittadini a reclamare maggiori spazi di libertà: è questo il caso delle libere università che il Consiglio di Stato – sovvertendo tradizionali qualificazioni in termini di enti pubblici non economici o, comunque, come enti *no profit* – ha ammesso ad operare in forma lucrativa.

ABSTRACT

According to the most decisive representations of article 118 of the Constitution, the principle of subsidiarity identifies the first public organizational dimension not in the institutional administrative apparatus but in the citizens and in the citizens communities, whether in case of services of general interest or administrative functions.

Such recognition, although correctly demands all the accuracy in the name of efficacy and administrative impartiality (article 97 of the Constitution), should not neglect, at the opposite pole, that the fundamental status of the citizen and his organizations is the freedom.

For this reason, even in regulating the private exercise of general interest activities, the legislator should limit his intervention to the definition of proportionate rules, able to reach the public aim pursued by limiting the freedom of private individuals to the extent strictly necessary.

Legislation drawn up in the past and related interpretative practices stratified over time, however, show how the construction of the institutional position of the citizens does not respond to the just illustrated canons, with limitation of their freedoms in the absence of appreciable reasons of public interest.

At the same time, social counter-thrusts demonstrate the physiological propensity of citizens to demand greater spaces of freedom: this is the case of free universities that the Council of State - subverting traditional qualifications in terms of non-economic public bodies or, in any case, as non-profit bodies - has admitted to operate in lucrative form.

PAROLE CHIAVE: attività di interesse generale – sussidiarietà – libertà costituzionali – organizzazioni private – principio di libera organizzazione – Università.

KEYWORDS: activities of general interest - subsidiarity - constitutional freedoms – private organizations - principle of free organization – Universities.

INDICE: 1. Introduzione: i cittadini esercenti attività di interesse generale tra libertà e funzione - 2. Sulla legislazione vigente in materia di università private - 3. Le Università private: enti pubblici economici e organismi di diritto pubblico - 4. Le Università private tra tradizione no profit e natura lucrativa.

1. Introduzione: i cittadini esercenti attività di interesse generale tra libertà e funzione

Soffermarsi ancora sul quel complesso fenomeno storico, ideologico e normativo convenzionalmente definito quale esercizio privato di pubbliche funzioni potrebbe apparire quanto meno sorprendente a quasi diciannove anni dalla riforma dell'art. 118 Cost. (art. 4, comma 1 l. Cost. 18 novembre 2001, n. 3) e, soprattutto, alla luce dei profondi studi elaborati a valle di essa in materia

di sussidiarietà orizzontale¹. L'esigenza di ritornare su queste categorie teoriche, tuttavia, discende da un'osservazione forse banale nella sua semplicità e, tuttavia, proprio per questa ragione, assai chiara. Il fascino stesso degli studi in materia di organizzazione amministrativa (ma al contempo le ragioni della loro complessità) risiede essenzialmente nell'essere questo settore, più di altri, ontologicamente cangiante e mutevole nel tempo. Nel dir ciò, si precisa, non ci si intende riferire ai ricorrenti fatti di cronaca normativa che, ciclicamente, testimoniano l'utilitarismo - e la sostanziale incostanza - del legislatore nel maneggiare l'organizzazione pubblica nel suo insieme (con ciò sottintendendo - e reiterando - la cultura propria di un retaggio che, per quanto complessivamente costituzionale, mantiene comunque connotazioni regali). Consci, piuttosto, di un simile stato delle cose, che suggerisce la realistica presa d'atto di una sostanziale, irriducibilità sistematica della materia (purtroppo non solo storica), ci si intende porre, forse proprio in contrapposizione, in una prospettiva simmetricamente opposta, andando alla ricerca di eventuali contropunte sociali che interessino il fenomeno organizzativo pubblico, assoggettandolo a stimoli di discussione e riassetto². Nel dir ciò non sfugge evidentemente che la scelta di cimentarsi con il problema dell'organizzazione pubblica da un simile angolo di

¹ Cfr. anzitutto A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005.

Cfr. G. PASTORI, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in Aa.Vv. ., *Scritti in onore di G. Berti*, Vol. II, Napoli, Jovene, 2005, p. 1759; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir.amm.)*, in *Enc. Giur.*, agg. XII, 2004; P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95; ID., *La giustizia dell'«amministrare»: riflessioni preliminari nel solco della sussidiarietà*, in *Jus*, 2009, p. 517; G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 279; S. CASSESE, *L'Aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione* (Bologna, 1995), Rimini, Maggioli, 1997, p. 73 nonché in *Foro it.*, 1995, p. 373; G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, p. 405; R. BIN, *La sussidiarietà «orizzontale»: alla ricerca dei soggetti «privati»*, in *Istit. Feder.*, 1999, p. 5; M. CAMMELLI, *La sussidiarietà presa sul serio*, in *Il Mulino*, 2000, p. 447; ID., *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni Regionali*, 2002, p. 453; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5; T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir., Annali*, 2007, p. 1133; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, p. 2909; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Bari, Cacucci, 2006; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 267; V. GUIZZI, *Sussidiarietà (dir. CE)*, in *Enc. giur.*, 2000, 5; L. SICO, *Sussidiarietà (principio di sussidiarietà) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, 2001, agg. V, 2001, p. 1063.

² Tentativo operato dalla dottrina, sin dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, nell'individuare percorsi giuridici volti a riguardare l'amministrazione, sotto il profilo dell'organizzazione, sia come fatto organizzato sia come fatto organizzante, cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 369 ss.

visuale necessiti di dover essere spiegata a tutti i livelli. In chiave di prima approssimazione, dunque senza alcuna pretesa di tecnicismo, si fa riferimento al fenomeno – invero storicamente coesistente al rapporto tra società e attività di interesse generale – di costante propensione della prima (la società) ad assumere e condurre, nelle forme ritenute più appropriate, le seconde (le attività di interesse generale). Ciò senza avvertire - o, comunque, tendenzialmente mal sopportando - la necessità di preventive legittimazioni formali o dell'approntamento di regimi regolatori ma considerando le seconde, in definitiva, quale propria connaturale prerogativa. Da questo punto di vista (*id est* la costante aspirazione appena evidenziata), non è tanto rilevante – come invero sembrerebbe possibile, almeno per una parte della dottrina³, anche ai sensi dell'art. 118, comma 4 Cost.⁴ – indugiare sul se tra le attività di interesse generale si annoverino solo servizi (con ciò riferendosi ad attività essenzialmente materiali) ovvero anche funzioni amministrative (con ciò riferendosi ad attività connotate dall'esercizio di potere pubblico)⁵, ugualmente riscontrandosi la propensione dei gruppi sociali a farsene carico nell'anzidetta prospettiva. Si pensi, per stare a degli esempi che rendano la dimensione storica e, per certi versi, ontologica, della vicenda da un lato all'esercizio dei pubblici servizi locali, dall'altro all'espletamento di funzioni amministrative in materia di previdenza e assistenza da parte degli ordini professionali ovvero alla cura del territorio e dei suoi interessi economici ed industriali da parte di consorzi di cittadini⁶.

Ovviamente, il riconoscimento, esclusivo e (tendenzialmente) deregolato, di una spettanza costituzionalmente necessitata delle attività di interesse generale in favore delle libere organizzazioni sociali costituisce l'estremizzazione di una propensione che non trova riscontro nella storia (anche moderna) dell'organizzazione pubblica, specie a fronte delle facoltà regolatorie di cui il legislatore, ieri come oggi, è certamente detentore.

³ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 142: «il legislatore è tenuto a definire i presupposti che legittimano l'amministrazione a conferire ai privati funzioni e compiti pubblici [...]».

⁴ Cfr. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 55: «La piena valorizzazione del principio spingerebbe inoltre a preferire una lettura della formula "attività di interesse generale" non limitata alle attività consistenti in operazioni e prestazioni materiali, ma estesa, almeno in termini potenziali, ad attività giuridiche rette dal diritto pubblico»; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004, p. 70. *Contra* V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 4.

⁵ Cfr. G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, oggi in ID., *Scritti Giuridici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, Vol. II, p. 785.

⁶ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 231 nonché p. 276.

Non nella storia meno recente storia dell'interpretazione costituzionale e della dommatica di diritto amministrativo perché queste, piuttosto che assecondare la realizzazione, anche solo tendenziale, di quella aspirazione, sebbene non l'abbiano negata (né avrebbero potuto), l'hanno certamente marginalizzata, collocando il fenomeno della partecipazione del cittadino e delle sue formazioni sociali alla gestione della *res publica* amministrativa ai margini sistematici del disegno organizzativo pubblico (specie in caso di gestione di funzioni pubbliche in senso tecnico)⁷. In quest'ottica, il ricorso stesso all'espressione «*esercizio privato di pubbliche funzioni*», sottintendendo basilamente una nozione soggettivistica di queste ultime⁸, pare costituire elemento sintomatico di una ben precisa visione, frutto di altrettanto ben precisi - ma eterogenei eppur convergenti - intendimenti ideologici, elaborati vuoi in nome del monopolio amministrativo statale del potere e dei servizi pubblici in continuità con la sovranità regia, vuoi dell'idea che le istanze sociali di partecipazione al fenomeno organizzativo pubblico possano trovare cura e realizzarsi solo all'interno dell'organizzazione pubblica soggettivamente intesa (l'unica in grado di garantire imparzialità e buon andamento, a fronte della naturale propensione dell'individuo al profitto e all'egoismo)⁹. In questo clima, non par dubbio - e si avrà modo di porlo debitamente in risalto nel seguito - che molte delle libertà private dal rilievo pubblico di cui la Costituzione è disseminata (quelle di cui all'art. 33 Cost. per stare ad un esempio) siano rimaste contratte, sovente in una linea di sorprendente ma sostanziale continuità tra visioni corporativistiche e visioni (si ritiene) solo apparentemente costituzionali¹⁰. Stesse considerazioni possono farsi per l'esercizio privato di pubbliche funzioni (intese in senso tecnico), il quale concepito dogmaticamente quale fenomeno frutto di eredità storica è finito alle

⁷ Cfr. L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 157; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, pp.140; 229; G. CORSO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 93; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 312; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 307.

⁸ Cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Vol. II, parte III, Milano, Società Editrice Libreria, 1920, p. 235; G. MIELE, *Pubblico servizio e pubblica funzione*, in *Arch. giur.*, 1933, XXVI, p. 172; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1991, p. 165; M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, p. 685.

⁹ Cfr. G. PASTORI, *Amministrazione pubblica*, oggi in ID., *cit.*, Vol. I, p. 205; ID., *Amministrazione pubblica*, oggi in ID., *cit.*, Vol. I, 205; ID., *La pubblica amministrazione*, oggi in ID., *cit.*, Vol. II, p. 599.

¹⁰ Cfr. S. CASSESE, *Stato e popolo nella storia italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 427; ID., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 389.

volte per essere trattato come un ingombro nelle sistematiche organizzative pubbliche meno recenti¹¹.

Come segnalato innanzi, il riconoscimento, nei termini anzidetti, dell'aspirazione delle libere organizzazioni sociali ad esercire attività di interesse generale in un regime di sostanziale libertà non trova riscontro nemmeno nelle facoltà regolatorie del legislatore, dal momento che questi continua a detenere un potere normativo generale, a determinate condizioni insindacabile e, in linea di principio, certamente indispensabile al fine della conformazione al pubblico interesse delle attività di pubblico rilievo, specie alla luce del principio di legalità quale fondamento necessitato dei poteri pubblici a chicchessia assegnati.

Quel che è certo, tuttavia, è che gli studi condotti sulla riforma dell'art. 118 Cost.¹² - dando piena valorizzazione alla sussidiarietà orizzontale del comma 4¹³, all'unisono invero con l'elaborazione già disponibile in tema di servizi pubblici in senso oggettivo alla luce della convergenza tra gli artt. 2, 41 e 43 Cost.¹⁴ - hanno consentito di appurare, nonostante la particolare prudenza del testo costituzionale (è favorita «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»), come la prima dimensione organizzativa pubblica – sia che si tratti, ancora una volta, di servizi che di funzioni – sia costituita non dall'apparato amministrativo istituzionale ma dai consociati o dalle comunità di consociati che compongono la società¹⁵. Più in concreto, e pur nella consapevolezza degli indispensabili adattamenti dati dalla pregnanza del principio di legalità al cospetto specie dei poteri pubblici, lo schema operativo di questo principio sembra poter coincidere con quello elaborato per i pubblici servizi dalla dottrina innanzi citata¹⁶ ovvero della tendenziale libertà del mercato¹⁷, della regolazione del mercato nel caso in cui il medesimo non offra adeguate garanzie rispetto alla aspettative

¹¹ Cfr. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, cit., p. 48.

¹² Cfr. la dottrina – invero, come notato, non unanime - di cui alle note precedenti.

¹³ Cfr. C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 93; ID., *La privatizzazione tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393.

¹⁴ Cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

¹⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 2: «Sul versante dei rapporti tra amministrazione pubblica e iniziativa privata, tra pubblico e privato, se si vuole, il principio opera come quello inteso a valorizzare la sfera privata, laddove questa si possa proficuamente esercitare nell'interesse generale, salvo intervento pubblico a subsidio di essa; e opera perciò, a sua volta, come quello inteso a contenere l'espansione della sfera pubblica, la presenza del pubblico, sia sul versante organizzativo che su quello funzionale, laddove essa è necessaria, a contenere perciò la pervasività, che aveva caratterizzato un lungo periodo della nostra esperienza».

¹⁶ Cfr. L.R. PERFETTI, *Contributo*, cit., p. 175.

¹⁷ Per stare al lessico utilizzato trattando di pubblici servizi. Nel contesto di interesse, viceversa, è conveniente che la terminologia venga adattata e che si parli di formazioni sociali.

pubbliche, della avocazione nella riserva organizzativa pubblica in senso soggettivo in caso di fallimento del mercato. Ovviamente, ragioni storiche e la fisiologica mobilità dei confini tra le singole componenti della citata tripartizione ben giustificano la possibilità di una convivenza tra organizzazioni pubbliche in senso soggettivo e organizzazioni sociali (espressione dello spontaneismo organizzativo della società – art. 2 Cost.) nell'erogazione di attività di interesse generale¹⁸ (si pensi ai settori della sanità e dell'istruzione)¹⁹. Al di là di ciò, è comunque rilevante osservare che la decisione di operare il passaggio da uno ad un altro degli schemi organizzativi che compongono la citata tripartizione (libertà, regolazione, esclusiva) non appartiene al novero delle mere scelte politiche ma è retta dai canoni giuridici della sussidiarietà stessa e, in ultima istanza, della proporzionalità (con ciò offrendosi la misura della delicatezza – e per certi versi della fragilità – di simili vicende di diritto)²⁰.

Mettendo da parte per un attimo quest'ultimo aspetto, non può negarsi, pur nella congerie di una realtà normativa sostanzialmente confusa e disorganica, che tracce dell'impianto appena richiamato siano comunque rinvenibili nella legislazione. E sono tracce di non poco momento, perché segnalano l'evoluzione verso una prospettiva di «*amministrazione diffusa nella società*»²¹. Al

¹⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir.amm.)*, cit., p. 6: «*pur in assenza di un vero e proprio obbligo di astensione a carico degli enti pubblici a fronte di attività private che si svolgano, in determinati settori, anche più proficuamente, è evidente che la sua corretta applicazione comporterà, già nel breve tempo, una riduzione della sfera del «pubblico» nell'esercizio delle attività di interesse generale*».

¹⁹ Di questa tripartizione è, peraltro, interessante evidenziare, sia che si tratti di servizi pubblici (art. 41 Cost.), sia che si discorra di attività di interesse generale nei termini omnicomprensivi anzidetti (art. 118 Cost.), che il riconoscimento originario della spettanza di servizi e di funzioni pubbliche alle formazioni sociali della comunità postula comunque la facoltà che i pubblici poteri soggettivamente e genericamente intesi sottraggano, all'occorrenza, porzioni di attività di interesse generale alla comunità per esercirli in esclusiva. Ciò invero con l'essenziale precisazione, per cui il principio di sussidiarietà «*impedisce al legislatore di pubblicizzare, sia sotto il profilo soggettivo (trasformazione di istituzioni private in enti pubblici) sia sotto il profilo oggettivo (sostituzione di attività private con attività delle pubbliche amministrazioni), settori nei quali l'iniziativa autonoma dei soggetti privati sia presente nella gestione di attività di interesse generale. Si pensi, ad esempio, all'iniziativa privata in materia di assistenza o in materia di attività culturali o di protezione dell'ambiente, attraverso associazioni o fondazioni senza scopo di lucro: presenza questa che in nessun caso può essere rimossa o sostituita dall'intervento pubblico*» (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., pp. 4-5).

²⁰ Cfr. L. ANTONINI, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni cost.*, 2003, p. 635; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, p. 593.

²¹ Cfr. G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, 2010, p. 361, nonché G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, cit., p. 55: «*Insieme alla declinazione verticale, quella orizzontale della sussidiarietà sembra prefigurare una ricostruzione del sistema amministrativo secondo un processo ascendente (bottom-up) che coinvolge nell'esercizio delle funzioni di interesse generale i soggetti privati e quelli*

riguardo, per stare ai più recenti svolgimenti, è certamente il caso di richiamare la ritrazione, almeno rispetto agli impianti del passato, dello Stato dalla gestione diretta di alcune vicende amministrative²², riferendosi, com'è d'uopo, al fenomeno del superamento dei regimi autorizzatori in senso classico, sostituiti da segnalazioni del cittadino comunque denominate²³. Allo stesso tempo, frammenti di una presa di coscienza possono rinvenirsi nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 nella scelta non solo di ritirare le società pubbliche da segmenti economici di puro mercato ma soprattutto di richiedere che la loro presenza in settori di economia sociale venga motivata attraverso gli stringenti canoni dell'art. 5 (obbligo di motivazione analitica, connessi ai vincoli di scopo e di attività dell'art. 4).

Nel continuare con le esemplificazioni, tuttavia, è solo apparentemente sorprendente che una delle più significative tracce del percorso che si illustra sia rinvenibile non tanto nella legislazione dell'organizzazione pubblica ma nell'ambito di quella che regola l'esercizio della funzione amministrativa (a dimostrazione del fatto che le questioni che la sussidiarietà orizzontale genera non sono confinate nel solo momento organizzativo, irradiandosi – inevitabilmente - nel disegno dell'azione amministrativa genericamente intesa). È dato osservare, infatti, che, allorquando il legislatore s'è posto il tema dei presidi costituzionali da apporre all'esercizio di pubblici poteri da parte di altri rispetto alle pubbliche amministrazioni, dato per scontato l'indispensabile fondamento del principio di legalità, s'è rivolto al procedimento amministrativo. E così che nella legge sul procedimento amministrativo, all'art. 1 *ter*²⁴, si legge che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario, con un livello di garanzia

pubblici se ed in quanto gli uni e gli altri siano in grado di svolgere con criteri di efficacia ed efficienza le funzioni da allocare».

Questa vicenda, d'altronde, pare costituire espressione di *demarchia*, di quel sistema disegnato da F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, cit.*, in cui il vero collocamento del cittadino in rapporto alla società è dato dalla partecipazione «personale in tutte quelle manifestazioni della sovranità che direttamente o indirettamente possano interessarlo o coinvolgerlo» (p. 62); ID., *L'ordinamento repubblicano*, ed. riv. e aggiorn. a cura di L. BENVENUTI, Padova, Cedam, 1996, 77 laddove si sottolinea che la sfera di libertà che è riconosciuta ai singoli e garantita dalla Costituzione, «fa sì che ogni soggetto debba considerarsi parte attiva dello Stato il quale riconosce e garantisce quella sfera di libertà affinché l'agire dei singoli possa essere di utilità per tutti».

²² Cfr. G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, p. 207.

²³ Cfr. F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della D.I.A. - S.C.I.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 1223.

²⁴ Cfr. R. DI PACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 183.

non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla legge sul procedimento amministrativo. In questa sede, sebbene non si tratti di momento marginale, non interessa tanto appurare di quanta autonomia effettivamente dispongano i soggetti privati rispetto alle regole poste dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 per le pubbliche amministrazioni, quanto piuttosto rilevare che, all'atto di regolare la loro posizione rispetto al procedimento amministrativo, il legislatore ha ritenuto di dover, comunque, scandire l'essenzialità di un distinguo: mentre le pubbliche amministrazioni sono soggette alla l. 241/1990 (nei termini dalla medesima specificati), i privati che esercitino funzioni amministrative sono tenuti solo all'osservanza dei citati principi, potendo modellare la loro azione liberamente con il solo limite di quelli²⁵. Il punto è rilevante dal momento che, volendosi ricercare il fondamento di quel distinguo di principio, non pare che lo si possa ritrovare altrove se non che nel riconoscimento di quell'insopprimibile statuto di libertà che connota l'essenza stessa del cittadino e delle sue formazioni sociali in rapporto con le istituzioni pubbliche e i loro poteri²⁶. Uno statuto di libertà che, se certamente non paralizza il potere conformativo del legislatore, con eguale certezza lo conforma a propria volta, fino a scandire una diversità di principio tra invasività regolatoria del regime applicabile ai cittadini e quello applicabile alle pubbliche amministrazioni pur a parità di oggetto (l'esercizio di pubbliche funzioni)²⁷. Ritorna, dunque, da altra prospettiva (ovverosia dalla teoria della funzione), la tripartizione di regimi posta dalla dottrina innanzi richiamata in materia di organizzazione pubblica in senso oggettivo e la necessità che il passaggio da un

²⁵ Cfr. F. SCIARRETTA, *Le Università Telematiche tra dimensione costituzionale, diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 58 che registra «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, della l. 241/1990 – introdotto dall'art. 1, lett. b, della l. 15/2015 – che ha codificato tale figura, facendola assurgere ad istituto giuridico di carattere generale. [...] La disciplina sostanziale introdotta con l'art. 1, comma 1-ter, della 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 c.p.a.) gli atti emessi dai privati preposti, a vario titolo, nell'espletamento di compiti amministrativi. [...] Queste disposizioni possono evocare quel modello di amministrazione "oggettivata" elaborato da una eminente e illuminata dottrina, che disconosce qualsiasi qualità soggettiva all'autorità pubblica e predica una sostanziale equiparazione dei diversi soggetti giuridici dell'ordinamento».

²⁶ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1999, oggi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero Editrice, 2006, Vol. I, 2016, p. 869; G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, oggi in ID., *cit.*, Vol. I, 275, nonché ID., *Società e Stato in Italia dal 1948 ad oggi*, in ID., *cit.*, p. 299.

²⁷ Cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 235.

regime all'altro (o, all'occorrenza, la loro sovrapposizione) avvenga in un perimetro che abbia a riferimento la libertà di cui si discute e, di riflesso, la possibilità di incidere su di essa sotto l'egida, e in veritiera applicazione, del principio di proporzionalità²⁸.

Avendo fermi quest'ultimi riferimenti, pare possibile ritornare agli intendimenti innanzi esplicitati, ovverosia all'interesse a vagliare quanto l'organizzazione pubblica, ciclicamente assoggettata alle tensioni normative del legislatore, riceva del pari significativi stimoli dalle formazioni sociali che nell'organizzazione pubblica, oggettivamente intesa, si trovino ad operare. Il senso di quest'indagine (che esemplificativamente si soffermerà su di un recente caso che ha interessato il regime delle libere università) è quello di porre in risalto come – assumendo il significato più pervasivo innanzi condiviso del principio di sussidiarietà – quel che forse resta all'indagine è di appurare²⁹ se la vigente legislazione (spesso elaborata in tempi risalenti) davvero regoli l'operatività dei cittadini nei settori di interesse generale in coerenza con i canoni costituzionali innanzi richiamati (*id est* sostanziale spettanza, in prima battuta, di servizi e funzioni pubbliche alle formazioni sociali, potere normativo a carattere conformativo basato su uguaglianza, buon andamento e proporzionalità, riconoscimento della libertà dell'individuo e delle sue formazioni sociali quale canone fondamentale di esercizio e limite di quel potere conformativo). Ciò in quanto sono proprio eventuali scollamenti tra il quadro normativo primario (anche solo per via delle interpretazioni di esso stratificatesi nel tempo) e l'elaborazione costituzionale offerta innanzi che determinano – come l'esempio che si farà porrà in evidenza – la propensione dei gruppi sociali a reclamare spazi di azione (e, dunque, di libertà) più ampi e, comunque, differenti rispetto al passato.

In questa prospettiva, assume valore esemplificativo degli sviluppi che ancora attende la riflessione in materia di sussidiarietà, quanto molto di recente accaduto in materia di libere università. Con parere n. 1433/2019, trasmesso al MIUR in 14 maggio 2019, il Consiglio di Stato in sede consultiva, in superamento di una pluriennale tradizione esegetica che aveva dapprima configurato le libere università in termini di enti pubblici non economici, e poi comunque

²⁸ Cfr. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, Torino, Giappichelli, 2012; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

²⁹ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 142: «Tale disposizione, con cui si è recepito il principio di sussidiarietà orizzontale, potrà, tra l'altro, portare a reinterpretare – proprio perché costituisce una nuova coordinata costituzionale – non soltanto le altre disposizioni costituzionali che a questa si raccordano, ma anche la legislazione statale e regionale vigente [...]».

riconosciuto la loro natura di enti privati non lucrativi, ha affermato che – ad ordinamento vigente – nessuna norma osta a che la conduzione di università abilitate al rilascio di titoli di studio universitari possa essere svolta in regime di lucratività, assumendo la forma societaria ai sensi delle pertinenti disposizioni del codice civile³⁰.

Diviene, dunque, utile ricostruire il quadro normativo pertinente, onde vagliare in quale contesto normativo-culturale l'idea di un'essenza pubblica o, comunque, non lucrativa sia sorta e si sia affermata e di come, viceversa, sia

³⁰ Prima di entrare nel merito della questione, tuttavia, corre l'obbligo di un'ulteriore osservazione preliminare, molto utile ai fini delle riflessioni che si intendono trattando, esemplificativamente, di libere università.

Se detto della propensione ad intendere il rapporto tra formazioni sociali e attività di interesse generale nei termini e con i vincoli giuridici della tripartizione organizzativa innanzi descritta. Se detto anche di come quella tripartizione – specie alla luce della lettera del comma 4 dell'art. 118 Cost. (ma identiche osservazioni debbono farsi sulla base dell'art. 43 Cost.) – ammetta la possibilità che il legislatore sottragga interamente porzioni di attività di interesse generale alle disponibilità delle formazioni sociali in nome di esigenze pubbliche peculiari (assumendo, in tal modo, regimi di monopolio). Ci si deve chiedere, tuttavia, se detto potere “espropriativo” possa ritenersi sussistente indiscriminatamente (e, dunque, riguardare qualunque attività in rapporto con le pubbliche esigenze selezionate dal legislatore o dai pubblici poteri a ciò delegati) ovvero se ve ne siano alcune che a quel potere si sottraggano, per retaggio storico, collocamento costituzionale e lettera delle norme, dovendosi consequenzialmente riconoscere unicamente la facoltà del legislatore di conformarle, non già di farsene carico in esclusiva. Fosse da darsi una risposta positiva, se ne dovrebbe parlare in termini di attività a libertà rafforzata. Non è questa – si spera comprensibilmente – la sede per un vaglio a tutto campo; basterà piuttosto osservare, in linea con l'esemplificazione che si intende condurre, che questo statuto di libertà rafforzata può essere ragionevolmente riconosciuto alle libere università.

Diversi fattori depongono in tal senso. Anzitutto il collocamento costituzionale delle università delle quali si tratta nel titolo II della parte prima, dedicata ai rapporti etico-sociali, dopo la famiglia e prima della scuola, operando in tal modo il riconoscimento espresso delle università quali formazioni sociali che l'ordinamento costituzionale ha potuto solo riconoscere, non istituire. Ai sensi dell'art. 33, le libere università – oltre che quali formazioni sociali originarie (*id est* non fondate, né legittimate ma, significativamente, solo riconosciute e regolate dallo Stato, art. 2 Cost.) – rilevano altresì quali enti dotati di autonomia, come tali, titolari in via autonoma ed originaria del diritto a rendere istruzione e a praticare ricerca universitaria. In questa prospettiva, lo statuto di libertà e autonomia che la Costituzione riconosce loro pone le libere università ben oltre lo stesso principio della sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.) dal momento che risulta riconosciuta in loro favore una spettanza originaria (la conduzione di attività di ricerca e didattica), che, a differenza di quanto già rilevato in ordine all'art. 43 Cost. e 118, co. 4 Cost., l'art. 33 Cost. non qualifica come “espropriabile” ma solo come certamente regolabile (comunque in costanza e nel rispetto dei predetti principi di autonomia e libertà originaria). Allo stesso tempo, come correttamente rilevato, «*Il principio della sussidiarietà orizzontale, come sancito del nuovo testo dell'art. 118 Cost., perciò non impedisce l'intervento pubblico in tutti i settori in cui questo è ritenuto necessario sulla base di valutazioni politiche del legislatore (fermo restando che esso è obbligatorio, laddove previsto dalla Costituzione, come nel caso della scuola: art. 33; a prescindere dal fatto che i privati possano più proficuamente operare nei settori stessi)*» (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., p. 4). Riconduce alla nozione di sussidiarietà orizzontale libertà di assistenza (art. 38 Cost.), di insegnamento e ricerca universitaria (art. 33 Cost.) e di insegnamento scolastico (art. 34 Cost.) P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., p. 49.

stato possibile riconoscerne il superamento, in nome – si anticipa – di una ricostruzione oggettiva dell’ordinamento che concentra il momento regolatorio (e, se del caso, repressivo) pubblico non sulla natura del soggetto esercente attività di interesse generale ma proprio sull’attività in quanto tale.

Si tratta, come si accennava, solo di un esempio, e, tuttavia, si è ritenuto utile prenderlo in considerazione anzitutto perché ha ad oggetto assetti che, si perdoni l’enfasi, non è errato definire plurisecolari e, con essi, visioni divergenti circa il ruolo e le possibilità delle organizzazioni sociali nel contesto generale dell’istruzione universitaria. In questi termini, l’esempio che si è scelto sembra racchiudere in se tutte le tensioni (o, se dir si voglia, le sensibilità) che l’evoluzione dell’ordinamento in senso oggettivo³¹ è in grado di generare e, per questa ragione, è sembrato di cospicuo valore paradigmatico: tradizioni culturali, norme concepite per differenti sistematiche, stratificazioni interpretative, contropunte sociali, ridefinizione del posizionamento dello Stato e dei suoi poteri di governo, indirizzo e controllo tra vecchie (soggettive) e nuove (oggettive) configurazioni istituzionali della pubblica amministrazione.

2. Sulla legislazione vigente in materia di libere università

Si rileva in apertura che, dall’esame del quadro normativo pertinente, non è dato rivenire alcuna disposizione dalla quale possa esplicitamente o implicitamente dirsi affermata la natura pubblica o, comunque, non lucrativa delle università³² private³³. In particolare, una presa di posizione in merito alla forma giuridica delle libere università non pare che possa rinvenirsi nel R.D. 31 agosto 1933, n. 1592, il quale, diversamente, si limita a sancire il principio per cui le

³¹ Cfr. F. BENVENUTI, *L’amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, oggi in ID., *Scritti giuridici, cit.*, vol. IV, p. 3467.

³² In generale sulle università cfr. W. GASPARRI, *Università degli studi*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Agg., I, 2000, p. 610; O. SEPE, *Università degli studi. I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1994, p. 1; S. MANZIN MAESTRELLI, *Istruzione superiore*, in *Dig. discipl. pubbl.*, IX, 1994, p. 42.

³³ Ben differente risulta la ricostruzione rinvenibile in F. ELEFANTE, *University business in Italy? Differenti tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi. La formazione universitaria come settore for-profit?*, in *Munus*, 2015, p. 168: «In definitiva, allo stato della normativa e degli statuti approvati dal MIUR, le università statali, quelle non statali legalmente riconosciute e quelle telematiche non possono essere se non istituzioni no profit»; «In definitiva, nessuna delle istituzioni universitarie operanti in Italia (cui vanno, ai presenti fini, equiparate gli istituti di ricerca e le scuole superiori ad ordinamento speciale), ad eccezione di alcuni degli istituti AFAM salvaguardati ex art. 11, d.P.R. n. 212/2005, ha natura lucrativa. Il discrimine normativo è operato dal divieto di utilizzo dello stesso nomen università, dalla non autorizzazione di istituzioni universitarie transnazionali a carattere lucrativo, dal mancato riconoscimento di valore legale di un titolo rilasciato da istituzioni culturali diverse. Ed è ovviamente quest’ultimo l’elemento qualificante, atto a tracciare il confine normativamente invalicabile tra istituzioni universitarie ed istituzioni altre in questo settore» (p. 170).

università hanno la personalità giuridica e godono di autonomia amministrativa, didattica e disciplinare.

Si vedrà più avanti quanto il principio autonomistico di cui si connota l'essenza stessa delle università sia stato fortemente rafforzato dalla Costituzione del '48 e dalle riforme successive legislative, con ciò differenziando lo statuto di libertà impresso dalla Costituzione³⁴ rispetto ad una dimensione libertaria sulla quale nemmeno la legislazione corporativistica sentì di poter più di tanto intervenire³⁵.

Esaminando, in ogni caso, il citato regio decreto, ci si avvede di come l'intervento dello Stato nel mondo delle università private non fosse stato apertamente diretto ad imporre alcuna forma giuridica particolare. In particolare, a norma dell'art. 200, il R.D. 1592/1933 prevede tutt'oggi che le libere università possono essere costituite su istanza di uno o più enti promotori, i quali debbono presentare al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – MIUR (i) uno schema del relativo statuto, accompagnato da (ii) una relazione motivata e (iii) da un documentato piano finanziario. Quanto agli oneri di natura pubblicistica gravanti sulle università non statali, a norma dell'art. 203 del R.D. 1592/1933, esse sono tenute solo a comunicare “per conoscenza” al MIUR i bilanci preventivi ed i rendiconti consuntivi per ciascun anno d'esercizio. Viceversa le università statali sono tenute, ai sensi dell'art. 59 del R.D. 1592/1933, a presentare annualmente i propri bilanci alla Corte dei Conti per il relativo controllo contabile.

Tale previsione si coordina con il successivo art. 212 del R.D. 1532/1933, che attribuisce al MIUR il potere di sopprimere le università non statali solo quando sia stata accertata: l'insufficienza dei mezzi finanziari o del materiale didattico di cui dispongono; ovvero per ragioni inerenti all'interesse generale degli studi (norma, peraltro, in quest'ultima parte, da ritenersi non più in vigore a seguito delle riforme che hanno interessato la materia a partire dalla entrata in vigore dell'art. 33 della Costituzione)³⁶.

È sintomatico, peraltro, che nell'intero impianto del regio decreto non si rinvenga alcun'altra disposizione repressiva o sanzionatoria attribuita al MIUR

³⁴ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 155: «Si rinvencono, per vero, anche altre disposizioni costituzionali, sempre contenute nella prima parte della Costituzione – come, l'art. 33, comma 3, Cost., che consente ai privati di istituire scuole e istituti di educazione o l'art. 38, ultimo comma, Cost. che tutela la libertà di assistenza – che riguardano “attività di interesse generale”, le quali possono certamente essere esercitate dai privati in forma di impresa al fine di conseguire un utile».

³⁵ Sulla autonomia universitaria e sul suo regime costituzionale alla luce delle riforme successivamente attuate da parte del legislatore primario cfr. R. CALVANO, *I soggetti della riforma universitaria e la Costituzione. Nuovi profili problematici*, in E. Picozza, A. Police (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 61.

³⁶ Questa, invero, è l'idea di L. FERRARA, *Le università "libere": enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 276, nonché in *Giur. cost.*, 1993, p. 2295.

e certamente alcuna previsione è dato riscontrare che sanzioni l'assunzione della veste societaria. È presumibile, tuttavia, – specie considerando il clima istituzionale e politico in cui la riforma del R.D. 1532/1933 maturò – che, laddove si fosse voluto imporre un determinato statuto organizzativo di carattere pubblico o non lucrativo, una simile scelta avrebbe presumibilmente beneficiato del corredo di una sanzione espressa, che, tuttavia, come osservato, non è dato rinvenire.

Se, dunque, nel R.D. 1532/1933 non si rinviene alcuna presa di posizione espressa in ordine alla forma giuridica delle libere università, lo stesso non può dirsi per i successivi svolgimenti della legislazione, nell'ambito dei quali l'adesione ad una prospettiva di libertà delle forme giuridiche pare rinvenibile. Occorre a tal riguardo rammentare quanto innanzi osservato in ordine alla natura delle università private la cui essenza è di formazioni sociali (i) originarie (*id est* non fondate, né legittimate ma, significativamente, solo riconosciute dallo Stato, art. 2 Cost.), (ii) autonome (art. 33 Cost.) e (iii) come tali, titolari in via autonoma ed originaria del diritto a rendere istruzione e a praticare ricerca universitaria. Ciò sembra discendere dall'art. 33 della Costituzione, il quale solennemente afferma: (i) il principio della libertà dell'insegnamento: «*L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*» (co. 1), unitamente al (ii) il principio autonomistico, a mente del quale «*Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*» (co. 6). La Costituzione, dunque, non impone alle università private alcuna forma giuridica particolare, limitandosi a riconoscere l'ontologico statuto autonomistico delle medesime (che viene, pertanto, elevato a prerogativa costituzionale). Una prerogativa costituzionale, quella in tema di libertà ed autonomia delle libere università, da intendersi – secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale - nel «*sensu più ampio*», quale «*autonomia normativa, didattica, scientifica, amministrativa, finanziaria e contabile*» (*cfr.* Corte Costituzionale, 9 novembre 1988, n. 1017).

Come si intende dire subito nel seguito, non solo la Costituzione non pone alcun limite alla libertà delle università private di darsi la forma reputata più congeniale al perseguimento dei propri fini ma detto limite nemmeno può rivenirsi nella legislazione primaria. Piuttosto, quest'ultima, al pari della normativa regolamentare, è fitta di disposizioni (che dovranno essere richiamate), poste a presidio della qualità di ricerca e didattica in ambito universitario, nella prospettiva, innanzi accennata, di temperare lo statuto di libertà proprio delle università private con le fondamentali esigenze di pubblico interesse connesse alla qualità della ricerca e della didattica universitaria. Ciò a riprova, si ri-

tiene, del fatto che non riscontrandosi l'imposizione legislativa di una specifica di forma giuridica (e.g. non lucrativa) - quale presupposto indispensabile per la conduzione di un'impresa in armonia con i fini sociali - può ritenersi che il legislatore abbia inteso (i) rimettere lo svolgimento di quell'attività alla libera dinamica sociale e (ii) organizzare la tutela del pubblico interesse (*id est*, se si vuole, approntare *“i programmi e i controlli opportuni perché l'iniziativa economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*, art. 41 Cost.) in modo differente.

Diviene in tal modo necessario appurare nel prosieguo in che modo il legislatore - con sintesi tra libertà di iniziativa (*“l'iniziativa economica privata è libera”*) e tutela del pubblico interesse alla qualità delle attività universitarie (*“la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'iniziativa economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*) - abbia inteso assicurare la qualità di ricerca e didattica in ambito universitario, prescindendo da condotte impositive di speciali nature giuridiche degli enti privati (*id est* le università private) che quell'attività conducano.

Prima di farlo, tuttavia, resta da verificare in che termini, successivamente all'avvento della Costituzione Repubblicana, il legislatore abbia regolato il fenomeno dell'esercizio dei servizi universitari da parte di soggetti privati. Importante è l'art. 6 della l. 168/1989, il quale ribadisce che *“le università sono dotate di personalità giuridica e, in attuazione dell'articolo 33 della Costituzione, hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile: esse si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti”*. Inoltre, sempre ai sensi della norma in esame, *“le università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento”*. Il dettato dell'art. 6 rappresenta quindi la declinazione del riconoscimento costituzionale dell'autonomia universitaria, nelle sue espressioni di:

- autonomia normativa: il potere di emanare atti normativi per la propria esistenza aventi valore vincolante con gli statuti e i regolamenti;
- autonomia finanziaria: la capacità dell'ente di poter contare su risorse provenienti da fonti diverse, che possono essere gestite in modo indipendente;
- autonomia didattica: la capacità di determinare e disciplinare i corsi di laurea;
- autonomia organizzativa: capacità di ciascun ateneo organizzarsi nel modo ritenuto più consono al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

L'art. 6, però, prevede anche, riconoscendo si ritiene l'essenza stessa della natura costituzionale delle università private nei termini innanzi illustrati, che in materia non possa operare l'analogia (*“le università sono disciplinate [...] esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento”*). Ai fini di interesse, il

riconoscimento della lucratività degli enti universitari privati, questa disposizione ha carattere rilevante, dal momento che se non sussiste una norma che espressamente limiti il regime autonomistico di queste università, siffatto limite non può essere desunto da percorsi esegetici perché la disciplina applicabile è data “*esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento*”. Questa previsione, in particolare, avvalorata l’idea per cui, in assenza di una disciplina che espressamente ponga un’assimilazione tra operatori pubblici e privati del settore quanto a forma giuridica, un obbligo specifico di forma non può discendere dal fatto che ricerca ed istruzione universitaria siano state storicamente appannaggio tanto di enti pubblici e privati e che, sempre storicamente, si sia operato in regime di non lucratività. In assenza di una previsione espressa, infatti, ciò appare essenzialmente il portato di una stratificazione storica e fattuale, essendo escluso che si tratti del precipitato di alcuna imposizione normativa (la quale, peraltro, dovrebbe giustificarsi in nome di precise esigenze di pubblico rilievo, dunque alla luce del principio di proporzionalità).

Questa impostazione, invero, appare la più consona non solo nei rapporti di esegesi che debbono porsi tra Costituzione e la legge 168/1989 ma anche alla luce di una visione complessiva della legge da ultimo richiamata. Si segnala, in particolare, che, sempre secondo l’art. 6 della l. 168/1989, gli statuti e i regolamenti di ateneo sono deliberati dagli organi competenti dell’università a maggioranza assoluta e sono trasmessi al Ministro che, entro il termine perentorio di sessanta giorni, esercita il controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame. In assenza di rilievi essi sono emanati dal rettore. Il Ministro può per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti e i regolamenti all’università, indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell’università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l’atto emanato dal Rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità.

Questa disposizione ha rilevante valore sistematico perché offre riprova di quanto denso di libertà e mutuo riconoscimento sia il rapporto tra libere università e Stato Italiano, che rileva dunque, come in più punti innanzi osservato, in termini di pari ordinazione, tant’è che il MIUR, in caso di disaccordo con le scelte statutarie operate, non vanta la titolarità dei tipici poteri amministrativi repressivi ma deve rivolgersi al giudice (come un cittadino farebbe a fronte di decisioni amministrative che contesta).

Ciò emerge ancor più chiaramente esaminando la l. 243/1991, nell'ambito della quale i principi autonomistici sono stati ulteriormente rimarcati con specifico riferimento proprio alle università non statali, stabilendosi che esse “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” (art. 1). Tra i principi generali e le leggi di settore non figura alcun obbligo di forma; i principi, in particolare, sono quelli autonomistici innanzi richiamati (autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile), i quali, invero, sembrano consacrare la libertà di forma, non contraddirla o negarla.

Se, dunque, dall'esame della legislazione non pare potersi ritrarre alcun obbligo specifico di forma, è forse possibile affermare che nella predetta legislazione sia viceversa rinvenibile l'espresso riconoscimento della libertà delle forme organizzative. Ciò parrebbe emergere dal raffronto tra lo statuto autonomistico declinato dal R.D. 1592/ 1933 e quello di cui all'art. 6 l. 168/1989. Orbene mentre il R.D. 1592/1933 circoscrive l'autonomia delle università ai soli profili amministrativi, didattici e disciplinari, ben più ampio è lo statuto autonomistico del citato articolo 6, che riconosce alle università autonomia normativa, autonomia finanziaria, didattica e autonomia organizzativa. Alla luce di ciò, se, come appare doveroso, si intende operare un distinguo tra la libertà corporativistica del 1933 e quella impressa alle libere università dalla Costituzione e dalla vigente legislazione, si potrà forse convenire che il fondamento della libertà di forma risiede proprio nella autonomia normativa, finanziaria e organizzativa che il legislatore ha espressamente riconosciuto quale patrimonio genetico delle università.

Il tutto in coerenza con quanto innanzi accennato in ordine al collocamento costituzionale delle università, le quali rientrano nella sfera delle organizzazioni private la cui autonomia può essere compressa solo in virtù di una espressa disposizione normativa che non può operare indiscriminatamente.

Resta inteso che nel dir ciò non si intende affatto negare la sussistenza di un potere normativo che invero risale direttamente alla Costituzione (“*Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*” (art. 33, co. 4 Cost.)). Piuttosto, quanto appena osservato serve a rimarcare che: (i) lo stato dell'attuale legislazione non pone alcun divieto alla facoltà delle libere università di assumere la forma giuridica reputata più consona al proprio senso di libertà; (ii) piuttosto, le norme vigenti depongono in senso contrario ed in favore della vigenza espressa del principio della libertà delle forme; (iii) in ogni caso, non può ritenersi legittimo

qualsivoglia intervento legislativo che incida sulle libertà costituzionali universitarie, potendosi limitazioni ammettere solo a patto di risultare strettamente proporzionate (nei termini, ben noti, in cui il principio di proporzionalità opera nell'ordinamento dell'Unione e nazionale) alla luce dei risultati di pubblico interesse che si intendono perseguire.

Non sembra tuttavia essere questo il caso dal momento che il presidio del pubblico interesse alla qualità degli studi e della ricerca universitaria è – come si intende dire nel seguito – ampiamente presidiato e garantito dalla fitta regolamentazione volta ad assicurare qualità di ricerca e didattica, pena la perdita dell'accreditamento istituzionale e, dunque, della facoltà di rilasciare titoli di studio universitari. Che si tratti di un ente pubblico, di una libera università in forma non lucrativa ovvero di una libera università in forma di impresa non fa distinzione; le regole in materia di qualità si applicano a ciascuno di tali soggetti indifferentemente. D'altronde, l'assoggettamento delle libere università ad un registro di regole sostanzialmente analogo a quello delle università pubbliche in termini di qualità e relativi controlli è espressione non già di una comunanza di essenza (che resta costituzionalmente distinta nei termini anzidetti) ma del comune oggetto dell'attività svolta. In altri termini, regole in materia di sistemi di accreditamento e verifica della qualità si applicano non già in virtù di una possibile analogia soggettiva ma operano sull'attività in quanto tale, trattandosi di norme che regolano l'esercizio della funzione, non l'operatore.

A tal riguardo, a riprova della presenza di regole volte al presidio della qualità del servizio pubblico universitario si pongono le disposizioni normative, primarie e secondarie, nonché gli atti amministrativi in materia di:

- istituzione e di soppressione delle università;
- accreditamento delle sedi e dei corsi di studio universitari, oggi ai sensi del Decreto Ministeriale n. 6/2019 in tema di autovalutazione, valutazione, accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio;
- modalità di reclutamento e regime giuridico del personale docente e ricercatore, come da ultimo normate dagli articoli 18 e 24 della legge 30 dicembre 2010, n. 240;
- poteri di indirizzo e coordinamento da parte del MIUR, poteri tra cui rientra, fra l'altro, il controllo di legittimità e di merito dello statuto e dei regolamenti di ateneo (tra cui quello generale, quello didattico e quello di amministrazione e contabilità).

Si aggiungono i poteri di controllo dell'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR)³⁷.

³⁷ L'ANVUR svolge, per quanto di interesse, le seguenti attività: a. valuta la qualità dei processi, i risultati e i prodotti delle attività di gestione, formazione, ricerca, trasferimento

3. Le Università private: enti pubblici economici e organismi di diritto pubblico

Sebbene il quadro normativo, nei termini in cui lo si è inteso, non sembra potesse giustificare un'attrazione delle università private nei ranghi della soggettività pubblica e, successivamente, l'attribuzione nei loro riguardi della qualifica di enti necessariamente non lucrativi, ciò per una lunga stagione è accaduto.

L'attrazione nella soggettività pubblica³⁸ è solo in parte spiegabile alla luce del fatto che alcune delle libere università risultano promosse da enti pubblici, perché invero quella qualificazione sembra discendere dalla condivisione di chiare posizioni teoriche, assai diffuse nel passato, circa la capacità del quadro oggettivo di regole applicabili in un determinato settore di determinare la soggettivizzazione pubblica di quanti risultino tenuti al loro rispetto³⁹. Questa rico-

tecnologico delle attività delle università e degli enti di ricerca; b. definisce i criteri e le metodologie per la valutazione delle sedi e dei corsi di studio, ivi compresi i dottorati di ricerca, i master e le scuole di specializzazione, ai fini dell'accreditamento periodico delle strutture da parte del Ministro; c. esercita funzioni di indirizzo delle attività di valutazione demandate ai nuclei di ateneo; d. predispone in collaborazione con i Nuclei le procedure per la rilevazione della valutazione della soddisfazione dei corsi da parte degli studenti; e. valuta, sulla base dei risultati attesi e di parametri predefiniti, i risultati degli accordi di programma ed il loro contributo al miglioramento della qualità complessiva del sistema della ricerca; f. svolge su richiesta del Ministro ulteriori attività di valutazione nonché di definizione di standard di parametri e normativa tecnica.

³⁸ Cfr. V. CRISAFULLI, *La scuola nella costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 67; O. SEPE, *Note sulla natura giuridica delle Università statali*, in *Rivista amministrativa*, 1960, p. 236; P. CERCIELLO, *Intorno alla natura giuridica delle libere università*, in *Studi sassaresi*, Vol. I, Milano, 1969, p. 731; U. POTOTSHNIG, *L'Università come società?*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, p. 820; F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico e autonomia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 102.

³⁹ Per una riflessione critica cfr. G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «Enti Pubblici?»*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801: «L'indagine sin qui svolta conferma l'intuizione secondo cui enti di diritto comune possono assurgere a "soggetti amministrativi". Tale intuizione può essere pienamente valorizzata se si rinuncia a forzare l'articolazione delle figure soggettive utilizzate dalla normazione amministrativa e a cercare risposte "assolutizzanti". Ciò impone di superare il tradizionale modo di impostare il problema dell'ente pubblico: cercare cioè la natura giuridica di un determinato organismo al fine di individuare in modo automatico il suo regime giuridico.

In un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali, i termini della questione vanno invertiti: 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. Bisogna, pertanto, costruire un regime congruo ai caratteri organizzativi e funzionali di ciascuna fattispecie, attraverso un'argomentazione sistematica e teleologica. Ciò conduce a valutare regola per regola se e in quale misura debba applicarsi agli enti in questione.

La considerazione di soggetti formalmente o anche sostanzialmente privati come "enti pubblici" varia così da disciplina a disciplina e sta a indicare non una diversa natura giuridica ma, semplicemente, con un'ellissi, l'applicazione di alcune regole in luogo di altre. Affermare, invece, che sono "enti pubblici" diventa inutile, oltre che sbagliato: la realtà è che, a seconda dei fini e dei casi, si applicano ad essi discipline tipicamente

struzione soggettiva del potere, come è noto, si è avvalorata anche di riflessi processualistici, che hanno portato ad escludere la possibilità di immaginare che atti amministrativi potessero essere emanati da soggetti privati: se, per le caratteristiche proprie dell'ordinamento giuridico di riferimento, gli atti emanati da un soggetto privato presentano connotati tipici del potere pubblico provvedimentale, si deve necessariamente ritenere che pubblico sia anche il soggetto che li emana, onde conferire (invero oggi artificiosamente) unità complessiva al sistema⁴⁰. Più a monte, il presupposto di fondo, nello specifico segmento di interesse, è stato costituito dall'idea – propria di una indiscussa posizione di supremazia dello Stato e degli enti pubblici in generale - che l'istruzione superiore rientri tra le prerogative esclusive dell'apparato amministrativo pubblico soggettivamente inteso, che a tanto vi provvede a mezzo delle proprie istituzioni universitarie ovvero, avvalendosi di quelle private in funzione di integrazione del sistema, conferendo loro la legittimazione a rilasciare titoli di studio aventi valore legale⁴¹. Ciò secondo lo schema innanzi illustrato della previa approvazione dello statuto da parte del MIUR ovvero ricorrendo ad un istituto, certamente, autorizzatorio-abilitativo ma, significativamente, non privo di sfumature concessorie. Nel concreto, la collocazione delle università private nella sfera della soggettività pubblica – ed in particolare la loro qualifica in termini di enti pubblici non economici⁴² – è stata determinata dalla sostanziale identità di

pubblicistiche e discipline tipicamente privatistiche. Alle certezze delle letture dicotomiche si sostituisce la continua e sempre mutevole ricostruzione di istituti "a geometria variabile"».

⁴⁰ Cfr. ancora F. SCIARRETTA, *Le Università Telematiche*, cit., p. 37: «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».

⁴¹ Cfr. F. SCIARRETTA, *Le Università Telematiche*, cit., p. 18: «La natura pubblica delle seconde, non sancita dal diritto positivo ma rispondente ad un corretto (seppur non pacifico) orientamento giurisprudenziale e ad un diffuso (ma non univoco) convincimento dottrinale, era in sintonia con un sistema nel quale l'istruzione superiore era considerata compito dello Stato, che vi provvedeva tramite proprie università e, in taluni casi, attraverso università non statali autorizzate a rilasciare titoli di studio con valore legale».

⁴² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 841 circa la qualifica di ente pubblico non economico dell'Università Sacro Cuore. Il Consiglio di Stato è addivenuto a tale conclusione ritenendo che l'Università (non Statale) Cattolica del Sacro Cuore:

- (i) nel proprio statuto, all'articolo 1, si auto-qualifica "Università non statale, persona giuridica di diritto pubblico secondo le leggi vigenti";
- (ii) nell'esercizio della propria attività (ed in particolare, nella gestione speciale del Policlinico A. Gemelli), gode di finanziamenti pubblici regionali, in un rapporto non sinallagmatico di remunerazione di prestazioni ma con copertura del disavanzo fra ricavi e costi;
- (iii) soggiace a forme di ingerenza e controllo nella gestione, tramite rappresentanti di nomina pubblica nel collegio dei revisori, nonché a mezzo di apposita commissione a composizione paritetica.

regime applicabile ad esse in rapporto alle università pubbliche (specie sotto il profilo lavoristico applicabile alla carriera dei professori) e, prim'ancora, proprio dall'attribuzione alle università private del potere di rilasciare titoli accademici aventi valore legale.

Si tratta, oggi, di ricostruzioni obsolete per una pluralità di ragioni. Anzitutto, perché è chiaramente da disconoscersi, per le ragioni innanzi illustrate, la correttezza del presupposto di fondo da cui partiva la ricostruzione delle libere università in termini di enti pubblici non economici. L'art. 33 Cost., infatti, evidentemente pone università pubbliche e quelle frutto dell'iniziativa privata su di un piano di equiordinazione («*L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento*»), escludendo la sussistenza di una riserva pubblica nel settore della docenza e della ricerca universitarie ma fermo, ovviamente, il potere legislativo regolatorio in materia («*Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*»). Questa equiordinazione, peraltro, consente di escludere che tra MIUR e università private, in virtù dell'approvazione ministeriale dello statuto di queste (e, più in generale, dell'intera legislazione e regolazione universitaria), si instauri quel rapporto di servizio che in passato, com'è noto, era stato ritenuto indice rivelatore della natura pubblica di un determinato soggetto⁴³.

In secondo luogo, in termini più generali, è ugualmente noto che le risalenti concezioni⁴⁴, che riconoscevano la possibilità di esercizio di poteri pubblici solo da parte di pubbliche amministrazioni, abbiano oramai, tanto a livello teorico⁴⁵ che di diritto positivo, lasciato il passo ad una ricostruzione dell'ordinamento in senso oggettivo⁴⁶, tale per cui - rivendicata la centralità del principio di legalità - si riconosce pacificamente che la titolarità di poteri am-

Si veda altresì Corte Cass., SS.UU., 3 marzo, 2004, n. 5054: «*La Libera università degli studi sociali Guido Carli (Luiss), regolata, come le altre università libere, dall'ordinamento dell'istruzione superiore (r.d. 31 agosto 1933 n. 1592), e caratterizzata da scopi, struttura organizzativa e poteri amministrativi del tutto analoghi a quelli delle università statali, ha natura di ente pubblico non economico. Ne deriva il carattere pubblico dei rapporti di impiego tra università e personale dipendente, con la conseguenza che la domanda intesa al riconoscimento di un rapporto di lavoro con le caratteristiche della subordinazione e nella figura e nel ruolo di ricercatore universitario rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto gli art. 3 e 63, commi 1 e 4, del d.lg. n. 165 del 2001, escludono dalla cognizione del giudice ordinario le controversie relative al rapporto di impiego dei professori e ricercatori universitari, conservato al regime pubblicistico*».

⁴³ Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Pisa, Artigrafiche Tornari, 1945, p. 100.

⁴⁴ Cfr. A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza del diritto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 141.

⁴⁵ Cfr. 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 Italiana, 2011, p. 542.

⁴⁶ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Nuovi modi di concepire l'amministrazione: "l'amministrazione oggettivata" secondo Feliciano Benvenuti*, in AA.VV., *L'Amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 191.

ministrativi possa indifferentemente spettare a soggetti pubblici e a privati. L'art. 1, comma 1-ter della l. 241/1990, innanzi considerato, e l'art. 7 comma 2, del codice del processo amministrativo («Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo») ⁴⁷ offrono evidente riprova di ciò (con buona pace della possibilità (invero già critica da tempo) di riconoscere ancora una qualche attualità della teoria dell'*imperium* ⁴⁸ ai fini della qualifica di un soggetto come pubblico.

Al contempo, per tornare specificamente al caso di interesse, la matrice di libertà ed autonomia costituzionale che connota le università private non può che determinare un esito negativo anche del test usualmente praticato in giurisprudenza ai fini del riscontro della natura pubblica di un ente ⁴⁹, *in primis* a partire dalla assenza di una espressa qualifica in tal senso da parte del legislatore ⁵⁰.

È per queste ragioni che l'idea che si tratti di enti pubblici non economici – per quanto presente in giurisprudenza meno recente – risulta oramai superata da quella oggi prevalente ⁵¹.

⁴⁷ Cfr. P. DE LISE, *Giurisdizione amministrativa e atti dei soggetti privati*, in G. Morbidelli (a cura di), *Funzione e oggetto della giurisdizione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 62.

⁴⁸ Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, Vol. I, 1966, p. 40.

⁴⁹ Cfr. *ex pluribus* T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 settembre 2013, n. 8194 «*Il legislatore nazionale ha ritenuto di attribuire "con legge" la natura pubblica agli enti indicati negli elenchi ISTAT e l'interprete, di fronte ad una qualificazione espressa in tal senso mediante uno strumento primario di legislazione, non può che limitarsi a prendere atto di tale scelta legislativa, a sua volta sindacabile solo nei limiti dell'irragionevolezza sotto eventuali vari profili, accertabile come è noto però solo dal giudice delle leggi. Pertanto, solo laddove non sia esplicitamente indicata la natura pubblica dell'organismo, la dottrina e la giurisprudenza insegnano che deve farsi riferimento ai c.d. "indici rivelatori della pubblicità" attraverso un'analisi in concreto della struttura, delle modalità di finanziamento e di funzionamento, dei controlli, il cui esito può portare o meno ad una qualificazione pubblicistica dell'Ente, con conseguente applicazione della normativa pubblicistica di riferimento*».

⁵⁰ Cfr. O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXXIX, 1905, p. 346; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958; G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 10; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 23 e 259; ID., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in <http://www.astrid-online.it>; G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica?*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 46.

⁵¹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043: «*Il Collegio ritiene che, rispetto all'applicazione degli obblighi in materia di trasparenza e di pubblicità (ai fini che rilevano nel presente giudizio e, dunque, con specifico riferimento agli "obblighi di pubblicazione concernenti gli organi di indirizzo politico", stante il divieto ex art. 34, comma 2, c.p.a. di pronunciare su poteri non ancora esercitati) debba escludersi la qualificazione delle c.d. libere Università in termini di ente pubblici*».

16. Tale conclusione è imposta, in primo luogo, dall'art. 33 Cost. che, al comma 1, riconosce la libertà di insegnamento, al comma 3, stabilisce il diritto di "enti e privati" di istituire scuole e istituti di educazione, e, all'ultimo comma, riconosce alle Università "il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato".

Le ragioni innanzi esaminate si pongono sostanzialmente alla base anche del giudizio negativo del Consiglio di Stato (Comm. spec., 26 ottobre 2018, n. 2427) in ordine alla possibilità di configurare le università private quali organismi di diritto pubblico⁵².

Il parere in esame, peraltro, è rilevante ai fini di quanto si intende rilevare nel seguente paragrafo in ordine alla natura lucrativa o meno delle università private. In esso, infatti, viene posto in evidenza – e ciò deve aver avuto un significato non secondario nel riconoscimento di recente operato della possibilità

La citata previsione costituzionale comporta non solo che i privati possano promuovere l'istituzione di centri di istruzione, ma anche che a questi centri istituiti da privati debba essere garantita una natura sostanzialmente privata, per rispettare il principio di "autonomia ordinamentale" e di "libertà" che ad essi la Costituzione garantisce.

L'art. 33 Cost. preclude, pertanto, alla legge di operare una sostanziale "pubblicizzazione" delle Università non statali, imponendo ad esse obblighi, anche in materia di trasparenza e pubblicità, preordinati ad introdurre una forma di controllo pubblicistico e collettivo, che contrasterebbe con la natura sostanzialmente privata che effettivamente le connota.

Lo stesso riferimento alle "leggi dello Stato" nell'art. 33, ultimo comma, Cost. non vale a fondare una riserva pubblica dell'istruzione universitaria, ma vale semmai a giustificare un intervento normativo sui criteri per la definizione dei corsi di laurea e sui requisiti per la docenza, ai fini del conferimento, da parte delle Università non statali, di titoli di studio con valore legale.

17. A conforto di tale conclusione, assume rilievo, sempre in un'ottica di sistema l'art. 1 della legge 29 luglio 1991, n. 243 che stabilisce che le Università non statali legalmente riconosciute "operano nell'ambito delle norme dell'art. 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che le riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili".

Tale disposizione avvalorava la conclusione secondo cui le Università non statali legalmente riconosciute soggiacciono alla disciplina che ad esse fa espresso riferimento. L'applicazione ad esse della disciplina prevista per le Università statali può avvenire alla duplice condizione che si tratti di disciplina espressione di un principio generale della legislazione in materia universitaria (condizione positiva) e che il relativo principio sia compatibile con il rispetto del principio costituzionale del pluralismo e della libertà di iniziativa privata nel campo dell'istruzione (condizione negativa).

Nel caso del decreto legislativo n. 33 del 2013 entrambe le citate condizioni non risultano integrate: da un lato, infatti, la disciplina in materia di pubblicità e trasparenza non è espressione di un principio generale specificamente afferente alla materia universitaria (si tratta semmai di un principio generale riferito all'intero settore dell'attività amministrativa); e dall'altro, e soprattutto, tale disciplina implica l'introduzione di forme di controllo (pubblicistico e collettivo) che contraddicono il principio costituzionale della libertà di iniziativa dei privati nel settore dell'insegnamento».

⁵² Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 26 ottobre 2018, n. 2427: «Ritenuto implicitamente abrogato il combinato disposto degli articoli 51 e 199 del r.d. n. 1592 del 1933 ed escluso, altresì, che la LUMSA-Libera Università SS. Assunta possa qualificarsi come organismo di diritto pubblico, trattandosi di ente di diritto privato, se ne deve concludere che detto Istituto possa procedere alla stipula di contratti di lavori, servizi e forniture senza necessità del previo esperimento di procedure di evidenza pubblica. Infatti, la LUMSA non è un organismo di diritto pubblico poiché difetta il terzo dei tre requisiti cumulativi necessari per la configurabilità di tale tipologia soggettiva, ossia il requisito della influenza pubblica dominante, poiché riceve un contributo finanziario pubblico di minima entità, registra la presenza di un solo componente pubblico sugli undici membri dell'organo di amministrazione, non presenta nessun componente pubblico nell'organo di vigilanza, non è soggetto al controllo statale della gestione, poiché la vigilanza ministeriale e gli altri poteri previsti dalla legge speciale costituiscono un potere di vigilanza estrinseca e formale e non integrano quel controllo intrinseco e sostanziale sulla gestione che è richiesto ai fini della sussistenza di questa particolare modalità di manifestazione del requisito della dominanza pubblica. La LUMSA può pertanto procedere alla stipula di contratti di lavori, servizi e forniture senza necessità del previo esperimento di procedure di evidenza pubblica».

di operare le attività universitarie in forma lucrativa – che «anche le università pubbliche sono tenute ormai a gestire il servizio con criteri di economicità⁵³, in base ai quali modulano perfino l'ampiezza e il contenuto dello stesso servizio (istituzione o soppressione di dipartimenti e corsi di laurea in relazione al piano finanziario e alle potenzialità del mercato dello studio, investimenti strutturali e calcolo del break even point etc.), per cui si può a ben ragione ritenere che il servizio dell'istruzione universitaria non sia per sé, ontologicamente, di natura non industriale o commerciale, e diventi tale solo ove, a causa della sua meritevolezza, sia gestito dal pubblico con criteri non economici, o dal privato con sostanziosi contributi pubblici.

In sostanza sembra doversi escludere la natura non industriale e commerciale sia quando tale esclusione non sia espressamente postulata dalle norme, sia soprattutto quando l'ordinamento di settore sottoponga l'attività non solo al mercato e alla concorrenza, ma soprattutto agli ordinari criteri economici aziendali, come nel caso di specie»⁵⁴.

4. Le Università private tra tradizione no profit e natura lucrativa

Come accennato in precedenza, il percorso di riconduzione delle libere università nel novero dei soggetti privati, dopo il parere, da ultimo richiamato, del Consiglio di Stato (Comm. spec., 26 ottobre 2018, n. 2427) ha conosciuto un ulteriore passaggio fondamentale nel parere emesso dalla Sezione normativa del Consiglio di Stato (n. 1433/2019) che ha riguardato la forma giuridica che le libere università private, riconosciute e autorizzate al rilascio di titoli aventi valore legale, possano assumere per l'espletamento dei loro compiti.

La sezione, anzitutto, ha ritenuto di dover dare continuità ai contenuti del parere n. 2427/2018 sulla natura giuridica privata delle Università Private e sul loro collocamento sul mercato nel settore della istruzione e formazione. In costanza con un simile intendimento, la sezione normativa ha ribadito che lo scenario in cui le università private oramai operano è connotato da un rilevante

⁵³ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 155: «In questi, come in altri settori che riguardano i servizi alla persona, spesso gli enti non profit non soltanto esercitano un'impresa, ma si trovano anche a concorrere con i soggetti lucrativi per l'affidamento da parte dell'amministrazione pubblica della gestione di tali servizi».

⁵⁴ Cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 156: «non sembra che la sussidiarietà orizzontale possa essere riferita soltanto alle iniziative dei singoli e a quelle dei soggetti collettivi senza scopo di lucro che non siano però organizzati in forma di impresa. D'altra parte, anche a rimanere ancorati al dato letterale e ad un'interpretazione restrittiva delle predette disposizioni legislative, sembra difficile ipotizzare che al concetto di formazione sociale, accolto nel nostro ordinamento, non possano ricondursi anche enti con scopo di lucro»; «non si è mancato di riconoscere, considerata l'ampiezza della sfera applicativa dell'art. 18 Cost., che in tale disposizione trovano garanzia costituzionale oltre alle confessioni religiose, ai sindacati, alle associazioni e ai partiti politici anche «le associazioni con scopo economico diretto o indiretto, le società commerciali, le società tra professionisti, i consorzi tra imprenditori...» (p. 158).

tasso di concorrenzialità e imprenditorialità, dal quale ha ritenuto che di necessità non potesse non discendere *«l'esigenza, legittima e ragionevole, di poter attrarre capitali di investimento, per potenziare e migliorare l'offerta formativa e di servizi nella sua complessità»*. Questa esigenza, per il Consiglio di Stato, può essere soddisfatta *«se, tramite la redistribuzione degli utili, si può offrire una giusta remunerazione al rischio degli investitori»*.

Ciò il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile alla luce del quadro normativo in materia di università private, il cui esame – secondo la Corte – evidenzia la inesistenza, nell'ordinamento giuridico, di una qualsiasi norma o principio che espressamente o implicitamente vieti la costituzione o trasformazione delle Università private in forma di società di capitali.