



**Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca**

Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010

a cura di

Alfredo Marra



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Patrizia Borsellino

Chiara Buzzacchi

Marta Cartabia, *Presidente della Corte Costituzionale*

Paolo Casella

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Costanza Honorati

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010

a cura di

Alfredo Marra



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3647-2

ISBN/EAN 978-88-921-9012-2 (ebook - pdf)

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

I saggi pubblicati nel presente volume sono stati sottoposti a procedimento di peer review da parte di revisori anonimi e hanno ottenuto una valutazione positiva.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

INTRODUZIONE

IL DIRITTO DELLE UNIVERSITÀ NELLA GIURISPRUDENZA A DIECI ANNI DALLA LEGGE N. 240/2010

Alfredo Marra

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| 1. Obiettivi, oggetto e metodo della ricerca | 1 |
| 2. In che modo i giudici amministrativi hanno contribuito allo sviluppo del diritto universitario | 3 |
| 3. Conclusioni | 7 |

L'AUTONOMIA STATUTARIA E LA GOVERNANCE DELLE UNIVERSITÀ

Alfredo Marra

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La riforma della <i>governance</i> nella legge n. 240/2010 | 11 |
| 2. Dalla legge agli statuti: cenni al processo attuativo | 15 |
| 3. La riforma della <i>governance</i> nella giurisprudenza: il consiglio di amministrazione | 17 |
| 4. Il direttore generale | 23 |
| 5. Il ruolo dei dipartimenti | 28 |
| 6. Conclusioni | 32 |

LE MODALITÀ DI RECLUTAMENTO DEL CORPO DOCENTE UNIVERSITARIO DOPO LA LEGGE 30 DICEMBRE 2010, N. 240 E IL RUOLO SUPPLETIVO DELLA GIURISPRUDENZA

Beatrice Rabai

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Considerazioni introduttive | 35 |
| 2. L'Abilitazione Scientifica Nazionale e le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale | 40 |

	<i>pag.</i>
3. Il reclutamento nei singoli Atenei e le patologie delle procedure di chiamata	48
4. La clausola di incandidabilità di cui all'art. 18, comma 1, lett. b) e c), legge 30 dicembre 2010, n. 240 e i conflitti di interesse tra partecipante alla procedura di reclutamento e membro della commissione giudicatrice	58
5. Osservazioni conclusive	64

LA CLASSIFICAZIONE DELLE RIVISTE SCIENTIFICHE NEL QUADRO DELLA VALUTAZIONE DELLA RICERCA AFFIDATA AD ANVUR

Monica Delsignore

1. La collocazione della classificazione delle riviste all'interno dei molteplici compiti affidati ad ANVUR	69
2. Il potere di classificazione delle riviste non è attribuito da una norma primaria	73
3. La valutazione e classificazione delle riviste come attività amministrativa	77
4. L'attuale Regolamento sulla classificazione delle riviste: i dubbi collegamenti con i risultati della VQR di un'attività sempre più rigidamente e complessivamente disciplinata	83
5. Resta una domanda: la classificazione delle riviste finisce per comprimere gli spazi della ricerca?	86

IL NUMERO CHIUSO E L'AMMISSIONE AI CORSI DI LAUREA

Nadia Spadaro

1. Le limitazioni al diritto allo studio universitario tra evoluzione normativa e prospettive di riforma	91
2. Il diritto allo studio e la limitazione all'accesso ai corsi di laurea nella prospettiva sovranazionale	97
3. L'esenzione dall'esame di ammissione per il trasferimento ad anni successivi al primo da università estere	100
4. L'esenzione dall'esame di ammissione per i possessori di titoli particolari	104
5. La limitazione all'accesso ai corsi di laurea ad opera dei singoli atenei	105
6. Conclusioni	108

SULLA NATURA GIURIDICA DELLE UNIVERSITÀ LIBERE

Margherita Ramajoli

1. Premessa	111
2. Nell'originario mondo delle persone giuridiche	113
3. Le prime battaglie sugli indici rivelatori della pubblicità degli enti	118
4. La centralità del ruolo della giurisprudenza di fronte alla frantumazione normativa del regime tipico degli enti pubblici	120
5. La nozione funzionale di ente pubblico tra affermazioni di principio e sue mancate applicazioni concrete	123
6. Enti privati, società di capitali, logica mercantilistica	127
7. Alla ricerca di un sistema universitario unitario	131

L'UNIVERSITÀ E IL RICORSO ALLE FORME PRIVATISTICHE

Marco Lavatelli

1. Contesto e premesse	133
2. Il ricorso ai moduli privatistici nella prospettiva dell'organizzazione universitaria	139
3. Libere università, scopo di lucro e trasformazione in società di capitali	157
4. Coordinate attuali e scenari futuri	160

LA GIURISPRUDENZA SUI LIMITI
DELLA CONTRIBUZIONE STUDENTESCA*Alessandro Squazzoni*

1. Premessa	163
2. La normativa sui limiti alla contribuzione	164
3. I precedenti ante 2010	170
4. La giurisprudenza del TAR Lombardia e del Consiglio di Stato	173
5. Il tema del confronto di costituzionalità	178
6. Conclusioni	182

INSEGNAMENTO UNIVERSITARIO IN LINGUA INGLESE E AUTONOMIA DIDATTICA

Luca Belviso

1. Premessa	187
2. Il caso del Politecnico di Milano di fronte al giudice amministrativo (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348 e Cons. Stato, sez. IV, ord. 22 gennaio 2015, n. 242)	189
3. Il caso del Politecnico di Milano di fronte alla Corte costituzionale (Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 42)	194
4. Gli ultimi risvolti della vicenda (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2018, n. 617; Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7694)	197
5. Il dibattito dottrinale: sull'asserito contrasto con il principio di ufficialità e primato della lingua italiana	198
6. Il dibattito dottrinale: sull'asserito contrasto con la libertà d'insegnamento e il diritto allo studio	203
7. Conclusioni. La necessaria valorizzazione dell'autonomia universitaria alla luce dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza	205

L'ATTIVITÀ ESTERNA DEI DOCENTI UNIVERSITARI: QUALI RESPONSABILITÀ?

Luca Galli

1. Introduzione	213
2. Il quadro normativo: dalla Costituzione ai regolamenti universitari	214
3. Le conseguenze della violazione: le sanzioni e la responsabilità amministrativa	219
4. La pluralità di danni erariali e la difformità dell'operato delle corti	222
5. Il problematico riparto di giurisdizione	227
6. Conclusioni	229

INTRODUZIONE
IL DIRITTO DELLE UNIVERSITÀ
NELLA GIURISPRUDENZA A DIECI ANNI
DALLA LEGGE N. 240/2010

Alfredo Marra

SOMMARIO: 1. Obiettivi, oggetto e metodo della ricerca. – 2. In che modo i giudici amministrativi hanno contribuito allo sviluppo del diritto universitario. – 3. Conclusioni.

1. Obiettivi, oggetto e metodo della ricerca

La legge n. 240/2010 è una delle poche leggi organiche che hanno interessato l'università lungo tutta la storia dello Stato italiano. In precedenza, soltanto la legge n. 168/1989 e, ancor prima, la riforma Gentile del 1923, avevano avuto l'ambizione di porsi come leggi di riforma dell'intero sistema, mentre per il resto gli interventi del legislatore sono sempre stati – e ancora attualmente sono – frammentari e occasionali. È del tutto fisiologico quindi che, subito dopo l'entrata in vigore della legge Gelmini, i contributi offerti dalla scienza giuridica siano stati particolarmente abbondanti¹. Tuttavia, come accade di frequente anche in altri settori dell'ordinamento oggetto di riforme legislative, gli studi giuridici sull'università si sono concentrati prevalentemente sull'analisi esegetica delle nuove norme, mentre una minore attenzione è stata riservata a ciò che è venuto dopo. Per quanto concerne l'università, in particolare, risulta ancora del tutto inesplorato quel vasto campo d'indagine rappresentato dalla fase dell'implementazione della riforma ad opera dei singoli atenei. Si tratta di un'indagine fondamentale se si vuole davvero comprendere l'effettiva portata della riforma, che cosa di essa abbia funzionato o non abbia funzionato e per quali ragioni. L'effettività delle riforme, infatti, non può mai essere compresa unicamente sul piano dell'analisi normativa, ma necessita anche di altri strumenti – economici, sociologici, politologi-

¹ Per i riferimenti bibliografici si rinvia alla dottrina citata nei vari saggi qui raccolti.

ci e psicologici – dei quali pure il giurista dovrebbe avvalersi al fine di trarne indicazioni utili ad approfondire, dal suo specifico punto di vista, la natura dei problemi e le possibili soluzioni che si pongono nel momento applicativo delle norme.

Scarsa attenzione, inoltre, è stata dedicata al ruolo della giurisprudenza. Sebbene la genesi giurisprudenziale del diritto amministrativo sia pacificamente riconosciuta dalla scienza giuridica, è anche vero che l'interesse per uno studio teso a individuare il processo attraverso il quale i giudici elaborano le loro decisioni, come pure gli effetti che tali decisioni in concreto producono, al di là del caso concreto, è relativamente poco diffuso. Eppure l'impatto che la giurisprudenza ha avuto sul diritto universitario è clamorosamente evidente, almeno dal punto di vista quantitativo. Basti dire che dal monitoraggio svolto dall'Osservatorio sull'università a partire dal 2014 sono oltre cinquemila le sentenze in materia – soprattutto del giudice amministrativo, ma non solo – e il numero delle decisioni aumenta in modo esponenziale se al computo si aggiungono anche le ordinanze e i decreti. Non vi è profilo ormai, in ambito universitario, che non venga deciso, in ultima istanza, in sede giurisdizionale, segno inequivocabile che l'intero sistema si trova in una situazione patologica e di tensione permanente².

A fronte di una tale mole di pronunce non sono mancati, nell'ultimo decennio, commenti e annotazioni da parte della dottrina. Si è trattato tuttavia di interventi occasionali e relativi soltanto ad alcune delle tante questioni che sono state oggetto di contenzioso in sede giurisdizionale. Carente, soprattutto, è stata un'indagine di ordine più generale sul contributo offerto dalla giurisprudenza allo sviluppo del diritto delle università. La mancanza di un'indagine di questo tipo ha contribuito a far perdere di vista l'evoluzione del quadro giuridico del sistema universitario per come esso è venuto delineandosi alla luce dell'attuazione della riforma e dei suoi progressivi aggiustamenti. Di qui l'idea di un progetto di ricerca che mettesse a fuoco in modo particolare il contributo della giurisprudenza allo sviluppo del diritto universitario.

Punto di partenza dell'analisi è stata una ricognizione a tutto campo della giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della riforma Gelmini. Nell'ambito di questo enorme materiale sono stati selezionati quei filoni giurisprudenziali concernenti aspetti sui quali più rilevante è apparso, *prima facie*, il contributo del giudice. In questa prospettiva è stato preso in esame anche il contenzioso relativo a profili della normativa universitaria che, pur non essendo stati direttamente oggetto di nuova disciplina ad opera della legge n. 240/2010, sono con essa strettamente connessi. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza in materia di accesso alle università. La disciplina relativa al

² A. SANDULLI, *Autonomia "negata" e autonomia "abusata" nelle università*, in *Munus*, n. 3/2017, V ss., in particolare VII.

“numero chiuso” è precedente alla riforma, ma le nuove norme sull’accreditamento dei corsi di studio hanno reso attuale il problema. La nuova normativa, infatti, ha imposto il rispetto di un rigido rapporto numerico docenti/studenti, pena, tra l’altro, il divieto di istituzione e accreditamento di nuovi corsi. Di conseguenza, alcune università, non potendo agire, se non limitatamente, sul numeratore del rapporto, sono intervenute fissando limiti all’accesso da parte degli studenti. La questione è stata in seguito “risolta” da un intervento politico che ha soppresso, a certe condizioni, il divieto di istituzione di nuovi corsi, ma la *querelle* giurisprudenziale rimane interessante. Da un lato, avendo la giurisprudenza assunto un orientamento rigoroso sulla possibilità per gli atenei di introdurre il numero chiuso, risulta evidente il disallineamento sistematico tra gli obiettivi fissati dal centro (MUR e AN-VUR) e l’effettiva disponibilità in capo agli atenei delle leve per raggiungere tali obiettivi. Dall’altro lato, come meglio si dirà appresso, in tale contenzioso, come pure in quello sulla contribuzione studentesca, emerge un nuovo protagonismo (in chiave conflittuale) degli studenti, il cui ruolo di portatori di interessi (*stakeholders*) si esprime in sede processuale prima e più che negli organi di governo.

D’altra parte, l’indagine svolta non esaurisce tutto lo spazio d’azione della giurisprudenza in materia di università. Altri temi, che pure sono stati oggetto di pronunce giurisprudenziali non prive di interesse (ad esempio in materia di diritto allo studio o di riparto dei fondi statali per le università, statali e non), non sono stati qui presi in considerazione. Del resto, un’indagine più estesa avrebbe richiesto tempi e risorse decisamente più consistenti di quelli che è stato possibile impiegare in questa circostanza. Nondimeno i temi di maggiore impatto per avviare una riflessione ampia sul ruolo della giurisprudenza nell’attuazione della riforma sono qui esaminati e consentono di formarsi almeno una prima idea sul contributo offerto dai giudici al definirsi del diritto universitario.

L’impostazione metodologica del volume riflette l’obiettivo di dare conto soprattutto del ruolo del giudice. In questa logica, ciascun saggio si occupa di uno specifico argomento del quale, dopo una sintetica ricostruzione della relativa normativa, viene offerta una sistemazione sul piano giurisprudenziale, accompagnata da un’analisi critica da parte di ciascun autore.

2. In che modo i giudici amministrativi hanno contribuito allo sviluppo del diritto universitario

L’esame della giurisprudenza mostra come nel diritto universitario, analogamente a quanto accade nel diritto amministrativo generale, il contributo della giurisprudenza sia stato decisivo su più versanti.

Anzitutto, a fronte di un ordinamento già storicamente caratterizzato da una disordinata e ipertrofica stratificazione normativa e ancor più aggrovigliata per effetto della legge 240 e dei suoi numerosi provvedimenti attuativi – decreti legislativi, regolamenti, decreti ministeriali, atti dell’ANVUR, statuti e regolamenti universitari³ – la giurisprudenza ha svolto un ruolo prima ancora che di interpretazione, di selezione delle norme da applicare al caso concreto. Si tratta di un’evenienza non nuova, già segnalata dalla dottrina in relazione al ruolo creativo del diritto amministrativo assolto dal Consiglio di Stato, in particolare laddove il sistema giuridico sia caratterizzato da una sovrabbondanza di leggi⁴. Anche nel diritto universitario è possibile riscontrare la medesima dinamica. Solo a titolo esemplificativo può citarsi un caso relativo alla materia dei concorsi. Com’è noto, con disposizione di dubbia opportunità, la legge Gelmini da un lato ha rimesso all’autonomia regolamentare delle singole università la disciplina delle chiamate e, dall’altro lato, ha previsto un meccanismo transitorio e derogatorio alla regola del concorso aperto all’esterno estendendo l’applicazione della procedura valutativa prevista per i ricercatori di tipo b) anche ai ricercatori a tempo indeterminato e ai professori associati già in servizio presso l’ateneo che abbiano conseguito l’abilitazione scientifica nazionale. Sulla base di tale deroga, è possibile – in forza del combinato disposto dei commi 5 e 6 dell’art. 24 – che la chiamata possa essere “individuale”, senza quindi alcuna procedura pubblica, che permetta ai soggetti qualificati di partecipare, né alcuna procedura comparativa, dal momento che viene prescelto un soggetto, valutato sulla base dei soli titoli e, in caso di esito positivo della valutazione, immesso nel nuovo ruolo.

A fronte di tali generiche previsioni legislative gli atenei hanno fissato regole concorsuali estremamente differenziate⁵. Con specifico riguardo al meccanismo derogatorio di cui all’art. 24, comma 6 della legge n. 240, alcune università hanno previsto delle vere e proprie procedure comparative cui possono partecipare tutti i candidati interni che abbiano conseguito l’abilitazione, mentre altre nulla hanno disposto per l’ipotesi che vi siano più candidati interni in possesso dei requisiti per poter essere chiamati. In quest’ultimo caso, reputando (condivisibilmente) doveroso assicurare a tutti i soggetti interessati la possibilità di presentare la domanda, il giudice amministrativo ha ritenuto che, in mancanza della fonte normativa universitaria, dovesse trovare applicazione il d.p.r. n. 117/2000,

³ G. VESPERINI, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2013, 947 ss.

⁴ S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.; ID., *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2020, 341 ss.

⁵ Su questo specifico profilo si vedano le considerazioni svolte da Beatrice Rabai e, se si vuole, da Alfredo Marra nei contributi qui pubblicati.

ossia un regolamento che, sebbene tutt'ora formalmente vigente, concerne le modalità di espletamento delle procedure di reclutamento dei ricercatori e dei professori secondo il sistema previgente alla legge n. 240/2010⁶. In tal modo il giudice ha integrato la disciplina dettata dall'art. 24, comma 6 alla luce dei principi di imparzialità e trasparenza desunti dal d.p.r. n. 117/2000 assunto a vero e proprio parametro di riferimento per valutare la legittimità della procedura posta in essere dalle università.

La giurisprudenza ha svolto poi un ruolo di stimolo nei confronti del legislatore rispetto a taluni profili della normativa di dubbia o problematica interpretazione. Anche qui gli esempi sono numerosi. Basti pensare alla questione dei requisiti per poter essere nominati commissari ASN, alla necessità della presenza di un commissario straniero, al tema della maggioranza necessaria, all'interno della commissione, per ritenere conseguita l'abilitazione⁷. Con riguardo a questi e ad altri casi è capitato di frequente che, dopo gli interventi del giudice, il legislatore o il ministero siano intervenuti a correggere la normativa di riferimento⁸. E non è improbabile che nuovi interventi correttivi saranno apportati alla luce della più recente giurisprudenza in materia di contributi studenteschi⁹. Sotto altro profilo i giudici hanno contribuito a riempire le lacune presenti nella normativa. Per quanto, come detto, il quadro normativo sia particolarmente copioso e dettagliato, regolamentare ogni aspetto della vita universitaria è impossibile (e, a ben vedere, neanche auspicabile). L'impianto della legge n. 240 è chiaramente ispirato a un intento, se non punitivo, quantomeno di sfiducia nelle capacità delle università di correggere autonomamente le storture esistenti nel sistema. Di conseguenza il legislatore della riforma ha dettato molte norme volte soprattutto a responsabilizzare le università e gli accademici nella logica della c.d. *accountability* sia sul piano istituzionale – si pensi alla riforma della *governance* o alla valutazione, per il modo in cui è stata declinata dall'ANVUR nei suoi primi anni di attività – sia sul piano dei comportamenti individuali – non è un caso, ad esempio, che ben prima che la legge Severino prevedesse l'obbligo per tutte le amministrazioni di dotarsi di un codice di comportamento, la legge Gelmini abbia previsto l'obbligo di intro-

⁶TAR Piemonte, sez. I, 20 gennaio 2016 n. 35, TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 20 marzo 2017, n. 3720. Cfr. anche TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 novembre 2015, n. 2440, confermata dal Cons. Stato, sez. VI, con sentenza del 20 aprile 2017, n. 1856 nonché TAR Lombardia, Milano, sez. III, 1° agosto 2019, n. 1809.

⁷Su questi profili si veda ancora il contributo di Beatrice Rabai in questo volume.

⁸Nuove modifiche alla legge n. 240/2010 sono state apportate ancora recentemente dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76. In particolare l'art. 19 ha previsto modifiche, tra l'altro, in tema di *governance*, in ordine alla nozione di soggetti esterni cui riservare una parte dei concorsi banditi dalle università, in tema di durata degli assegni di ricerca, di durata dei contratti di ricercatore di tipo b, di accreditamento dei corsi universitari.

⁹Si veda sul punto il contributo di Alessandro Squazzoni in questo volume.

durre nelle università un codice etico. E la tendenza alla moralizzazione per via burocratica è stata poi ulteriormente accentuata dal MIUR e dall’Autorità Nazionale Anticorruzione¹⁰ –.

Nonostante, sul punto, esista una regolamentazione minuta e capillare anche in questo ambito le lacune non mancano ed è stato il giudice a colmarle. Sul piano istituzionale si può segnalare il caso della creazione da parte dell’ANVUR della classificazione delle riviste scientifiche nei settori c.d. non bibliometrici¹¹. In mancanza di una norma primaria attributiva di un tale potere in capo all’Agenzia, il giudice amministrativo ha ritenuto che il potere di classificazione delle riviste dovesse essere implicitamente ricompreso nell’ambito delle competenze di ausilio tecnico che l’Agenzia esercita nei confronti del Ministero e al limitato fine di valutazione di idoneità di candidati e commissari a partecipare alle procedure di abilitazione scientifica nazionale.

Sul piano individuale si può invece di ricordare quella giurisprudenza che, sulla base di una interpretazione analogica, ha esteso la portata della clausola di cui all’art. 18, comma 1, lett. b) e c) che vieta la partecipazione ai procedimenti per la chiamata a coloro che abbiano un grado di parentela o affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata ovvero con il rettore o il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione dell’ateneo. La giurisprudenza ha infatti esteso la portata applicativa della norma sia dal punto di vista soggettivo (è il caso del coniuge¹² o del c.d. “parente 0”) sia dal punto di vista oggettivo, ossia a procedimenti concorsuali diversi da quelli di cui all’art. 18¹³.

Infine, la giurisprudenza ha svolto una funzione di legittimazione di alcuni cambiamenti in atto e, in qualche caso, anche di accelerazione degli stessi. Si è già accennato, ad esempio, al sostanziale riconoscimento da parte del giudice amministrativo del ruolo dell’ANVUR (sebbene con alcune riserve in ordine al modo di operare dell’Agenzia), come pure del nuovo ruolo assunto dagli studenti-*stakeholders* in sede di contenzioso sulla determinazione delle tasse uni-

¹⁰Cfr. Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione (delibera dell’ANAC n. 1208 del 22 novembre 2017) nonché l’atto di indirizzo del ministro dell’università del 14 maggio 2018 n. 39. Si veda anche il successivo accordo siglato tra ANAC e MIUR nell’agosto 2019.

¹¹Si veda sul punto il contributo di Monica Delsignore in questo volume.

¹²In relazione al rapporto di coniugio, tuttavia, com’è noto, è in seguito intervenuta la Corte costituzionale che, con sentenza 9 aprile 2019, n. 78, ha ritenuto non irragionevole la norma nella parte in cui non comprende il coniuge nell’elenco dei soggetti esclusi dalla partecipazione alle procedure di chiamata. A seguito di questa pronuncia il MIUR ha invitato gli atenei a verificare le disposizioni previste nei propri Regolamenti al fine di rendere coerenti gli stessi con il principio espresso dalla Corte.

¹³Per questi orientamenti giurisprudenziali e per una più diffusa disamina della sentenza della Corte costituzionale si veda ancora il contributo di Beatrice Rabai.

versitarie. Ma il contributo più significativo è probabilmente quello offerto dalla giurisprudenza in tema di natura delle università libere¹⁴.

Se anteriormente alla riforma del 2010 era pressoché pacifico in giurisprudenza che anche le università sorte per iniziativa di soggetti privati fossero considerate enti pubblici non economici, negli anni recenti si è affermato l'orientamento opposto. Per quanto questo cambio di visione risenta del carattere occasionale e contingente delle questioni sottoposte al suo esame, le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza assumono un valore più generale e un significato potenzialmente dirompente, soprattutto in un contesto, quello attuale, sempre più ispirato a paradigmi di mercato. Nel momento in cui si spezza l'unitarietà di scopo del sistema universitario e si ammette come legittima la presenza di soggetti puramente privati – che possono addirittura perseguire finalità lucrative – è l'intero sistema a uscirne trasformato. In un contesto competitivo che mima il mercato il posizionamento di università private e di università pubbliche è frutto di un'influenza reciproca e il prodotto da esse offerto varia a seconda delle caratteristiche del mercato stesso. Se, ad esempio, sulle università pubbliche gravano una serie di vincoli funzionali al soddisfacimento degli obblighi di servizio pubblico e tali da limitare sensibilmente la loro autonomia – si pensi ad esempio ai limiti all'introduzione di meccanismi selettivi degli studenti in ingresso o ai limiti all'aumento della contribuzione studentesca – le università private tenderanno a posizionarsi nel segmento alto del mercato e quindi ad attrarre studenti di buona origine sociale, culturale ed economica. Il privato, cioè, tenderà ad occupare quella parte del “mercato” che non è già coperta dal pubblico – come accaduto, con riferimento all'insegnamento a distanza, con le università telematiche – e a rivendicare per sé una regolazione meno pervasiva e comunque diversa rispetto a quella relativa alle università pubbliche (nel caso delle università telematiche tale regolazione è pressoché inesistente). In un contesto del genere, la missione unitaria delle università come “luogo di apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze” in funzione del “progresso culturale, civile ed economico della Repubblica” rischia di smarrirsi a vantaggio di una frammentazione del sistema che mette in crisi la nozione stessa di università¹⁵.

3. Conclusioni

Si diceva come il vasto contenzioso in sede giurisdizionale sia la spia di una tensione che attraversa il sistema universitario a tutti i livelli. Il processo davanti al giudice è sempre il terminale di un conflitto che ha radici altrove e quindi oc-

¹⁴ V. il contributo di Margherita Ramajoli in questo volume.

¹⁵ Cfr. sul punto A. SANDULLI, *L'arcipelago delle università non statali*, in *Munus*, 2015, 609 ss.

corre chiedersi quali siano le cause profonde di esso. Le ragioni all'origine delle tensioni sono almeno tre. La prima è che l'ordinamento universitario è un caos. Troppe le norme dettate dal legislatore, dal ministero, dall'ANVUR, dalle stesse università. Le norme sono stratificate, contraddittorie, scarsamente coordinate tra loro in un groviglio di disciplina di assai difficile comprensione. Oltre ad essere oggetto di un ordinamento speciale, inoltre, le università sono destinatarie di un'enorme quantità di regole che il legislatore detta in generale per tutte le pubbliche amministrazioni. Si pensi alla normativa sulla trasparenza e sull'anticorruzione, sul procedimento amministrativo, sui contratti pubblici, sull'amministrazione digitale, sul pubblico impiego, eccetera. D'altra parte, paradossalmente, vi sono nell'ordinamento universitario dei veri e propri vuoti di regolamentazione. La scarsa disciplina delle università telematiche ne è l'esempio più clamoroso, ma non l'unico.

La seconda ragione, come detto, è che il sistema universitario sta via via perdendo i caratteri di un *sistema* e sempre più assumendo i tratti di un "mercato" nel quale i soggetti che in esso operano si trovano in costante competizione tra loro sia per ciò che concerne l'attrattività degli studenti sia per l'ottenimento dei finanziamenti statali o derivanti dalle attività di ricerca su commissione. Tale competizione, tuttavia, da un lato non sembra aver prodotto gli effetti benefici che i suoi sostenitori auspicavano¹⁶, dall'altro lato ha sicuramente determinato alcuni effetti indesiderati come l'aumento del divario territoriale Nord-Sud, un indebolimento delle discipline umanistiche e sociali, un aumento delle migrazioni interne degli studenti¹⁷. Soprattutto, nel "mercato" dell'istruzione superiore, le forme della competizione sono amministrate dal centro statale, in particolare dall'ANVUR, senza che l'Agenzia assicuri dal punto di vista organizzatorio le garanzie di un'autorità indipendente e dal punto di vista dell'azione quelle del giusto procedimento. Conseguentemente, e inevitabilmente, le scelte regolatorie da essa poste in essere sono frequentemente oggetto di contestazione da parte dei vari attori del sistema.

La terza ragione è lo svilimento della figura del professore universitario e della classe docente e il conseguente indebolimento, sul piano istituzionale, del ruolo delle società scientifiche. Per quanto la riforma del 2010 sia stata realizzata (e sostenuta dal punto di vista della comunicazione pubblica) a partire da una narrazione strumentale delle università come regno del nepotismo e dell'inefficienza, è anche vero che l'accademia ha perso autorevolezza innanzitutto perché non è stata in grado di dominare dall'interno le trasforma-

¹⁶ Cfr. tuttavia D. CHECCHI, P. MICCOLI, A.F. URICCHIO, *La ricerca italiana si fa strada nel mondo* e ID., *Atenei italiani in crescita nei ranking ma non basta*, entrambi pubblicati in *Lavorce.info* (rispettivamente 13 luglio 2020 e il 20 luglio 2020).

¹⁷ G. VIESTI (a cura di), *Università in declino. Un'indagine sugli atenei da Nord a Sud*, Roma, 2016. ID., *La laurea negata. Le politiche contro l'istruzione universitaria*, Roma-Bari, 2018.

zioni che l'istruzione superiore stava vivendo, a partire dall'avvento dell'università di massa.

Se queste sono le cause, i rimedi sarebbero, a parole, semplici e sono già stati individuati dalla dottrina più attenta a partire dalla necessità di varare un Testo Unico sull'università che sistematizzi e metta in ordine le troppe norme vigenti, fino al ripensamento del centro statale e ai rispettivi ruoli del Ministero, dell'ANVUR, del CUN e della CRUI. Se tali proposte non hanno ancora visto la luce, peraltro, ciò dipende anche dalla comunità accademica e dalla coscienza, ancora troppo debole, che essa ha di se stessa e del suo ruolo sociale.

L'AUTONOMIA STATUTARIA E LA GOVERNANCE DELLE UNIVERSITÀ

Alfredo Marra

SOMMARIO: 1. La riforma della *governance* nella legge n. 240/2010. – 2. Dalla legge agli statuti: cenni al processo attuativo. – 3. La riforma della *governance* nella giurisprudenza: il consiglio di amministrazione. – 4. Il direttore generale. – 5. Il ruolo dei dipartimenti. – 6. Conclusioni.

1. *La riforma della governance nella legge n. 240/2010*

La riforma della *governance* delle università ha rappresentato uno degli assi portanti della legge n. 240/2010. Sulla base dei criteri e dei principi direttivi dettati da legge, infatti, le università hanno dovuto modificare i propri statuti in materia di organi di governo e di organizzazione interna¹. Prima di esaminare la giurisprudenza in materia e al fine di meglio comprendere il contributo che essa ha offerto (o non ha offerto) al delinearsi dell'autonomia normativa delle univer-

¹ I commenti alle norme in materia di riforma della *governance* sono numerosi. Tra i tanti, si vedano almeno: F. MERLONI, *La nuova governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2011, 3535 ss.; ID., *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane*, in *Dir. pubbl.*, 3/2010, 703 ss.; S. BATTINI, *La nuova governance delle università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2011, 35 ss.; E. CARLONI, *La governance delle università: l'autonomia, le riforme e i modelli*, in E. CARLONI, P. FORTE, C. MARZUOLI, G. VESPERINI (a cura di), *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, 2011, 37 ss.; P. G. RINALDI, *La governance interna delle università e il principio dell'autonomia universitaria*, *ivi*, 51 ss.; E. FOLLIERI, *Ambiti di autonomia universitaria sulle modifiche dello statuto in attuazione della legge n. 240/2010*, in M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'università tra legge e statuti*, Milano, 2011, 89 ss.; A. POLICE, *Quale legittimità per la nuova governance universitaria?*, in M. D'ORSOGNA, E.P. GUISELIN, S. CIMINI, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, I, Napoli, 2013, 49 ss.; R. DIPACE, *Il governo delle università e la modalità di ripartizione dei poteri e delle competenze*, *ivi*, 163 ss. M. COSULICH, *Profili giuridici dell'articolazione interna degli atenei*, in A. ARCARI, G. GRASSO, *Ripensare l'università*, Milano, 2011, 65 ss.; A. ARCARI, *La riorganizzazione interna degli atenei statali*, *ivi*, 79 ss. Più di recente è tornato sul tema della *governance* "alta" P. CERBO, *Organizzazione e autogoverno delle Università statali dopo la legge n. 240/2010*, in A. MARRA (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, Roma, 2020, 35 ss.

sità sullo specifico versante dell'autogoverno, è opportuno richiamare brevemente i contenuti della legge e le ragioni che l'hanno ispirata.

La riforma, com'è noto, ha previsto sei organi necessari: il rettore, il senato accademico, il consiglio di amministrazione, il collegio dei revisori dei conti, il nucleo di valutazione e il direttore generale. Quanto all'articolazione interna la legge ha poi stabilito la concentrazione in capo al dipartimento delle funzioni finalizzate allo svolgimento della ricerca scientifica, delle attività didattiche e delle attività rivolte all'esterno, fatta salva la possibilità di istituire tra più dipartimenti strutture di raccordo per il coordinamento delle attività didattiche e di gestione di servizi comuni.

Alla base delle richieste modifiche statutarie vi era anzitutto la convinzione dell'inadeguatezza dell'assetto di *governance* precedente ad assicurare un esercizio ottimale delle funzioni di indirizzo, gestione e controllo. Dopo la riforma Ruberti del 1989, infatti, l'intera organizzazione delle università era stata improntata alla logica della rappresentanza democratico-corporativa di tutte le varie componenti presenti nella comunità accademica (docenti appartenenti alle varie aree disciplinari, a loro volta distinti in ordinari, associati, ricercatori, personale tecnico e amministrativo, studenti), ciascuna delle quali era (ed è), per sua natura, portatrice – e a volte prigioniera – di una visione e di interessi propri². Da qui, conseguentemente, la difficoltà di comporre la frammentazione, di compiere scelte selettive nell'interesse generale nonché di rendere l'università responsabile (*accountable*) verso l'esterno.

Una riforma della *governance*, d'altra parte, era ritenuta necessaria per adeguare l'Università italiana ai mutamenti che in tutta Europa avevano interessato o stavano interessando i sistemi di istruzione superiore, a seguito dell'intrecciarsi di diversi fenomeni sociali, culturali ed economici: dalla crescita della domanda sociale di istruzione superiore alla diffusione di nuovi paradigmi culturali (*knowledge society* e *knowledge economy*), dalla richiesta alle università di essere motori di sviluppo economico alla crisi del *welfare State*³. Tali mutamenti, in

² Causticamente MARINO REGINI, in A. ICHINO, D. TERLIZZESE, M. REGINI, *Sulla riforma Gelmini*, in *Il Mulino*, n. 1/2012, 157 afferma: "Ciò che veniva chiamato «gestione democratica e collegiale» degli atenei era in realtà una gestione basata su un macroscopico conflitto di interessi: gli organi decisionali che dovevano decidere sull'allocazione delle risorse (fondi, reclutamento ecc.) erano composti dai rappresentanti eletti di quelle strutture (facoltà, dipartimenti ecc.) che le risorse le richiedevano e le utilizzavano. Inoltre, la collegialità degli organi decisionali in cui tutti erano rappresentati impediva di fatto ogni selezione in base al merito, o a qualunque altro criterio comportasse decisioni selettive, per favorire invece meccanismi spartitori tesi a non scontentare nessuno, e quindi a conservare e riprodurre l'esistente". Di valore essenzialmente retorico dei termini "autogoverno", "democrazia" e "collegialità" parla G. CAPANO, *Il governo degli atenei*, in R. MOSCATI, M. VAIRA (a cura di), *L'università di fronte al cambiamento*, Bologna, 2008, 117 ss. nonché ID., *Il governo delle università in Italia: problemi istituzionali e amministrativi*, in G. CAPANO, G. TOGNON, *La crisi del potere accademico in Italia*, Bologna, 2008, 29 ss. V. anche A. PALETTA, *Il governo dell'università*, Bologna, 2009.

³ Tra i tanti che si sono occupati del tema, G. CAPANO, M. REGINI, M. TURRI, *Changing*

estrema sintesi, richiedevano all'interno delle università lo sviluppo di una cultura manageriale e una maggiore verticalizzazione delle decisioni.

Per realizzare questi obiettivi la legge ha previsto anzitutto di distinguere in modo netto tra le funzioni del senato accademico e del consiglio di amministrazione, riservando al primo, in quanto espressione delle diverse istanze della comunità scientifica ed accademica, funzioni consultive, di proposta e normative in materia di didattica e ricerca e attribuendo al secondo il compito di delineare l'indirizzo strategico dell'ateneo nel suo complesso e di assicurare una prudente e attenta gestione delle risorse economiche e finanziarie. Una più marcata distinzione delle funzioni del senato e del consiglio, d'altra parte, era già presente nell'assetto di governo delle università risultante dalle normative più risalenti e ad essa corrispondeva una diversa composizione dei due organi. In seguito, tuttavia, anche a causa di successive stratificazioni normative, tale distinzione è andata perdendosi, con l'effetto che tra senato e consiglio era venuto a crearsi sostanzialmente un bicameralismo paritario.

Quanto alla composizione degli organi, la legge del 2010 ha previsto che il senato sia composto "su base elettiva", in un numero di membri proporzionato alle dimensioni dell'ateneo e non superiore alle trentacinque unità. Inoltre, come minimo due terzi dei senatori devono essere docenti di ruolo, almeno un terzo dei quali direttori di dipartimento, eletti in modo da rispettare le diverse aree scientifico-disciplinari dell'ateneo. Il consiglio di amministrazione, invece, deve essere composto da un massimo di undici componenti, tra i quali il rettore, membro di diritto, e una rappresentanza elettiva degli studenti, mentre gli altri componenti devono essere "designati o scelti", secondo modalità previste dallo statuto tra candidature di personalità "in possesso di comprovata competenza in campo gestionale ovvero di un'esperienza professionale di alto livello con una necessaria attenzione alla qualificazione scientifica culturale"⁴. Almeno tre componenti del consiglio, diversi dal rettore e dagli studenti, devono, inoltre, essere esterni ai ruoli dell'ateneo. La legge ha anche rimesso agli statuti la possibilità di affidare a uno dei componenti esterni invece che al rettore la presidenza del consiglio di amministrazione.

Diversa dunque è la legittimazione dei due organi: nel caso del senato la legittimazione deriva dalla rappresentanza della comunità accademica e, in particolare, delle diverse aree scientifico-disciplinari dell'ateneo. Per il consiglio di

Governance in Universities. Italian Higher education in comparative perspective, London, 2016; C. PARADEISE, E. REALE, I BLEIKLE, E. FERIE (a cura di), *University Governance: Western European Perspectives*, Dordrecht, 2009; L. MARRUCCI, *Come si governano le università degli altri. Una prospettiva comparata*, in G. CAPANO, G. TOGNON (a cura di), *La crisi del potere accademico in Italia*, cit., 135 ss. Da ultimo, M. REGINI, *I cambiamenti dell'università italiana in un quadro comparato*, in A. MARRA (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, cit., 19 ss.

⁴ Così l'art. 2, comma 1, lett. i).

amministrazione, invece, la legittimazione deriva da una qualificata competenza tecnica in campo gestionale o professionale⁵.

Al crocevia tra senato e consiglio di amministrazione si trova il rettore, vero e proprio fulcro del nuovo assetto di governo disegnato dal legislatore. Al rettore la legge attribuisce i poteri che questi già esercitava, di fatto, nell'assetto precedente, confermando così in capo ad esso un insieme disomogeneo di competenze di indirizzo, di impulso e di proposta con altre di minuta gestione. Inoltre, al rettore sono assegnate dalla legge in via residuale tutte le funzioni che non siano espressamente attribuite ad altri organi. A differenza che in passato, però, il rettore può rimanere in carica per un solo mandato, di sei anni, non rinnovabile. Inoltre – e anche questa rappresenta una novità che indica una tendenza a trasformare il ruolo di rettore in quello di un vero e proprio manager – la legge ammette che possa essere eletto rettore un professore ordinario appartenente ad un altro ateneo.

Ancora nella logica della managerializzazione è da segnalare l'introduzione della figura del direttore generale in luogo del direttore amministrativo⁶. Il conferimento dell'incarico di direttore generale – da scegliere tra personalità di elevata qualificazione professionale e comprovata esperienza pluriennale con funzioni dirigenziali – spetta al consiglio di amministrazione su proposta del rettore e previo parere del senato. Al direttore generale, il cui incarico può avere una durata massima di quattro anni, rinnovabili, compete la complessiva gestione e organizzazione dei servizi, delle risorse strumentali e del personale tecnico e amministrativo dell'ateneo, sulla base degli indirizzi forniti dal consiglio di amministrazione, nonché i compiti, in quanto compatibili, di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 165/2001.

A completare il quadro degli organi necessari si pongono, infine, il collegio dei revisori dei conti e il nucleo di valutazione sui quali, tuttavia, non occorre soffermarsi in questa sede.

Qualche breve cenno, invece, deve essere dedicato all'organizzazione interna. Come si è detto, la legge ha abolito le vecchie facoltà e ha risolto la dicotomia didattica-ricerca – cui corrispondevano, nella vecchia università, facoltà e dipartimenti – concentrando in capo a questi ultimi le funzioni relative alla didattica, alla ricerca e alle attività rivolte all'esterno⁷. Secondo la legge, i di-

⁵ Già F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle università*, in *Dir. amm.*, 2008, 739 ss., in particolare 754, sosteneva che “la gestione di una università orientata alla ricerca (ivi compreso il reclutamento di docenti e ricercatori) non può essere lasciata all'autogoverno corporativo, bensì affidata ad organi imprenditoriali sotto la vigilanza di organi corporativi”.

⁶ Sul direttore generale si vedano in particolare i saggi contenuti nel volume di S. MAINARDI, C. PICCARDO, E. PERITI (a cura di), *Il governo manageriale delle Università. Dal Direttore amministrativo al Direttore generale*, Bologna, 2013, nonché, se si vuole, A. MARRA, *Il Direttore generale e i dirigenti nella nuova governance delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2012, 1144.

⁷ Il superamento del dualismo facoltà/dipartimento a vantaggio di un'unica struttura di base a capo delle quali porre figure di responsabili non necessariamente eletti, ma anche nominati era già

partimenti devono essere costituiti sulla base di criteri di omogeneità scientifico-disciplinare e devono avere un numero minimo di afferenti. Scopo di queste previsioni è quello di semplificare l'organizzazione interna attraverso la creazione di un'unica struttura di base che, a differenza delle facoltà, si caratterizza per il primato della ricerca rispetto alla didattica. Nel concreto, peraltro, tale modifica appare funzionale, oltre che a fare massa critica nei settori di ricerca, anche alla razionalizzazione dell'organizzazione della stessa didattica e della programmazione degli organici. La costituzione di dipartimenti scientificamente omogenei, ossia fondati sull'appartenenza dei suoi componenti a una determinata area scientifica, infatti, avrebbe dovuto per un verso consentire di evitare una crescita disordinata degli organici del medesimo settore scientifico disciplinare (come invece avveniva al tempo delle facoltà) e, per altro verso, evitare fenomeni di sovrapposizione dell'offerta formativa e, al contempo, favorire un'ottimale distribuzione dei carichi didattici tra i diversi corsi di studio, utilizzando al meglio le risorse di personale presenti nell'ateneo. In questa prospettiva, sopresse le facoltà, la competenza in tema di reclutamento è attribuita ai dipartimenti, sebbene spettino al consiglio di amministrazione, a monte, la programmazione del personale – compresa la formulazione delle strategie e dei criteri generali per il reclutamento e per la distribuzione dei punti organico ai dipartimenti – e, a valle, l'approvazione della proposta di chiamata formulata dal dipartimento.

In definitiva, la legge di riforma aveva l'esplicito intento di accrescere il grado di verticalizzazione del potere e degli assetti di governo in funzione di una più efficiente capacità decisionale. A tal fine, essa ha imposto di modificare la struttura e la distribuzione del potere all'interno delle università, assegnando un ruolo di maggior rilievo al rettore e al consiglio di amministrazione, a scapito del senato, e valorizzando il ruolo dei dipartimenti in luogo delle vecchie facoltà. In questo modo, com'è stato osservato da più parti, i vincoli legislativi all'autonomia delle università di darsi ordinamenti autonomi, in relazione alla forma di governo, sono sensibilmente aumentati anche se, paradossalmente, la fissazione di tali limiti è stata dettata proprio dall'intento di favorire l'estrinsecarsi della capacità di compiere scelte autonome nell'interesse dell'università-istituzione complessivamente considerata.

2. Dalla legge agli statuti: cenni al processo attuativo

Se dal piano legislativo si passa a quello attuativo e quindi al modo in cui le università hanno effettivamente dato corpo alla riforma attraverso la riscrittura dei propri statuti, è possibile constatare come la pervasività dei vincoli normativi

stata avanzata nella dottrina giuspubblicistica. Si vedano al riguardo M. CAMELLI, F. MERLONI, *Università e sistema della ricerca. Proposte per cambiare*, Bologna, 2006, 110.

sopra richiamati non abbia impedito l'adozione da parte degli atenei di soluzioni organizzative diversificate, sia sul versante della *governance* "alta" sia per quanto concerne l'organizzazione interna. Tale differenziazione emerge con ancora maggiore chiarezza da quelle indagini che, non limitandosi esclusivamente all'analisi letterale delle norme statutarie, si preoccupano di studiare la *governance* propriamente intesa, ossia il modo con cui, in concreto, si articolano le relazioni tra i vari organi dell'ateneo⁸.

Per limitarsi a qualche rapido esempio, si può ricordare come la più netta ripartizione delle competenze tra senato e consiglio di amministrazione non abbia impedito ad alcuni atenei di adottare soluzioni, per così dire, "conservative", vuoi specificando e ampliando le competenze del senato, oltre quelle già previste dalla legge, mediante la previsione di ulteriori poteri consultivi e di proposta nei confronti del consiglio di amministrazione⁹ vuoi, talvolta, attraverso l'istituzione di un organo *ad hoc* cui partecipano tutti i direttori di dipartimento e che ricorda molto il "vecchio" senato accademico nel quale sedevano tutti i presidi di facoltà¹⁰. In tal modo si è potuto mantenere, sia pure nei più stretti limiti consentiti dalla legge, un qualche ruolo co-decisionale all'organo rappresentativo della comunità accademica nel suo complesso (senato) e/o si è potuto coinvolgere nel processo decisionale, anche al di là delle competenze formali, i rappresentanti dei singoli dipartimenti (conferenza dei direttori). Per contro, si possono richiamare altri casi nei quali, sia nella lettera delle disposizioni statutarie, puramente ripetitive di quanto previsto dalla legge, sia nella prassi concreta, il ruolo del senato è stato largamente marginalizzato, a vantaggio, appunto, della conferenza dei direttori o anche per effetto della successiva creazione di un nuovo organo, il presidio di qualità della didattica, non previsto dalla legge n. 240 e istituito, curiosamente, sulla base di un'indicazione dell'ANVUR.

⁸ La varietà di soluzioni adottate dagli statuti è descritta ed esaminata in un'indagine promossa dalla fondazione CRUI nel 2015. Sebbene non più recentissima, i dati di quella indagine sono comunque molto utili ad offrire un quadro d'insieme dell'attuazione della riforma della *governance* non soltanto sul piano dell'analisi degli statuti, ma anche della prassi. Cfr. M. REGINI, G. CAPANO, *Come cambia la governance. Università italiane ed europee al confronto*, in https://www.cru.it/images/allegati/pubblicazioni/2015/manoscritto_capano_regini_2015_04_1.pdf.

⁹ A titolo puramente esemplificativo si veda lo statuto dell'Università di Firenze, il cui art. 13 prevede che il senato accademico "svolge funzioni di coordinamento con i Dipartimenti e con le Scuole e propone al Consiglio di Amministrazione criteri, elaborati sulla base di indicatori, per la ripartizione, tra i Dipartimenti, dei posti di ruolo del personale docente e ricercatore e del personale docente a contratto addetto alle attività didattiche, nonché per la ripartizione di borse di dottorato e di assegni di ricerca".

¹⁰ Cfr. ad esempio lo statuto dell'università di Roma la Sapienza, all'art. 23, dov'è previsto che "il Collegio svolge funzioni consultive sui Regolamenti dei Dipartimenti, sulla programmazione dell'attività di ricerca scientifica e di terza missione, sulla destinazione delle risorse per la ricerca e per le attrezzature e sull'organizzazione delle strutture scientifiche" e nell'ambito di tale attività consultiva propone gli indicatori per l'assegnazione ai dipartimenti della dotazione organica e del budget del personale tecnico e amministrativo.

Quanto al consiglio di amministrazione – in disparte alla diversa numerosità e composizione di esso nei vari statuti – una sostanziale diversità di impostazioni riguarda le modalità di scelta dei componenti. Mentre in alcuni statuti è previsto – ancora una volta perpetuando uno schema del passato – che i membri del CdA, in particolare i membri interni, siano eletti da parte della comunità universitaria, in altri statuti il potere di scegliere i titolari della carica è attribuito tendenzialmente al senato, generalmente sulla base di una rosa di candidature selezionate dal rettore tra quelle pervenute¹¹.

Anche con riguardo al direttore generale si registrano opzioni differenti. Al di là del fatto che alcuni statuti lo inseriscono tra gli organi di ateneo e altri in un apposito titolo dedicato all'organizzazione o all'amministrazione, è interessante notare che la legge ha lasciato alla libera scelta degli statuti di determinare la definizione delle modalità di conferimento dell'incarico. Un profilo, quest'ultimo, che, a seconda di come è stato declinato negli statuti e nella prassi, può rafforzare o, viceversa, indebolire la distinzione tra indirizzo e gestione e l'autonomia del direttore generale rispetto al rettore¹².

Infine, per quanto concerne l'organizzazione interna, diverso è stato il modo con cui gli atenei hanno dato attuazione alla legge: in talune università, soprattutto quelle di minori dimensioni, i dipartimenti sono stati spesso una mera trasposizione delle vecchie facoltà, con l'effetto che gli afferenti al dipartimento appartengono ad aree scientifiche (anche molto) diverse e che l'elemento unificante è costituito dalla didattica più che dalla ricerca. In altri casi, soprattutto dove la numerosità del corpo docente ha consentito la formazione di dipartimenti maggiormente omogenei sul piano scientifico, si è provveduto alla costituzione di strutture di raccordo (scuole o facoltà) le cui competenze, tuttavia, sono estremamente variegate da ateneo ad ateneo.

3. La riforma della governance nella giurisprudenza: il consiglio di amministrazione

Malgrado la prescrittività della legge, dunque, gli atenei hanno conservato dei margini di autonomia nel riscrivere i propri statuti e nel definire, in concreto, l'assetto della *governance*. Che spazi di autonomia vi fossero, d'altra parte, è indirettamente confermato proprio dal fatto che talune scelte operate dalle università sono state oggetto di contestazione da parte dall'allora ministero dell'istruzione, università e ricerca scientifica (MIUR) nonché dal fatto che tali

¹¹ La prima soluzione è stata adottata, ad esempio, dall'università Federico II di Napoli, mentre la seconda, tra le altre, dall'università di Bologna.

¹² Per un'analisi delle varie opzioni statutarie sia consentito rinviare a A. MARRA, *Il Direttore generale e i dirigenti nella nuova governance delle università*, cit.

scelte – laddove le università non si sono spontaneamente conformate ai rilievi sollevati dal ministero – sono state ritenute legittime dal giudice amministrativo¹³. Come tra breve si dirà, il contezioso ha avuto ad oggetto, in particolare, le norme di quegli statuti che hanno previsto l'eleggibilità dei componenti del consiglio di amministrazione. Ancor prima, però, deve anche darsi conto dell'impugnativa da parte del MIUR di uno statuto universitario che attribuiva al rettore il potere di scegliere tutti i membri del consiglio di amministrazione, ad eccezione dei rappresentanti degli studenti¹⁴. Tale censura non è stata esaminata nel merito dal giudice amministrativo che, con una decisione criticabile, ha ritenuto il ricorso radicalmente inammissibile per difetto di legittimazione del ministero¹⁵. Ad avviso del giudice, infatti, la competenza a formulare i rilievi nei confronti dello statuto spettava al ministro, con la conseguenza che, non essendo state formulate le contestazioni nella forma del decreto ministeriale, il potere di controllo doveva ritenersi irrimediabilmente consumato. Per l'effetto, divenuto efficace lo statuto, anche la possibilità dell'impugnativa ministeriale doveva – secondo il TAR – ritenersi preclusa¹⁶. Sul punto si avrà modo di tornare più avanti. Per il momento ci si limita a segnalare che, sotto lo specifico profilo della competenza all'adozione dei rilievi, tale pronuncia è rimasta isolata. La giurisprudenza successiva, infatti, ha ritenuto del tutto legittimo, alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione,

¹³ Giova al riguardo ricordare che, ai sensi dell'art. 2, comma 7, della legge Gelmini, i nuovi statuti dovevano essere trasmessi al ministero che avrebbe esercitato il controllo di cui all'art. 6 della legge Ruberti nel termine di 120 giorni. La norma da ultimo richiamata prevede a sua volta che il ministro eserciti sugli statuti un controllo di legittimità e di merito e possa, per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti indicando le norme ritenute illegittime e quelle da riesaminare nel merito. A fronte di tali rilievi, le università possono non conformarsi a quanto richiesto dal ministero e mantenere le norme statutarie contestate se vi è l'approvazione – per i rilievi di legittimità a maggioranza qualificata dei tre quinti – da parte degli organi competenti. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l'atto emanato dal rettore in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità.

¹⁴ Così prevedeva l'art. 8 dello statuto dell'Università di Catania, emanato con d.r. del 28 novembre 2011. La norma è stata modificata nel 2014 ed è stato previsto che soltanto i membri esterni siano individuati dal rettore, mentre i cinque interni sono scelti dal senato accademico. Che oggetto dell'impugnativa fosse (anche) la norma statutaria citata è circostanza menzionata da R. CALVANO, *L'autonomia universitaria stretta tra legislatore e giudici amministrativi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 6.

¹⁵ TAR Sicilia, Catania, sez. III, 18 settembre 2012, n. 2181.

¹⁶ La sentenza è censurabile nella misura in cui ritiene del tutto irrilevante dal punto di vista giuridico la nota dirigenziale con la quale il ministero aveva mosso contestazioni all'università. Infatti, anche a voler considerare fondata la censura di incompetenza (il che è già di per sé discutibile) la nota del ministero non poteva considerarsi nulla, ma al più annullabile per incompetenza e, come tale, produttiva di effetti. Ne discende che l'università non poteva pubblicare lo statuto in Gazzetta Ufficiale prima di aver riapprovato le norme statutarie contestate con le maggioranze richieste dalla legge.

che le contestazioni nei confronti degli statuti fossero state mosse con atto del direttore generale invece che con decreto del ministro¹⁷.

Nel merito, i giudici amministrativi hanno ritenuto che la genericità delle formule utilizzate dal legislatore non consenta di individuare una specifica modalità di selezione dei componenti del consiglio. Di conseguenza, non si può affermare con certezza che il legislatore, impiegando i termini “designazione” e “scelta” abbia sicuramente voluto escludere, per l’individuazione dei membri del consiglio di amministrazione, il metodo elettorale. Secondo l’orientamento maggioritario, infatti, mentre la nozione di “designazione” è senz’altro incompatibile con tale metodo, in quanto implica che l’indicazione del titolare dell’incarico sia rimessa a un organo, monocratico o collegiale, in base a requisiti predeterminati, non altrettanto varrebbe per il termine “scelta”, inidoneo a escludere del tutto l’opzione elettorale¹⁸. Né la giurisprudenza ha ritenuto rilevante, per pervenire a diverse conclusioni, il fatto che, altrove, il legislatore abbia espressamente richiamato il sistema elettivo, come accade, ad esempio, per il senato accademico e per i rappresentanti degli studenti nel consiglio di amministrazione.

D’altra parte, deve pure darsi conto del fatto che alcune sentenze, se da un lato hanno ritenuto infondati i motivi sollevati dal ministero, dall’altro lato hanno pure rigettato le tesi difensive più radicali delle università resistenti laddove le stesse miravano a dimostrare che l’opzione democratico-elettiva, in difetto di differenti ed espresse indicazioni normative, fosse una scelta obbligata in virtù del principio democratico. In proposito, infatti, è stato chiaramente affermato che “non sussiste un principio che impone l’opzione democratico-elettiva per l’individuazione dei membri del consiglio di amministrazione di un ente qual è un’università statale”¹⁹.

In definitiva, secondo questa giurisprudenza, il legislatore avrebbe sostanzialmente rimesso all’autonomia delle singole università la scelta delle modalità di individuazione dei componenti del consiglio di amministrazione, senza escludere – ma anche senza imporre – il metodo elettivo.

Unico vincolo chiaramente desumibile dalla legge e oggetto di verifica da parte del giudice è la natura tecnica del consiglio di amministrazione. Ma la necessità di assicurare la competenza professionale dei componenti dell’organo non è stata ritenuta di per sé incompatibile con il metodo elettivo nella misura

¹⁷TAR Liguria, sez. I, 22 maggio 2012, n. 718; TAR Piemonte, sez. I, 30 agosto 2012, n. 983; TAR Toscana, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 138; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 28 febbraio 2013, n. 463; TAR Toscana, sez. I, 6 giugno 2013, n. 935; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 aprile 2013, n. 1076. Tale ultima sentenza, in particolare, argomenta diffusamente e condivisibilmente in ordine alla non riconducibilità del controllo ministeriale all’esercizio di un potere di indirizzo politico.

¹⁸Così TAR Liguria, n. 718/2012, TAR Toscana, n. 138/2013, TAR Sicilia, n. 463/2013, TAR Toscana, n. 935/2013. Diversamente TAR Piemonte, n. 983/2012 ritiene che il termine designazione non escluda che l’individuazione possa essere effettuata all’esito di una procedura elettiva.

¹⁹TAR Liguria, n. 718/2012; TAR Sicilia, n. 463/2013.

in cui – come generalmente stabilito negli statuti – sia prevista una procedura di verifica preliminare delle candidature da parte del senato o di altro organo *ad hoc*.

Così brevemente sintetizzata la giurisprudenza sugli statuti con riferimento alla composizione del consiglio di amministrazione, è bene svolgere qualche considerazione critica.

Un primo ordine di considerazioni riguarda la questione, centrale, della compatibilità del metodo elettivo con la legittimazione di carattere professionale e indipendente che deve contrassegnare il consiglio di amministrazione. Come si è detto, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che la generica formulazione del dettato legislativo non consenta di escludere il sistema elettivo tra quelli ammissibili ai fini della designazione dei componenti del consiglio. Diverso tuttavia è il discorso motivazionale. In linea generale, le motivazioni non sono particolarmente approfondite e non si spingono oltre una rapida analisi etimologica della parola “scelta” che, in quanto derivante dal latino “*ex-eligere*” dimostrerebbe, appunto, l’ammissibilità del metodo elettivo. Vi è però una pronuncia che segue un percorso argomentativo differente che merita qui di essere brevemente richiamato²⁰. Diversamente dal resto della giurisprudenza, questa sentenza ha fatto leva sul termine “designazione” e ha precisato che esso indica, in sé, solo l’atto con cui una determinata persona viene preposta a un ufficio mentre nulla dica né con riferimento al soggetto designante – organo monocratico o collegio – né con riguardo alle modalità della designazione, che potrebbero consistere anche in una elezione. Secondo il TAR, infatti, i procedimenti elettorali non sempre hanno una funzione rappresentativa, ben potendo assolvere anche a una funzione selettiva.

Sulla scorta di questa premesse, la sentenza afferma che la concreta funzione che l’elezione è chiamata a svolgere – funzione che deve essere verificata caso per caso – è spesso evidenziata dalla base elettorale. Quando gli organi sono chiamati a svolgere una funzione di carattere “politico”, la loro legittimazione non può che derivare da una base elettorale ampia, tendenzialmente coincidente con l’intero corpo elettorale, sicché l’elezione ha funzione rappresentativa. Di contro, quando si tratta di nominare organi tecnici, la base elettorale è ristretta a un collegio e l’elezione assolve a una funzione selettiva. Il ragionamento è sostanzialmente condivisibile e certamente più convincente rispetto a quello che fa leva soltanto sulla genericità del termine “scelta”. Se però si applicano queste coordinate interpretative ad alcune delle discipline statutarie, il sospetto che la logica della rappresentanza, in certi casi, abbia finito per far premio su quella della competenza professionale non risulta pienamente fugato. Si pensi, ad esempio, a uno statuto universitario che aveva previsto che, dei cinque compo-

²⁰ TAR Piemonte, n. 983/2012. Le motivazioni di questa sentenza sono state poi in parte richiamate da TAR Lombardia, n. 1076/2013.

nenti interni, quattro fossero professori (dei quali due appartenenti alle aree scientifiche da 1 a 9 e due alle aree da 10 a 14), e uno fosse un tecnico-amministrativo dell'ateneo²¹. In una ipotesi di questo tipo, pur in presenza di un procedimento di verifica dell'ammissibilità delle candidature sul piano della comprovata competenza ad opera di un'apposita commissione presieduta dal rettore, è difficile sostenere che l'elezione non costituisca un metodo per assicurare soprattutto la rappresentanza di categorie e che il criterio della competenza professionale finisca per essere declinato in un senso, se non puramente formale, estremamente debole. Con il che risulterebbe sostanzialmente frustrato l'intento di assicurare che l'indirizzo strategico e la programmazione finanziaria siano esercitati nell'interesse dell'ateneo nel suo complesso piuttosto che secondo logiche di mediazione tra le diverse componenti che compongono la comunità universitaria.

D'altra parte, alla luce delle coordinate interpretative sopra richiamate, ci si potrebbe anche chiedere quale sarebbe stato il destino di uno statuto che avesse attribuito interamente al rettore il potere di scegliere i componenti, interni ed esterni, del consiglio di amministrazione. Come si è detto, questa ipotesi, che pure era stata contestata dal ministero, non è stata oggetto di una decisione nel merito, avendo il giudice amministrativo rigettato il ricorso in rito²². Una scelta del genere, ovviamente, sarebbe massimamente discutibile sul piano dell'opportunità, visto il ruolo, di fatto già dominante, esercitato dal rettore nei confronti degli altri organi accademici. E tuttavia, sulla base delle argomentazioni addotte dalla giurisprudenza, in particolare con riferimento alla non vincolatività dell'opzione democratico-elettiva, sembra difficile affermare che essa possa anche ritenersi illegittima.

Tali considerazioni introducono a un secondo ordine di osservazioni, di carattere più generale, sul contenuto dell'autonomia statutaria degli atenei.

Se è vero è che la *ratio* complessiva della riforma, come si è detto in principio, è quella di introdurre per il senato e il consiglio legittimazioni diverse e concorrenti, in una logica di managerializzazione e verticalizzazione delle decisioni, non è meno vero che il grado e l'intensità della trasformazione della *governance* è stata rimessa dalla legge a un'autonoma scelta degli atenei. Non è possibile stabilire con sicurezza se il legislatore, nella stesura dell'art. 2, fosse pienamente consapevole delle implicazioni della formulazione letterale adottata o se invece – come da più parti è stato sostenuto – questa disposizione, nella parte relativa al consiglio di amministrazione, sia semplicemente il frutto di una cattiva tecnica legislativa²³. Fatto sta che, alla luce del dettato normativo e della

²¹ Era il caso dello statuto dell'Università di Genova, oggetto della sentenza capostipite di questo filone giurisprudenziale.

²² TAR Sicilia, Catania, n. 2181/2012.

²³ Così, ad esempio, R. CALVANO, *L'autonomia universitaria stretta tra legislatore e giudici am-*

sua attuazione, le università hanno potuto effettivamente esercitare una scelta e il margine di tale scelta non era così angusto come i primi commenti alla legge potevano far pensare, né probabilmente meno ampio di quello che le università potevano esercitare nella vigenza la legge Ruberti. Al riguardo deve infatti essere sottolineato come l'art. 16, comma 2, lett. f) della legge n. 168/1989, nel limitarsi a prevedere che il consiglio di amministrazione dovesse assicurare “la rappresentanza delle diverse componenti previste dalla normativa vigente”, solo apparentemente fosse meno stringente. In realtà, proprio la necessità di garantire la presenza di tutte le componenti interne della comunità accademica, faceva sì che i margini di autonomia di cui godevano le università nel definire, sotto il profilo qualitativo, la composizione del consiglio di amministrazione non fossero affatto ampi, com'è dimostrato in concreto dall'elevato grado di uniformità degli statuti ante riforma²⁴. Per questo aspetto, dunque, i margini di scelta che la legge ha rimesso all'autonomia degli atenei non possono essere considerati minimi o addirittura interstiziali, ma, al contrario, forse anche più ampi di quelli consentiti dalla legge n. 168/1989²⁵.

D'altra parte, e a maggior ragione, non si può condividere l'opinione di chi avrebbe voluto un legislatore più “coraggioso” che avesse indicato in modo più puntuale le modalità di composizione dei consigli di amministrazione, possibilmente con una maggioranza di membri esterni nominati e un rettore anch'esso non direttamente eletto dal corpo accademico²⁶.

ministrativi, cit., 5 e M. GIOVANNINI, *Il contenzioso sui membri del consiglio di amministrazione delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12/2013, 1245.

²⁴ Cfr. l'indagine sui contenuti degli statuti universitari condotta da R. FINOCCHI, L. FIORENTINO, A. MARI, *Gli statuti delle università*, Milano, 2000, in particolare 99 ss.

²⁵ In questo senso già S. BATTINI, *La nuova governance delle università*, cit., 378. Sottolinea come la legge lasci “non esigui spazi di scelta e di manovra alla fonte statutaria” G. GRASSO, *Governance e autonomia del sistema universitario*, cit., 6. Sulla stessa linea anche V. TAMBURRINI, *Profili problematici della nuova autonomia statutaria delle università*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2013, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0421_tamburrini.pdf. Di spazi interstiziali e di evidente arretramento, rispetto alla legge Ruberti, del diritto di darsi ordinamenti autonomi aveva invece parlato F. MERLONI, *La nuova governance delle università italiane*, cit., 354, il quale, sulla base di tale premessa, ha dubitato della legittimità costituzionale della legge Gelmini. In questi termini anche R. CALVANO, *L'autonomia universitaria stretta tra legislatore e giudici amministrativi*, cit., 9.

²⁶ M. REGINI, *Sulla riforma Gelmini*, cit., 157 ss., parla di “mancanza di coraggio o di chiarezza di idee nel regolamentare i nodi cruciali del nuovo assetto previsto per gli atenei” e contesta la scelta di lasciare agli atenei il compito di scegliere nei loro statuti gli assetti di *governance*. Secondo questo Autore “per quanto riguarda la governance istituzionale, le soluzioni adottate [dalla legge] sono un compromesso al ribasso, che consentirà agli atenei di cambiare ben poco le vecchie dinamiche decisionali (anche se non ha impedito ai conservatori di ogni colore di gridare allo scandalo)”. Sulla stessa linea anche G. CAPANO, in G. CAPANO, R. MOSCATI, *Tornano sulla riforma Gelmini*, in *Il Mulino* n. 2/2012, che parla di “gravissimo errore, visto da una prospettiva comparata, di lasciare alle università un elevato grado di libertà nello stabilire la composizione sia del cda sia del nuovo senato accademico”.

Il diritto delle università di darsi ordinamenti autonomi sancito dalla Costituzione postula uno spazio di scelta che non può essere occupato dalla legge. E non ci può essere vera autonomia delle università se tale scelta non si esprime già negli statuti, che delle università sono l'atto fondativo. È dunque da valutare positivamente il fatto che le preferenze espresse dagli atenei siano state diverse – alcune più conservative e legate al modello precedente, altre più innovative e probabilmente più in linea con la *ratio* complessiva della legge – perché la differenziazione è un corollario necessario dell'autonomia. Semmai è da criticare il fatto che la giurisprudenza quasi mai abbia fatto leva sul principio costituzionale di autonomia per giustificare le diverse scelte degli atenei. Solo in un caso è stato affermato che “le limitazioni statali all'autonomia degli atenei rappresentano un'eccezione nell'ordinamento posta a tutela di beni costituzionali altrettanto rilevanti” e se n'è tratta la conseguenza che detti limiti “non possono essere desunti in via interpretativa in assenza di previsioni legislative espresse e, nei casi dubbi, le leggi regolanti la materia devono essere interpretate in senso favorevole all'autonomia”²⁷. Per quanto isolata, si tratta di un'affermazione importante sul piano dei principi, nella misura in cui si condivide l'idea che l'autonomia esprima innanzitutto una specifica modalità d'essere della legislazione.

4. *Il direttore generale*

Dalla giurisprudenza si possono trarre alcuni spunti di riflessione anche con riferimento alla figura del direttore generale. Le norme della legge n. 240 non consentono di chiarire con certezza se questi debba essere considerato un vero e proprio organo amministrativo, dotato di poteri amministrativi in senso stretto, come farebbe pensare – oltre al fatto che la legge lo ricomprende tra gli organi necessari – il riferimento all'art. 16 del testo unico sul pubblico impiego, o se, invece, lo stesso rivesta un ruolo di cerniera tra la “politica”, rappresentata dagli organi di governo, e l'amministrazione, come farebbe ritenere il riferimento alla complessiva gestione e organizzazione dei servizi e il suo persistente rapporto privilegiato con il rettore. Nella logica sottesa alla riforma, la prima soluzione sembra quella preferibile: il direttore generale è un dirigente generale e tra le sue funzioni, in quanto vertice dell'amministrazione, vi è anche quella di alleggerire gli organi di governo dalla gestione delle questioni amministrative ordinarie, soprattutto quelle relative alla organizzazione dei servizi e alla gestione del personale tecnico e amministrativo, per consentire, in particolare al consiglio di amministrazione, di concentrarsi sulle scelte strategiche, nella logica di un complessivo ripensamento del significato della funzione di indirizzo.

²⁷ TAR Toscana n. 138/2013.

Tuttavia, è anche da dire che, storicamente, la dottrina, a partire dall'introduzione della temporaneità dell'incarico di direttore amministrativo, ha sempre ritenuto la scelta del titolare della carica da parte del rettore una scelta di carattere fiduciario²⁸.

La legge del 2010 ha sostanzialmente confermato il potere di scelta in capo al rettore, anche se, come detto, l'incarico è formalmente conferito dal consiglio di amministrazione, previo parere del senato accademico. In dottrina è stato pertanto osservato che delle due l'una: o il direttore generale è un organo amministrativo, e allora non dovrebbe essere scelto su base fiduciaria, oppure, se è scelto su base fiduciaria, dovrebbe svolgere solo i compiti di sovrintendenza e di coordinamento dell'attività degli organi amministrativi²⁹.

Come si diceva, su questi profili si è pronunciata la giurisprudenza sebbene, come si vedrà, senza pervenire a conclusioni certe. Ad essere oggetto di sindacato, peraltro, non sono state le norme degli statuti sul direttore generale – norme che, in linea di massima, sono puramente ripetitive di quanto prevede la legge – quanto invece il procedimento mediante il quale un ateneo aveva selezionato il soggetto cui conferire l'incarico. La vicenda ha visto contrapposti, da un lato, il giudice amministrativo che, sia pure in sede cautelare, ha qualificato come concorso pubblico la procedura per la scelta del titolare dell'incarico e, dall'altro lato, la Corte di Cassazione che, in sede di regolamento di giurisdizione, ha invece ricondotto la selezione nell'ambito dell'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro³⁰.

In particolare, per la giurisprudenza amministrativa le modalità con cui in concreto la procedura di selezione si era svolta – attraverso un avviso pubblico, la nomina di una commissione di esperti, presieduta dallo stesso rettore, per il vaglio delle candidature e l'individuazione dei candidati ritenuti più idonei a ricoprire l'incarico – facevano propendere per la natura pubblica della stessa, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Dal canto loro, le Sezioni Unite hanno ritenuto che il procedimento per il conferimento dell'incarico non avesse natura concorsuale in quanto compito della commissione fosse unicamente quello di verificare i requisiti di idoneità dei candidati in base alla valuta-

²⁸ M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro del direttore amministrativo dell'università ex art. 17, comma 110, L. 127/97. Come risolvere il problema qualificatorio?*, in *Il lav. nelle pp.aa.*, 1998, 657 ss.; A. MARI, *Organizzazione e funzionamento delle università*, in *Quaderni del Giorn. dir. amm.*, 12, Milano, 2005, 56. Per una ricostruzione ampia, anche in chiave storica, dell'evoluzione della figura del direttore amministrativo si veda R. SALOMONE, *La figura del direttore amministrativo tra affermazione dell'autonomia universitaria e "privatizzazione" dei rapporti di lavoro pubblico*, in S. MAINARDI, C. PICCARDO, E. PERITI (a cura di), *Il governo manageriale delle università. Dal direttore amministrativo al direttore generale*, cit., p. 21 ss.

²⁹ Così, quasi testualmente, F. MERLONI, *La nuova governance*, cit., 359.

³⁰ TAR Sicilia, Catania, sez. I, ordinanza 20 luglio 2017, n. 510; Cass., SS.UU., ordinanza 21 settembre 2018, n. 22431.

zione dei curricula e all'esito di un colloquio, ma senza la formazione di una graduatoria e una valutazione comparativa dei candidati.

Le due pronunce non consentono di chiarire in modo inequivoco quale sia il procedimento da seguire per il conferimento dell'incarico di direttore generale né se l'atto di conferimento sia sempre da ascrivere alla capacità e ai poteri del datore di lavoro o se esso possa (o in taluni casi debba) essere, eventualmente sulla base di una scelta delle singole università, un provvedimento amministrativo, all'esito di un vero e proprio concorso pubblico. Tuttavia, provando a ricavare dal caso concreto qualche indicazione di ordine più generale, è da notare che la Cassazione ha ritenuto del tutto pertinenti i richiami formulati dal ricorrente ai precedenti della stessa Cassazione in ambito sanitario, in particolare in relazione alla scelta dei direttori di distretto socio-sanitario *ex art. 3 sexies* d.lgs. n. 502/1992. In quei casi, infatti, è pacifico, secondo la Corte, che la scelta dei dirigenti abbia carattere fiduciario e che la procedura di selezione non abbia carattere propriamente concorsuale, ma puramente idoneativo. Di conseguenza, è altrettanto pacifico che le relative controversie rientrino nella giurisdizione del giudice ordinario³¹. Questo parallelismo richiede qualche precisazione, a cominciare da quella, non secondaria, che tutta la problematica risulta viziata dalla prospettiva della competenza giurisdizionale³².

Com'è noto, in materia di incarichi dirigenziali non esiste una disciplina unitaria valida per tutte le pubbliche amministrazioni né, all'interno della medesima amministrazione, tutti gli incarichi sono conferiti al medesimo modo. Di conseguenza, ogni discorso in argomento dovrebbe essere necessariamente calibrato rispetto alla singola amministrazione, ad ogni singolo incarico dirigenziale e rispetto al soggetto (interno o esterno all'amministrazione conferente nonché, tra gli esterni, dipendente di altra amministrazione o soggetto privato) destinatario dell'incarico stesso.

Con riferimento al direttore generale dell'università l'art. 2 della legge n. 240 è norma estremamente povera di indicazioni. In essa, tuttavia, si individua chiaramente un atto di conferimento dell'incarico da parte del consiglio di amministrazione e un contratto di lavoro a tempo determinato che regola il suddetto incarico. Tali previsioni, pur con qualche approssimazione, avvicinano la scarna disciplina legislativa sul direttore generale delle università a quella sui dirigenti ministeriali di cui all'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 per i quali, appunto, è previsto un provvedimento di conferimento dell'incarico cui

³¹ Tra le più recenti sul punto Cass. civ., SS.UU., 9 maggio 2016, n. 9281 e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma, sez. lav., 30 marzo 2020, n. 1652. Su questa impostazione conviene anche il giudice amministrativo: cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 maggio 2012, n. 3248.

³² Sul punto, da ultima, M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*, in *Giorn. dir. amm.* n. 4/2019, 489 ss.

accede un contratto individuale³³. D'altra parte, nella prassi è largamente frequente il rinvio per analogia alla disciplina dei dirigenti statali e tale analogia risulta ora rafforzata dal riferimento operato dalla legge Gelmini all'art. 16 del d.lgs. n. 165/2001.

In relazione agli atti di conferimento di incarichi dirigenziali è pacifico, sulla base del consolidato orientamento della Cassazione, che tali atti siano espressione di poteri negoziali e che ad essi non si applichino la legge sul procedimento amministrativo e l'obbligo di motivazione. Anche quando l'atto di conferimento è l'esito di una selezione pubblica, la Corte ritiene che il procedimento non abbia natura concorsuale e che il provvedimento abbia natura negoziale e, come tale, sia soggetto alle regole di controllo dei poteri privati. In particolare, con riferimento ad alcune tipologie di incarichi dirigenziali – come quelli dei direttori dei musei o dei dirigenti medici, ove non è previsto lo svolgimento di prove selettive con la formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma la semplice formazione di una rosa di candidati idonei – la Corte ha riconosciuto alla scelta del ministro o del direttore generale un carattere squisitamente fiduciario.

Nondimeno, la stessa Cassazione, facendo leva sui principi di correttezza e buona fede che presidiano il rapporto contrattuale, ha anche affermato che, nel conferire gli incarichi dirigenziali, l'amministrazione sia tenuta "ad effettuare valutazioni anche comparative, ad adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare i criteri in base ai quali sia stata effettuata la scelta" dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire³⁴. In altri termini, valorizzando l'obbligo del datore di lavoro di esercitare i suoi poteri secondo buona fede e correttezza, la Cassazione ha richiesto che la scelta dell'amministrazione sia comunque procedimentalizzata e che la stessa possa essere sindacata dal giudice del lavoro.

A questa giurisprudenza hanno fatto seguito alcune modifiche all'art. 19 del

³³ Il discorso si complica nel caso la scelta del soggetto cui conferire l'incarico dovesse ricadere su un esterno all'amministrazione perché in quel caso l'incarico dovrebbe essere conferito mediante contratto a tempo determinato e sarebbe lo stesso contratto di incarico a costituire il rapporto di lavoro dirigenziale con l'amministrazione conferente, analogamente a quanto previsto dallo stesso art. 19 ai commi 5 *bis* e 6 per i dirigenti c.d. esterni. Su tali differenze non è possibile soffermarsi. Esse tuttavia devono comunque essere tenute presenti in quanto rilevanti non soltanto per la diversa distribuzione degli elementi dell'incarico (oggetto, obiettivi, durata, trattamento economico) tra atto unilaterale e contratto, ma anche ai fini del sindacato esercitabile dal giudice e dei rimedi esperibili. Ampiamente sul punto P. SORDI, *I poteri e il sindacato del giudice ordinario in alcune categorie di controversie di lavoro pubblico*, Relazione all'incontro di studio dal titolo "Il precariato nel pubblico impiego tra legislazione nazionale e regionale", tenutosi a Trapani il 27-28 maggio 2016. La relazione è reperibile al seguente indirizzo https://www.giustizia.palermo.it/formazione_magistrati.aspx?altri_file=755.

³⁴ Questo filone giurisprudenziale è stato inaugurato da Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814.

Testo unico sul pubblico impiego introdotte dal decreto Brunetta. Per effetto di queste modifiche il comma 1 dell'art. 19 prevede attualmente che *“ai fini del conferimento di ciascun incarico si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche”*. Ancor più significativamente il comma 1bis stabilisce che *“l'amministrazione rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia di posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione e i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta”*.

Alla luce di tali norme, dunque, si deve ritenere che, in sede di conferimento degli incarichi dirigenziali, l'organo conferente non sia libero di scegliere il dirigente in base ad una consentaneità politica o alla fiducia personale o, quantomeno, che la fiduciarità – intesa come espressione di una libera scelta dell'organo conferente – sia temperata dalla previsione di alcuni vincoli che rendono tale scelta comunque sindacabile dal giudice. La pubblicazione di un avviso, la predeterminazione di criteri, la partecipazione dei soggetti interessati, l'obbligo di una valutazione, anche comparativa, sono tutti indici che depongono nel senso di una scelta procedimentalizzata e comunque sindacabile dal giudice del lavoro, il quale potrà pronunciare, a seconda dei casi, la nullità dei contratti stipulati in violazione delle prescrizioni legislative sopra citate e disporre la ripetizione delle operazioni di scelta oppure limitarsi al risarcimento del danno.

Se si applicano tali coordinate anche al direttore generale delle università si può ritenere – salvo il caso che l'amministrazione non intenda estendere la ricerca di candidati alla carica di direttore generale nel settore privato – che il procedimento per la scelta del d.g. non sia un concorso pubblico, ben potendo il direttore generale essere selezionato all'esito di una procedura di diritto privato che presenti le garanzie di cui si è detto. Con il che la natura fiduciaria dell'incarico se non sicuramente esclusa, risulta tuttavia indebolita o almeno circoscritta. L'integrazione tra indirizzo e gestione, indispensabile anche nelle università – a maggior ragione a fronte dell'aumento esponenziale di adempimenti di cui gli atenei sono richiesti –, non si fonda infatti sulla minaccia del mancato rinnovo (e tanto meno della revoca anticipata) dell'incarico, ma – al contrario – sul rafforzamento delle prerogative e dell'autonomia del direttore generale.

5. Il ruolo dei dipartimenti

Un ultimo gruppo di pronunce che merita di essere preso brevemente in considerazione riguarda l'organizzazione interna e, in particolare, il ruolo dei dipartimenti, anche nella relazione con il consiglio di amministrazione. Come si è detto, la legge 240 ha attribuito al CdA rilevanti funzioni (anche) in materia di didattica, ricerca e gestione del personale. Basti richiamare l'approvazione della programmazione triennale del personale, la competenza a deliberare, previo parere del senato, sull'attivazione o soppressione di corsi e sedi, la competenza ad approvare la proposta di chiamata da parte del dipartimento. Alla luce di tali previsioni è stata manifestata da più parti in dottrina una certa preoccupazione in ordine al possibile depotenziamento del dipartimento "il quale nel nuovo sistema di *governance* sembra configurarsi più come il terminale organizzativo fissato dall'alto entro cui far confluire l'esercizio della didattica e della ricerca, piuttosto che come un'organizzazione di autonomia funzionale in grado di assicurare lo svolgimento e l'esercizio dei diritti di libertà protetti dall'art. 33 Cost.³⁵". Sotto questo profilo sono stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. h) nella misura in cui la disposizione sottrae al corpo accademico e agli organi (senato e consiglio di dipartimento) che di esso sono diretta espressione le funzioni di gestione di didattica, ricerca e gestione del personale sopra richiamate.

Tali preoccupazioni muovono dal condivisibile presupposto che l'autonomia universitaria – in quanto funzionalmente legata alla libertà della ricerca e dell'insegnamento di cui è titolare il singolo – non possa essere declinata esclusivamente con riferimento all'istituzione universitaria unitariamente considerata, ma si estenda ai diversi livelli organizzativi ad essa interni. Il principio di autonomia, cioè, postula l'esistenza di un sistema composito in cui "coesistono sfere distinte che vanno distintamente garantite"³⁶. Logica conseguenza di tale impostazione è che la verticalizzazione delle decisioni voluta dalla legge 240 non può giungere fino al punto da configurare i rapporti tra i diversi livelli organizzativi in termini di pura gerarchia, di modo che gli atti degli organi superiori prevalgano sempre e comunque su quelli delle strutture di base. Al contrario, è necessaria un'articolazione dell'organizzazione interna in termini di competenza.

Nella giurisprudenza il problema si è posto in particolare sul versante delle procedure di chiamata dei docenti e dei ricercatori per le quali, come detto, la legge prevede una proposta da parte del dipartimento e l'approvazione della stessa da parte del CdA. Dal momento che il tema si inserisce in un discorso più

³⁵ Le parole tra virgolette nel testo sono di P.G. RINALDI, *La governance interna delle università*, cit., 75.

³⁶ A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giur. Cost.*, 1991, 2973, in particolare 2984.

generale sui concorsi, e tale discorso è oggetto anche di altro contributo di questo volume, in questa sede ci si limita ad alcune minime considerazioni esclusivamente nella prospettiva qui oggetto di analisi³⁷.

Tanto l'art. 18, comma 1, lett. e), relativo alle chiamate di prima e seconda fascia, quanto l'art. 24, comma 2, lett. d), relativo alla chiamata dei ricercatori, demandano al dipartimento la formulazione della proposta di chiamata e l'approvazione della stessa da parte del consiglio di amministrazione. A fronte di tali previsioni della legge, ci si è chiesti anzitutto se il CdA possa effettivamente sindacare nel merito la proposta avanzata dai dipartimenti. Per evitare incertezze, una parte della dottrina aveva anche proposto che gli statuti prevedessero espressamente che il potere di approvazione da parte del CdA fosse contenuto nei limiti di sostenibilità finanziaria³⁸. In realtà, sembra scontato, anzitutto alla luce delle considerazioni sopra richiamate in ordine all'autonomia che deve essere riconosciuta ai livelli organizzativi interni, che alla domanda debba essere data una risposta negativa. E d'altra parte, non si vede proprio sulla base di quale competenza il consiglio di amministrazione potrebbe sindacare nel merito la proposta del consiglio di dipartimento³⁹.

Ancor prima, come la giurisprudenza ha correttamente evidenziato, la stessa proposta di chiamata da parte del dipartimento è vincolata ai risultati del concorso così come approvati dalla commissione giudicatrice all'uopo nominata, senza che il consiglio di dipartimento possa rifiutarsi di dar seguito alla chiamata sulla base di una nuova e autonoma valutazione scientifica del candidato risultato vincitore⁴⁰. Il che appare perfettamente logico poiché, se così non fosse, il senso stesso del concorso risulterebbe frustrato e le università godrebbero di un "inusitato potere di veto ... capace di sterilizzare *ad libitum* il contenuto degli apprezzamenti tecnico discrezionali dell'organo competente a compiere la valutazione dei concorrenti"⁴¹. Pertanto, è stato ritenuto che sia la proposta di

³⁷ Cfr. il contributo di Beatrice Rabai in questo volume.

³⁸ Cfr. E. FOLLIERI, *Ambiti di autonomia universitaria sulle modifiche dello statuto in attuazione della legge 30.12.2010 n. 240*, in *www.giustamm.it*. Identicamente P.G. RINALDI, *La governance interna delle università*, cit., 78.

³⁹ Diverso è il caso, che pure si riscontra nei regolamenti di alcuni atenei, ma del quale non ci si occupa in questa sede, in cui l'approvazione della chiamata da parte del consiglio di amministrazione è subordinata al fatto che il vincitore del concorso sia in possesso di requisiti ulteriori, previamente stabiliti nel bando di concorso, quali, ad esempio, quelli necessari a far parte delle commissioni di abilitazione nazionale. In ipotesi di questo tipo, la chiamata si configura come procedura ulteriore e autonoma rispetto a quella di valutazione comparativa, senza tuttavia che la valutazione del CdA vada a impingere nel merito di quelle operate dalla commissione di valutazione e del dipartimento.

⁴⁰ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11 giugno 2018, n. 1470.

⁴¹ Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2855; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 7 febbraio 2020, n. 270; TAR Puglia, sez. II, 14 marzo 2018, n. 348.

chiamata sia l'approvazione della stessa abbiano "unicamente una funzione di controllo sulla regolarità delle operazioni concorsuali in quanto, diversamente opinando, si legittimerebbe una duplicazione della valutazione di idoneità già effettuata dalla commissione esaminatrice, che renderebbe incerti gli effetti della graduatoria finale, esposti a incontrollabili valutazioni personali espressa dal Consiglio al di fuori e al termine delle procedure proprie del concorso pubblico, in contrasto con l'art. 97 Cost"⁴². Più esattamente, tale controllo attiene alla verifica della permanenza delle condizioni, ivi comprese le esigenze didattiche e scientifiche, dalle quali è scaturita la messa a bando del posto – con la conseguenza che, solo dove dette condizioni vengano meno, l'Università può decidere di non dare seguito alla chiamata⁴³.

Deve tuttavia darsi conto anche di un diverso e opposto orientamento giurisprudenziale secondo il quale, a fronte dell'individuazione di una rosa di candidati idonei da parte della commissione giudicatrice, spetterebbe al consiglio di dipartimento la scelta del soggetto maggiormente qualificato a ricoprire il posto messo a concorso. Questo orientamento si è formato con riferimento a procedure di chiamata disciplinate da regolamenti universitari alquanto singolari⁴⁴. Tali regolamenti, infatti, hanno attribuito alla commissione la funzione di selezionare i candidati idonei a svolgere le funzioni didattico-scientifiche per le quali è stato bandito il posto e al consiglio di dipartimento di scegliere, fra gli idonei, il candidato da proporre per la chiamata. A fronte di tali previsioni regolamentari la giurisprudenza ha ritenuto che il dipartimento possa liberamente scegliere all'interno della rosa di idonei il candidato con il profilo scientifico ritenuto più coerente con le esigenze che la chiamata è destinata a soddisfare o, al limite, possa anche decidere di non chiamare alcuno dei candidati⁴⁵. Più ancora, la possibilità di scelta da parte del dipartimento è stata

⁴² Così TAR Toscana, sez. I, 30 maggio 2016, n. 926; TAR Piemonte, sez. I, 13 aprile 2017, n. 481.

⁴³ TAR Puglia, Bari, sez. II, 14 marzo 2018, n. 348.

⁴⁴ La singolarità è data dal fatto che questi regolamenti sembrano evidentemente ispirati al meccanismo previsto dal d.p.r. n. 117/2000 che disciplinava, a norma dell'art. 1 della legge n. 210/1998, il reclutamento dei ricercatori e dei professori universitari. Sulla base di quel regolamento, nei concorsi per professore associato e ordinario, la commissione, in esito a una procedura comparativa, doveva nominare non più di due idonei mentre il consiglio della facoltà che aveva richiesto il bando, sulla base dei giudizi espressi dalla commissione e con riferimento alle proprie specifiche esigenze didattiche e scientifiche, approvava, con deliberazione motivata approvata dalla maggioranza degli aventi diritto al voto, la proposta di nomina di uno dei candidati dichiarati idonei ovvero decideva di non procedere alla chiamata di nessuno di loro. In quest'ultimo caso, permanendo le esigenze didattiche e scientifiche per le quali il posto era stato bandito, la facoltà poteva chiamare candidati risultati idonei in altre valutazioni comparative bandite da altre università per il medesimo settore scientifico disciplinare.

⁴⁵ TAR Veneto, sez. I, 18 febbraio 2013 n. 245; TAR Toscana 9 maggio 2017, n. 657; 12 settembre 2017, n. 1086; 16 ottobre 2018, n. 1321; 10 ottobre 2019, n. 1342.

ritenuta del tutto legittima non soltanto dove, sulla base dei giudizi della commissione, i candidati idonei fossero stati ritenuti sostanzialmente equiordinati, ma anche laddove la scelta fosse caduta sul candidato meno qualificato in base alla valutazione operata della commissione purché della scelta sia fornita una idonea motivazione.

Vero è che raramente questi regolamenti sono stati fatti oggetto di impugnazione unitamente al bando e agli atti della procedura. Tuttavia, anche laddove ciò è avvenuto, l'atteggiamento della giurisprudenza è stato nel senso di avvalorare la tesi secondo cui la chiamata costituisce esercizio di un potere discrezionale da parte del dipartimento⁴⁶. Respungendo i motivi di impugnazione dedotti nei confronti dei citati regolamenti, infatti, il giudice ha precisato che la commissione giudicatrice non si limita ad un giudizio di idoneità, ma svolge una vera e propria valutazione comparativa, evidenziando i profili di valore e di disvalore dei candidati in relazione a ciascuno degli elementi presi in considerazione e così permettendo al consiglio di dipartimento e al consiglio di amministrazione di venire a conoscenza degli aspetti di maggiore o minore apprezzamento del curriculum di ciascun candidato. Di conseguenza, secondo questa giurisprudenza, il consiglio di dipartimento non effettuerebbe una propria autonoma valutazione dei concorrenti in quanto prenderebbe a riferimento la valutazione comparativa operata dalla commissione a supporto dei giudizi di idoneità. In definitiva, seguendo questo ordine di ragionamento, la procedura di chiamata sarebbe scomposta in due parti: una, governata dalla commissione giudicatrice, volta alla individuazione dei candidati ritenuti idonei a svolgere le funzioni didattico-scientifiche per le quali è stato bandito il posto e alla messa in evidenza degli aspetti di maggiore o minor pregio di ciascun candidato, l'altra, governata dal consiglio di dipartimento (e, sembrerebbe di capire, dal consiglio di amministrazione), mediante la quale, sulla base della valutazione comparativa operata dalla commissione, verrebbero selezionati gli elementi ritenuti maggiormente rilevanti in funzione delle esigenze didattico-scientifiche che la chiamata deve soddisfare e, per l'effetto, verrebbe individuato il candidato da chiamare.

Tali conclusioni non sono condivisibili. Al di là di ogni altra considerazione, è chiaro che l'idoneità di cui parlano i regolamenti in parola non può essere confusa con l'idoneità per i ruoli di professore associato e ordinario di cui alla legge n. 210/1998 e al d.p.r. n. 117/2000 e che, pertanto, i meccanismi previsti per i vecchi concorsi locali non possono essere legittimamente replicati in un sistema, come quello attuale, nel quale l'accertamento della qualificazione scientifica dei candidati è assoluta, a monte, dall'abilitazione nazionale. Gli stessi regolamenti, d'altra parte, si riferiscono a un giudizio di idoneità che pertiene non all'eserci-

⁴⁶ TAR Toscana, sez. I, 27 ottobre 2017, n. 1284; Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2019, n. 476.

zio delle funzioni di prima e seconda fascia (in riferimento alle quali è previsto, appunto, un sistema di abilitazione nazionale), ma allo svolgimento delle (specifiche) funzioni didattico-scientifiche per le quali è stato bandito il posto. Se così è, tuttavia, la valutazione comparativa operata dall'organo tecnico in ordine alla idoneità a svolgere le funzioni didattico-scientifiche, risulta illegittimamente doppiata da una seconda valutazione del consiglio di dipartimento (ed eventualmente, in terza battuta, del consiglio di amministrazione) che, attribuendo un peso maggiore a uno o un altro elemento oggetto della valutazione compiuta dalla commissione, individua il candidato più gradito sulla base di criteri che, tra l'altro, non risultano in alcun modo predeterminati.

È verosimile che tali regolamenti siano stati ispirati dall'intenzione di assicurare una maggiore corrispondenza tra le funzioni scientifico-didattiche per le quali il posto viene bandito e il profilo del candidato, laddove la legge prevede che il profilo possa essere specificato esclusivamente tramite indicazione del settore scientifico-disciplinare e che il bando debba limitarsi a fornire informazioni dettagliate sulle specifiche funzioni che il vincitore andrà a svolgere. E tuttavia delle due l'una: o si ritiene che la legge consenta che nella valutazione comparativa dei candidati si tenga conto delle specifiche funzioni per le quali il posto è stato messo a bando, e allora tale operazione deve essere svolta dalla commissione giudicatrice, oppure tale evenienza deve ritenersi radicalmente esclusa, e allora né la commissione né il consiglio di dipartimento (e men che mai il consiglio di amministrazione) possono introdurre tale elemento nella valutazione.

6. Conclusioni

Al termine di questa panoramica ci si può chiedere se e quali indicazioni siano ricavabili dalla giurisprudenza esaminata in materia di autonomia e di autogoverno. Operazione non semplice, questa, dal momento che le pronunce qui prese in considerazione sono piuttosto eterogenee e non si prestano facilmente a una sistematizzazione al di là dei singoli casi concreti. Due brevi riflessioni tuttavia sembrano comunque possibili.

La prima riflessione attiene all'importanza della giurisprudenza per il definirsi del diritto, anche quello universitario. L'analisi qui svolta, in particolare, ha mostrato come l'attuazione della riforma abbia per un verso ridimensionato alcune preoccupazioni manifestate da una parte della dottrina all'indomani della legge di riforma e, per altro verso, abbia fatto emergere problemi inediti. Così, sul primo fronte, la paventata menomazione dell'autogoverno per effetto delle nuove norme in materia di composizione dei consigli di amministrazione non sembra essersi effettivamente realizzata, salvo voler considerare come unica espressione possibile dell'autogoverno quella prevista dalla legge del 1989 che

obbligava le università a dotarsi di consigli di amministrazione rappresentativi di tutte le componenti della comunità accademica⁴⁷. Altrettanto è a dirsi per i timori relativi a una possibile invadenza del consiglio di amministrazione sull'autonomia dei dipartimenti, in particolare in tema di chiamate dei docenti. Anche qui, infatti, i timori non hanno trovato – almeno finora – riscontro nella giurisprudenza. In qualche caso semmai – ed è questo un profilo che si colloca sul versante dei problemi inediti – è il dipartimento ad aver impropriamente occupato spazi che sono riservati alle commissioni giudicatrici dei concorsi. E su questo punto non si può che auspicare, per le ragioni già dette, un cambiamento degli orientamenti giurisprudenziali.

La seconda riflessione è offerta ancora dal contenzioso sulla composizione dei consigli di amministrazione. A ben vedere, anzi, è il contenzioso in sé ad essere degno di nota: in esso infatti la dialettica tra università e ministero si evidenzia sul piano giuridico laddove il rapporto tra questi soggetti, soprattutto quando conflittuale, viene generalmente gestito in sede politica. Il porsi della controversia dinanzi al giudice, invece, è salutare per il definirsi dell'autonomia perché è solo quando il conflitto si consuma sul piano giuridico che il senso e il valore della formula contenuta nell'art. 33 Cost. superano il piano della riflessione astratta e si rendono concreti. Se l'autonomia non può essere concepita come una graziosa concessione da parte del legislatore statale o del ministero, spetta alle università – spesso troppo deferenti – il compito di rivendicarla, non soltanto sul piano delle enunciazioni, ma anzitutto nelle sedi giurisdizionali. In questa prospettiva, peraltro, la giurisprudenza citata sulla composizione dei consigli di amministrazione è largamente insoddisfacente. Come si è detto, infatti, i giudici sono stati perlopiù timidi nel richiamare l'autonomia come fondamento delle diverse scelte compiute dagli atenei. Sarebbe invece importante che, nel futuro, le decisioni della giurisprudenza muovessero innanzitutto dal dato costituzionale ricavandone tutta la ricchezza di contenuti che da esso non è stata ancora estratta.

⁴⁷ Il che non vuol dire, beninteso, che l'assetto di *governance* e, in particolare, la composizione del consiglio di amministrazione, per come previsti dalla legge, rappresentino una soluzione ottimale o esente da critiche. Ma tali considerazioni esulano dal presente contributo.

LE MODALITÀ DI RECLUTAMENTO DEL CORPO DOCENTE UNIVERSITARIO DOPO LA LEGGE 30 DICEMBRE 2010, N. 240 E IL RUOLO SUPPLETIVO DELLA GIURISPRUDENZA

Beatrice Rabai

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L’Abilitazione Scientifica Nazionale e le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale. – 3. Il reclutamento nei singoli Atenei e le patologie delle procedure di chiamata. – 4. La clausola di incandidabilità di cui all’art. 18, comma 1, lett. b) e c), legge 30 dicembre 2010, n. 240 e i conflitti di interesse tra partecipante alla procedura di reclutamento e membro della commissione giudicatrice. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

L’attuale sistema di reclutamento del corpo docente universitario costituisce l’esito di un cammino ultratrentennale di riforme, mai realmente supportate da una chiara volontà politica di incidere in maniera risolutiva sui principali nodi problematici che affaticano da tempo le istituzioni universitarie¹.

¹Per un approfondimento sul tema del reclutamento v., tra i più recenti, A. MARRA (a cura di), *L’autonomia universitaria del nuovo millennio*, Roma, 2020; C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, 2019; R. CALVANO, *Il curioso caso del “parente di grado zero”. Il populismo universitario approda al Consiglio di Stato?* Nota a Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2019, n. 477, in *Giur. Cost.*, 2019, 1, 480 ss.; F. CRISTANI, *Coniugio, parentela, affinità e imparzialità dell’amministrazione: l’unità della famiglia giustifica la differenza?*, Nota a Corte cost., 9 aprile 2019, n. 78, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019, 3, 774 ss.; D. BORRELLI, M. STAZIO, *La “grande trasformazione” dell’università italiana*, in *Riv. Trim. di Scienza dell’Amm.*, 2018, 1, 1 ss.; R. CALVANO, *I professori universitari tra riforma strisciante dello Stato giuridico e processi di valutazione “sorvegliare e punire”?*, in *AIC*, 2018, 1 ss.; A. SAU, *Il reclutamento dei professori e dei ricercatori universitari dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 3, 384 ss.; A. SANDULLI, *Autonomia “negata” e autonomia “abusata” nelle università*, in *Munus*, 2017, 3, V ss.; G. DELLA CANANEA, *Il reclutamento dei professori universitari: due “lezioni” dall’esperienza italiana*, in *Id.*, 2017, 2, V ss.; C. BARBATI, *Le autonomie universitarie nel caleidoscopio: il reclutamento accademico*, in *Id.*, 2016, 3, 633-650; A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte tragi-*

La mancanza di un disegno unitario ed organico in materia ha determinato un succedersi, non sempre chiaro e coerente, di diversi modelli di selezione e accesso al ruolo di professore universitario, espressione a loro volta di differenti modi di intendere il rapporto tra Stato e Università, nonché di concepire la misura e l'ampiezza dell'autonomia di queste ultime².

Senza alcuna pretesa di esaustività, occorre chiarire che la disciplina più risalente in tema di procedure comparative prevedeva che la chiamata dei professori avvenisse mediante concorso per titoli (bandito a livello locale in base alle esigenze delle singole Facoltà o Scuole interessate) e che le commissioni giudicatrici – composte da cinque professori eletti tra i docenti della materia – dovessero concludere i lavori con la formazione di una terna di candidati giudicati idonei, cui avrebbero potuto valersi anche altre Università³.

che, incubi giuridici, in Id., 663 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, C. BARBATI (a cura di), *Il reclutamento universitario in Europa*, Napoli, 2016; R. LUPI, *Il reclutamento universitario tra continuità scientifica, atenei e istituzioni nazionali*, in *Munus*, 2016, 3, 759 ss.; P. ROSSI, *L'evoluzione della docenza universitaria*, in Id., 651 ss.; A. SANDULLI, *L'immoto perpetuo: patologie del reclutamento locale dei docenti universitari*, in Id., 745 ss.; A. IANNUZZI (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli, 2015; A. MARRA, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo dell'ANVUR*, in G. PIPERATA (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014, 87 ss.; M. RAMAJOLI, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 3, 313 ss.; G. PIPERATA (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014; F. ROVERSI MONACO, G. CAIA (a cura di), *Università e riforme*, Bologna, 2014; E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, 2013; A. SANDULLI, M. COCCONI, *Riforma universitaria*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, 370 ss.; E. CARLONI, P. FORTE, C. MARZUOLI, G. VESPERINI, *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, 2011; C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Shopenhauer*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 7, 802 ss.; C. MARZUOLI, *Lo stato giuridico e il reclutamento: innovazioni necessarie, ma sufficienti?*, in *Nuove autonomie*, 2011, 4, 360 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Concorrenza e merito nelle Università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, 2009; S. RAIMONDI, *Lo stato giuridico dei professori universitari tra legge, autonomia statutaria e spinte corporative*, in *Dir. amm.*, 2002, 209 ss.

² Sul punto, v. C. BARBATI, *Le autonomie universitarie nel caleidoscopio: il reclutamento accademico*, cit., 634, la quale afferma che l'autonomia si è andata “definendo con forme, fatte di «vuoti» e di «pieni», volta a volta differenti, tanto che la «storia» dei reclutamenti e delle loro tante discipline, con la pluralità dei modelli e delle ragioni che sono andate connotandoli, può ben dirsi racconti anche la «storia» delle differenti sorti conosciute dall'autonomia universitaria”. Sulle disposizioni costituzionali in tema di Università, v. S. CASSESE, A. MURA, *Commento agli artt. 33-34*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, 210 s.; L. MAZZAROLLI, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *Diritto societario*, 1980, 229 ss.; A.M. SANDULLI, *L'autonomia delle università statali*, ora in *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1994, 441 ss.; A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giur. Cost.*, 1998, 3332 ss.

³ Ci si riferisce alla disciplina contenuta nel regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592, la quale prevedeva che i commissari dovessero essere scelti dal Ministero, attingendo da una rosa di candidati selezionati in parte dalla Facoltà o la Scuola che avesse richiesto il concorso, in parte dal Consiglio superiore dell'educazione nazionale. La commissione nominata, all'esito della procedu-

Nel tentativo di limitare i condizionamenti delle c.d. corporazioni accademiche nella scelta dei commissari, l'impianto definito nel Testo unico del 1933 è stato in seguito superato dalla legge 7 febbraio 1979, n. 31, la quale ha introdotto un sistema basato su concorsi per titoli, banditi a livello nazionale, e commissioni giudicatrici nominate mediante un complesso meccanismo (elettivo e per sorteggio) gestito direttamente dal Ministero dell'Università⁴.

Successivamente, nell'ottica di favorire l'autonomia delle istituzioni universitarie, la legge 3 luglio 1998, n. 210⁵ ha operato una decentralizzazione dei concorsi, trasferendo ai singoli Atenei la competenza ad espletare le procedure competitive (affidate a commissari esterni – salvo che per la nomina di un membro interno – nominati attraverso una procedura elettiva gestita dal Ministero)⁶.

Ritenuto, tuttavia, non idoneo a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e meritocrazia nelle procedure di reclutamento nonché ad arginare fenomeni di c.d. localismo accademico, il modello da ultimo citato è stato qualche anno più tardi sostituito dalla legge 4 novembre 2005, n. 230, la quale ha delineato un meccanismo a struttura bifasica, operante in parte a livello nazionale, con concorsi indetti sulla base delle esigenze delle singole università e funzionali ad attribuire la c.d. "idoneità scientifica nazionale" – da parte di commissioni giudicatrici nominate con criteri misti (elezione di un numero triplo di membri e sorteggio) – in parte a livello locale, con procedure di selezione gestite dalle singole Università sulla base di regole previste da propri regolamenti.

L'ultima tappa di questo articolato percorso è rappresentata dalla legge 30 dicembre 2010, n. 240 la quale, nel ridisegnare profondamente l'impianto tradizionale delle istituzioni universitarie, ha inciso in misura significativa anche sui meccanismi di reclutamento.

Nel dichiarato obiettivo di promuovere il merito, incentivando la qualità, la trasparenza e l'imparzialità nei concorsi universitari, la legge Gelmini – riprendendo in una certa misura il meccanismo già delineato nella disciplina precedente ma mai divenuto operativo – ha previsto un sistema a doppio stadio, con la prima fase affidata ad una commissione nazionale istituita al fine di attestare

ra concorsuale, avrebbe poi dovuto, ai sensi dell'art. 73 del r.d., proporre alla Facoltà i tre candidati ritenuti "degni di coprire il posto messo a concorso, graduandoli in ordine di merito e non mai alla pari".

⁴In particolare, elezione da parte dei professori della materia di un numero doppio di candidati e successivo sorteggio di quelli necessari (in misura variabile a seconda delle domande presentate).

⁵Ed i successivi d.p.r. 19 ottobre 1998, n. 390 e 23 marzo 2000, n. 117.

⁶Le valutazioni prevedevano l'individuazione di un numero di idonei (prima tre, poi due) tra i quali effettuare la scelta. Gli altri candidati risultati idonei avrebbero potuto essere successivamente chiamati dalla medesima sede o da altri atenei.

la qualificazione scientifica dei candidati docenti di prima e seconda fascia (mediante l'attribuzione della abilitazione scientifica nazionale) e la seconda fase – preordinata alla c.d. chiamata dei professori universitari – rimessa ai singoli Atenei in base alle esigenze dei singoli dipartimenti.

All'esito di questa breve digressione occorre rilevare come i molteplici tentativi di riordino della materia da parte del legislatore, apparentemente funzionali a garantire l'imparzialità delle selezioni e la difesa dei principi meritocratici, costituiscono a ben vedere lo specchio di quella continua tensione tra potere politico centrale e poteri accademici locali, che ha talvolta raggiunto i caratteri di vero e proprio scontro ideologico sulla conciliabilità di due principi, la meritocrazia da una parte e l'autogoverno delle istituzioni universitarie dall'altra.

Il costante tentativo dello Stato di ingerirsi nell'organizzazione e nelle attività delle università, e lo sforzo di queste ultime a resistervi, ha condotto ad una circolarità di spinte riformatrici e contropunte conservatrici che hanno contribuito a realizzare un sistema disorganico e poco chiaro in materia, che nemmeno l'ultima riforma è stata in grado di correggere pienamente.

Accanto a questo, è necessario considerare che negli ultimi anni – a causa del clamore mediatico suscitato da talune inchieste giudiziarie aventi ad oggetto episodi di “malcostume accademico” nell'ambito di procedure di reclutamento universitario – è andato sempre più crescendo un clima di sfiducia nei confronti delle istituzioni universitarie, che si è tradotto in una sorta di presunzione di colpevolezza dell'intera Università italiana, ritenuta incapace di garantire condotte specchio all'interno della propria comunità scientifica e di assicurare procedure concorsuali trasparenti.

Ed è proprio all'interno del contesto sopra rilevato che si è mosso il legislatore del 2010, intervenuto con una disciplina che trasuda diffidenza nei confronti della comunità accademica e che pare allontanarsi da quei principi di autonomia e di valorizzazione del merito cui la stessa riforma afferma di volersi ispirare⁷.

Il sentimento di sfiducia che accompagna la riforma in parola emerge, del resto, sin dalla tecnica legislativa utilizzata, atteso che il legislatore, dopo aver fissato in norma primaria i principi generali relativi alle procedure di reclutamento, ha rimesso alla fonte normativa secondaria, di provenienza per lo più ministeriale o governativa, la definizione di numerosi aspetti di dettaglio, restringendo gli spazi di autonomia che la Costituzione riconosce espressamente alle università.

Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione (di seguito NPA)⁸, si è occupata del reclutamento

⁷ Cfr. Scheda di lettura della Camera dei Deputati, relativo al progetto di legge “Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare qualità ed efficienza del sistema universitario Legge 30 dicembre 2010, n. 240”, rinvenibile sul sito internet della Camera dei Deputati.

⁸ Delibera 22 novembre 2017, n. 1208, nella quale è stato raccomandato al MIUR e alle Uni-

dei docenti universitari, dedicando particolare attenzione alle misure di prevenzione e contrasto alla corruzione nelle istituzioni universitarie, cui ha fatto seguito anche un atto di indirizzo del Ministero dell'istruzione, dell'Università e della ricerca (oggi Ministero dell'Università e della ricerca, Mur⁹), contenente una serie di “misure volte a contrastare fenomeni di corruzione, di cattiva amministrazione e di conflitto di interessi” all'interno delle università.

L'intricato intreccio di fonti normative di varia natura e grado, regolamenti ministeriali, circolari e atti di indirizzo generale, unitamente all'adozione di provvedimenti talvolta non coerenti tra loro e provenienti da soggetti differenti (MUR, ANVUR, ANAC, solo per citarne alcuni), hanno contribuito a complicare ulteriormente la disciplina in tema di reclutamento.

La complessità del quadro definito dalla legge Gelmini ha dato origine ad un fittissimo contenzioso in materia¹⁰, confermando quel timore (o forse “presagio”), espresso da tempo dalla dottrina più attenta, in relazione ai possibili effetti negativi derivanti da un'eccessiva amministrativizzazione della disciplina¹¹.

Nel panorama sopradescritto la giurisprudenza (soprattutto amministrativa) si è trovata a svolgere un ruolo suppletivo non indifferente in materia, contribuendo in varie occasioni alla delineazione di rimedi giuridici funzionali a correggere le non poche criticità derivanti dal nuovo quadro normativo.

Nell'impossibilità di ricondurre a sistema tutte le problematiche che si sono affacciate nell'ambito della disciplina in esame, nelle pagine che seguono si cercherà di offrire una panoramica, anche alla luce di casi nuovi e recenti, dei profili più significativi esaminati dai giudici in tema di selezione dei docenti universitari, al fine di evidenziare il contributo svolto dalle Corti nel

versità, nell'ambito delle rispettive competenze, l'adozione di misure volte a contrastare tali fenomeni. Successivamente, il MIUR, con l'atto di indirizzo n. 39 del 14 maggio 2018, ha individuato una serie di “misure volte a contrastare fenomeni di corruzione, di cattiva amministrazione e di conflitto di interessi” all'interno delle università. Per un approfondimento sul tema, v. C. SICCARDI, *La prevenzione della corruzione e la promozione della trasparenza nel mondo dell'Università e della ricerca*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* – Rassegna, 8 maggio 2019, 1-25; M. OCCHIENA, *Editoriale*, 2, 2018, in *www.ildirittodelleconomia.it*.

⁹D.l. 9 gennaio 2020, n. 1, “*Disposizioni urgenti per l'istituzione del Ministero dell'istruzione e del Ministero dell'università e della ricerca*”, conv. in legge 5 marzo 2020, n. 12.

¹⁰Si pensi solo che, dal 2014 ad oggi, sono state emesse da parte dei giudici amministrativi oltre 5000 sentenze in materia universitaria (informazioni reperibili sul sito dell'Osservatorio dell'Università, a cura dell'Osservatorio degli Studi di Milano Bicocca).

¹¹Cfr. S. CASSESE, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione!*, in *Il Mulino*, 2013, 1, 75, il quale, con riferimento più in generale alle criticità insite nel sistema di valutazione, si è espresso nei seguenti termini “si sarebbe potuto evitare di “amministrativizzare” tutta la procedura con gradi e misure che di necessità evocano futuri interventi giudiziari e fanno prevedere che i futuri concorsi si vinceranno al Consiglio di Stato, non nelle Università” Sul punto, v. anche G. DELLA CANANEA, *Il reclutamento dei professori universitari: due “lezioni” dall'esperienza italiana*, cit., XI.

porre in luce lo iato esistente tra alcuni principi enunciati dalla legge Gelmini e la loro concretizzazione nella prassi applicativa, nonché il ruolo progressivamente assunto dal giudice quale garante della effettività della tutela del cittadino.

2. L'Abilitazione Scientifica Nazionale e le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale

Uno degli istituti che, sin dal suo esordio, ha contribuito ad alimentare una rilevante conflittualità in sede giudiziaria è rappresentato dalla abilitazione scientifica nazionale¹².

Come si è detto in precedenza, la legge Gelmini ha previsto quale requisito necessario per la partecipazione alle procedure concorsuali indette dai singoli Atenei, ai fini della chiamata dei professori universitari di prima e seconda fascia, il conseguimento della abilitazione scientifica nazionale, titolo di durata novennale funzionale ad attestare la “maturità scientifica” dei candidati¹³, attribuito da commissioni scientifiche nazionali composte, per ciascuno dei settori concorsuali individuati, da professori ordinari appartenenti al medesimo settore¹⁴.

Tuttavia, già nel corso della prima tornata di abilitazioni la giurisprudenza amministrativa si è trovata a svolgere un ruolo fondamentale nella risoluzione di talune questioni interpretative aventi ad oggetto proprio la composizione delle commissioni giudicatrici, con particolare riguardo ai requisiti richiesti ai commissari¹⁵, alla natura giuridica (ed al carattere obbligatorio) da attribuire al pa-

¹² Nel solo periodo 2015-2020, sono stati 2191 i provvedimenti relativi all'abilitazione scientifica nazionale emessi da TAR Lazio e Consiglio di Stato.

¹³ Occorre rilevare che, originariamente, l'abilitazione scientifica nazionale, che non costituisce titolo di idoneità né dà alcun diritto per il reclutamento in ruolo o per promozioni, se non nell'ambito delle procedure previste dagli artt. 18 e 24, commi 5 e 6, della legge Gelmini, aveva una durata di quattro anni, elevata a sei anni dall'art. 14, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in legge 11 agosto 2014, n. 114, e portata a nove anni con d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, conv. in legge 12 dicembre 2019, n. 156, il quale ha stabilito che tale ultimo termine si applichi in via retroattiva anche ai titoli conseguiti precedentemente alla data di entrata in vigore del decreto legge. Preme inoltre rilevare che la disciplina originaria, la quale prevedeva che la procedura fosse ad indizione annuale, è stata in seguito modificata con la previsione di una procedura “a sportello”. Sul punto, si segnala, da ultimo, che il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, emanato al fine di fronteggiare l'emergenza da Covid-19, ha previsto, all'art. 101, comma 6, in deroga alla disciplina generale vigente, il differimento dei termini relativi ai procedimenti per l'acquisizione dell'abilitazione scientifica nazionale per le tornate 2018-2020 e 2020-2022.

¹⁴ Detti settori, ai sensi dell'art. 15 della legge Gelmini, sono raggruppati in macrosettori concorsuali e possono essere articolati in settori scientifico-disciplinari, sulla base di quanto inizialmente stabilito dal d.m. 29 luglio 2011, n. 336, successivamente rideterminato con i d.m. 12 giugno 2012, n. 159 e 30 ottobre 2015, n. 855.

¹⁵ Il d.p.r. 14 novembre 2011, n. 222 disciplina i modi con cui le Commissioni abilitative so-

rere *pro veritate* richiesto esperti esterni¹⁶, alla (necessaria) presenza in commissione di docenti stranieri¹⁷, nonché in relazione al *quorum* deliberativo previsto

no chiamate ad operare, prevedendo che i commissari siano sorteggiati all'interno di liste composte da soli docenti che superino i parametri quantitativi calcolati dall'ANVUR con riferimento a ciascuno dei suddetti settori e valutati positivamente dagli Atenei di provenienza in ordine alle attività didattiche e di servizio svolte, secondo le modalità definite da appositi regolamenti predisposti dalle singole università. Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito, quanto ai requisiti soggettivi che devono essere posseduti dai commissari, che le commissioni giudicatrici possono essere formate solo da professori ordinari in servizio, con esclusione dei docenti collocati in quiescenza o titolari di contratti ai sensi dell'art. 1, comma 12, della legge 4 novembre 2005, n. 230 "norma sopravvissuta all'abrogazione solo per consentire di poter ancora avere tale figura di professori, non per legittimarne, però, la presenza all'interno delle Commissioni per l'ASN, alla cui partecipazione il sistema introdotto con la legge 30 dicembre 2010, n. 240, ha inteso chiamare soltanto professori ordinari in servizio con rapporti di lavoro a tempo indeterminato" (TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 11 gennaio 2018, n. 301). Con riferimento, invece, ai requisiti oggettivi è stato precisato come la valutazione positiva espressa dalla Università di provenienza degli aspiranti commissari non possa concentrarsi sulla sola verifica dell'attività di ricerca ma debba comprendere anche la verifica dell'effettivo svolgimento della attività didattica e di servizio agli studenti, così come richiesto dall'art. 16, comma 3, lett. h), legge 30 dicembre 2010, n. 240 (cfr., sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 26 novembre 2018, n. 6675; TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 febbraio 2018, n. 1357) e come il mancato superamento anche solo di una delle mediane di settore previste dai regolamenti in materia determini illegittimità dell'organo collegiale, travolgendo l'intera procedura concorsuale, trattandosi di collegio perfetto che non può quindi prescindere dalla presenza e dalla pienezza dei requisiti in capo a tutti i suoi membri (Cons. Stato, sez. VI, 26 novembre 2018, n. 6675).

¹⁶L'art. 16, comma 3, lett. i), legge Gelmini, nella sua formulazione originaria riteneva facoltativo il ricorso al parere di un esperto esterno nel caso in cui nella commissione non fosse presente alcun membro del settore scientifico-disciplinare di riferimento del candidato. Tuttavia, la giurisprudenza è intervenuta ad annullare diversi giudizi sforniti del parere *pro veritate*, sull'assunto per cui l'assenza nella commissione di un esperto del settore sia idonea ad influire, in maniera determinante ed in senso negativo, sul giudizio finale dell'organo giudicante (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 maggio 2015, n. 7621; Id., sez. III-*bis*, 25 maggio 2015, n. 7641). Occorre tuttavia rilevare che il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in legge 11 agosto 2014, n. 114, nel modificare l'art. 16, comma 3, lett. i), legge 30 dicembre 2010, n. 240, ha stabilito espressamente che, nelle ipotesi in cui nella commissione non sia presente un componente che rappresenti il settore di afferenza del candidato, tale organo abbia l'obbligo (e non più la facoltà) di acquisire il parere *pro veritate* di un esperto di tale settore.

¹⁷L'originaria formulazione dell'art. 16, comma 3, prevedeva alla lett. f), che della commissione unica nazionale istituita per valutare la qualificazione scientifica dei candidati dovesse far parte anche un commissario, di pari qualificazione, proveniente da un Paese OCSE, anch'esso sorteggiato da appositi elenchi validati dall'ANVUR. Tuttavia, la presenza in alcuni settori disciplinari di commissari stranieri non appartenenti al settore di riferimento ha sollevato una serie di contenziosi, in occasione dei quali la giurisprudenza ha chiarito che viola il principio del collegio perfetto, con l'effetto di viziare il giudizio di inidoneità espresso dall'organo collegiale nei confronti del candidato, la commissione giudicatrice che abbia tra i suoi componenti un docente straniero estraneo non solo al settore concorsuale in esame ma anche al relativo micro-settore (cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III, 29 ottobre 2014, n. 10865; Id., 5 novembre 2014, n. 11122; Id., 25 novembre 2014, n. 11800; Id., 28 maggio 2015, n. 7624; Id., 26 maggio

ai fini dell'attribuzione dell'ASN¹⁸, svolgendo anche una importante funzione di impulso nei confronti del legislatore, intervenuto successivamente a novellare la

2015, n. 7482). Occorre tuttavia dare conto del fatto che il legislatore, a seguito del significativo contenzioso in materia, ha abrogato, con d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in legge 11 agosto 2014, n. 114, la lett. f) succitata, nella parte in cui contemplava la presenza necessaria del commissario OCSE. Più in generale, con riferimento alla non appartenenza di un commissario al macrosettore di riferimento della procedura in esame, v. più di recente Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2019, n. 4429.

¹⁸L'art. 16 della legge Gelmini non fissa alcun *quorum* funzionale particolarmente qualificato. Esso si limita in particolare a demandare al futuro regolamento la disciplina delle "modalità di espletamento delle procedure finalizzate al conseguimento dell'abilitazione, in conformità ai criteri di cui al comma 3". L'art. 8, comma 5, d.p.r. 14 settembre 2011, n. 221, ha stabilito che le commissioni deliberino "a maggioranza dei quattro quinti dei componenti". Diverse pronunce di primo grado (TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 maggio 2015, n. 7246; Id., sez. III-*bis*, 3 novembre 2015, n. 12407; Id., 20 novembre 2015, n. 13121) hanno annullato il giudizio negativo ottenuto nella procedura di abilitazione per illegittimità derivata dall'art. 8 summenzionato, sull'argomento per cui, pur godendo della maggioranza semplice, il candidato non abbia potuto ambire all'abilitazione per il mancato raggiungimento del *quorum* funzionale previsto nel regolamento. L'illegittimità del giudizio sarebbe da rinvenire, in particolare, nella incoerenza della motivazione sia del giudizio collegiale, sia dei giudizi individuali, con particolare riferimento all'intrinseca contraddittorietà emergente tra premesse e conclusioni nelle valutazioni dei due commissari che esprimono giudizio negativo (Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 723; TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 maggio 2015, n. 7111), nonché la mancanza di un adeguato livello di sintesi dei cinque giudizi individuali in quello collegiale, secondo quanto richiesto da giurisprudenza ormai consolidata in materia (*ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 maggio 2015, n. 7629, Id., 7 luglio 2015, n. 9109). Preme dare conto, tuttavia, del fatto che la disposizione regolamentare di cui all'art. 8 summenzionata è stata annullata da Cons. Stato, sez. VI, 5 febbraio 2016, n. 470, sull'assunto per cui una deroga così incisiva alle regole generali che presidono al funzionamento degli organi collegiali (maggioranza qualificata in luogo della maggioranza semplice) avrebbe necessitato di una previsione espressa nella legge autorizzativa, pena la violazione dell'art. 17, comma 2, legge n. 400/1988. Del resto, è stato osservato che anche la disciplina pregressa in materia di concorsi universitari richiedeva la maggioranza semplice per l'indicazione dei candidati ritenuti meritevoli dell'idoneità scientifica nazionale. Da ultimo, la norma succitata risulta incompatibile con l'art. 16, comma 3, lett. f), legge 30 dicembre 2010, n. 240, la quale sancisce che l'attribuzione della abilitazione sia accompagnata da un motivato giudizio fondato sulla valutazione dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche. Nei casi, come quello in esame, in cui è raggiunta solo la maggioranza semplice, la motivazione della mancata abilitazione contenuta nell'atto collegiale si esaurisce nella mera constatazione del mancato raggiungimento del *quorum* funzionale prescritto (cfr., in senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2016, n. 2799; Id., 28 giugno 2016, n. 2861; Id., 7 agosto 2017, n. 3938). Da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 4595, ha chiarito che l'annullamento dell'art. 8, comma 5, d.p.r. succitato, deve ritenersi titolo idoneo e sufficiente a ottenere l'abilitazione scientifica nazionale, senza che debba farsi luogo ad una rinnovata valutazione di idoneità da parte di una nuova commissione in diversa composizione (in senso conforme anche Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2016, n. 2799; Id., 28 giugno 2016, n. 2861). Per un commento sul tema, si vedano V. BONTEMPI, *Effetti dell'annullamento della norma sul quorum deliberativo per l'abilitazione scientifica nazionale. Nota a Consiglio di Stato, Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 4595*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 2, 207 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *L'annullamento di norme regolamentari di delegificazione e i suoi problematici effetti. Brevi osservazioni intorno alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 470 del 2016, sul quorum funzionale delle Commissioni per l'abilitazione scientifica nazionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, 2; F. DE LEONARDIS, *L'abilitazione scientifica nazionale*, cit., 732-736; A. BANFI, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile alla prova del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 605 ss.

disciplina al fine di renderla più chiara a livello interpretativo ed applicativo, (contribuendo finanche a diminuire il livello di litigiosità creatosi in materia).

Il contenzioso più rilevante in materia si è, tuttavia, registrato in relazione agli indicatori quantitativi utilizzati dalle commissioni giudicatrici per la valutazione dei candidati, più volte oggetto di critiche da parte della dottrina con riferimento alla attendibilità degli strumenti bibliometrici ad attribuire una valenza qualitativa ai contributi scientifici¹⁹.

Sul punto, occorre chiarire che l'art. 16, comma 3, lett. a), legge 30 dicembre 2010, n. 240, stabilisce che le commissioni di valutazione attribuiscono il titolo abilitativo previa sintetica descrizione del contributo individuale alle attività di ricerca e sviluppo svolte dal candidato, con motivato giudizio fondato sulla valutazione dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche ed espresso “sulla base di criteri e parametri differenziati per funzioni e per area disciplinare, definiti dal MIUR, sentiti ANVUR e CUN”²⁰.

La procedura di abilitazione si snoda, dunque, lungo due fondamentali direttrici, rappresentate dalla verifica – da parte delle commissioni giudicatrici – del possesso dei requisiti quantitativi dei candidati e dalla loro valutazione qualitativa²¹.

A seguito, tuttavia, di giudizi negativi formulati dai commissari nazionali sulla base della mera verifica dei parametri bibliometrici stabiliti nei decreti ministeriali di riferimento (definiti “mediane” nel d.m. 7 giugno 2012, o “valori soglia” nel successivo d.m. 29 luglio 2016, n. 602)²², la giurisprudenza è intervenuta a chiarire come una valutazione basata esclusivamente su indicatori quantita-

¹⁹ Posto che la metodologia utilizzata per valutare il contributo dello studioso è strutturalmente pensato per consentire esclusivamente un conteggio dei risultati. Per un approfondimento sul tema, v., tra i più recenti, C. PINELLI, *Autonomia universitaria, valutazione dell'attività scientifica e scelta dei pubblicisti*, in *Munus*, 2019, 2, 385 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Valutazione della ricerca, valutazione delle riviste e cooptazione universitaria*, in *Federalismi*, 2017, 4, 1-10; G. VESPERINI, *L'ANVUR nella governance del sistema universitario*, cit., 431 ss.; A. SANDULLI, *La classificazione delle riviste scientifiche e revisione tra dispari*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 4, 436 ss.; A. MARRA, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo dell'ANVUR*, cit., 87 ss.; M. RAMAJOLI, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, cit. 313 ss.; F. DENOZZA, *La ricerca scientifica e le tecniche di valutazione*, in *Giornata di Studio “Autonomia universitaria e rappresentanza delle comunità accademiche, dei saperi e delle discipline”*, Roma, 19 settembre 2011, 2 ss.

²⁰ Con regolamento, il MIUR definisce i suddetti criteri, parametri e gli indicatori di attività scientifica utilizzabili ai fini della valutazione dei candidati all'abilitazione, nonché le modalità di accertamento della coerenza dei criteri e parametri ed indicatori di qualificazione scientifica degli aspiranti commissari con quelli richiesti per la valutazione dei candidati all'abilitazione per la prima fascia dei professori universitari.

²¹ Indicati nei decreti ministeriali 7 giugno 2012, n. 76 e 29 luglio 2016, n. 602.

²² I quali hanno definito i suddetti criteri, i parametri e gli indicatori di attività scientifica utilizzabili ai fini della valutazione dei candidati all'abilitazione, nonché le modalità di accertamento della coerenza dei criteri e parametri indicatori di qualificazione scientifica degli aspiranti commissari con quelli richiesti per la valutazione dei candidati all'abilitazione per la prima fascia dei professori universitari.

tivi non possa assurgere a criterio sufficiente a descrivere la complessità di una carriera di ricerca, non potendo andare a sostituirsi a quel giudizio prescritto dalla legge fondato sulla valutazione di merito della produzione scientifica e degli altri titoli (quali la direzione o partecipazione a gruppi di ricerca²³, attività di docenza, compito di referaggio, ecc.) espressamente indicati nei decreti ministeriali di riferimento.

Tale principio si ricaverebbe, del resto, da una mera disamina letterale dell'art. 16 succitato, nella parte in cui prescrive che compito delle commissioni debba essere quello di valutare non solo le pubblicazioni scientifiche, ma anche i titoli e il contributo individuale alle attività di ricerca dei candidati, al fine di pervenire ad un motivato giudizio di merito sulla maturità scientifica del candidato²⁴.

Alla luce di quanto sopra chiarito, *regula iuris* dovrebbe essere quella di attribuire l'abilitazione solo a candidati che soddisfino entrambe le condizioni, ovvero il superamento degli indicatori di impatto della produzione scientifica e un positivo giudizio di merito.

Tuttavia, a causa dell'incertezza generatasi attorno alla portata vincolante o meno delle mediane, non sono mancate commissioni giudicatrici che si sono discostate dal predetto principio, negando l'abilitazione a candidati che, pur avendo superato i predetti indicatori, non avevano ottenuto un giudizio positivo

²³ Sul tema, non pare condivisibile il ragionamento espresso da TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 9 gennaio 2020, n. 224, il quale ha affermato che, al fine di potersi vedere riconosciuto il titolo di "direzione o partecipazione alle attività di un gruppo di ricerca caratterizzato da collaborazioni a livello nazionale o internazionale" (ai sensi dell'All. A al d.m. n. 120/2016), è imprescindibile la sussistenza della "dimensione non circoscritta al livello meramente locale del gruppo stesso, *recte*, della collaborazione ad esso", la quale deve essere al contrario "estesa ad una cornice partecipativa quanto meno nazionale". A giudizio della Corte, in particolare, la *ratio* sottesa a tale disposizione andrebbe individuata "nel premiare e riconoscere quale titolo...la partecipazione ad un gruppo di ricerca che si avvalga dell'apporto di professori o esperti provenienti non da un Ateneo soltanto locale, ma da Atenei situati in un ambito almeno nazionale e quindi localizzati in Regioni diverse".

²⁴ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 3 dicembre 2019, n. 13813; Id., 3 maggio 2019, n. 5642; TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 gennaio 2018, n. 110; Id., 29 agosto 2017, n. 9459; Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2016, n. 5534; TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 ottobre 2014, n. 10559. Con particolare riferimento a tale ultimo aspetto, è interessante chiarire che l'originaria formulazione dell'art. 16 prevedeva alla lettera a) del terzo comma che l'abilitazione venisse attribuita, previa sintetica descrizione del contributo individuale alle attività di ricerca e sviluppo svolte dal candidato, con motivato giudizio fondato sulla valutazione "analitica" dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche ed espresso "sulla base di criteri e parametri differenziati per funzioni e per area disciplinare, definiti con decreto del Ministro". Sulla scorta di un'interpretazione meramente letterale della norma, si è andato formando un orientamento giurisprudenziale, oggi recessivo, teso ad annullare il giudizio negativo espresso dalla commissione giudicatrice, laddove non basato su una analitica valutazione delle singole pubblicazioni ma su un esame solo di alcune di esse, così impendendo "ai candidati di avere sicura contezza dell'avvenuta valutazione delle proprie opere e della ragione per cui queste non fossero state ritenute degne di giudizio positivo" (TAR Lazio, Roma, sez. III, 25 marzo 2015, n. 4552; Id., 20 febbraio 2017, n. 2601).

sulla produzione scientifica, oppure attribuendola a soggetti che, pur non avendo superato gli indicatori per il settore di appartenenza, erano stati valutati con un giudizio di merito estremamente positivo²⁵.

In siffatte ipotesi, alla luce dell'ampia latitudine valutativa attribuita alla commissione giudicatrice, è stato possibile sottoporre a sindacato giurisdizionale l'operato delle commissioni sotto il profilo della ragionevolezza della motivazione, dovendo quest'ultima assumere i caratteri del rigore e della chiarezza nel dare conto degli elementi fondanti le ragioni di idoneità o non idoneità all'abilitazione, essendo possibile solo per tale via cogliere le ragioni poste a base del giudizio finale²⁶.

Obbligo motivazionale da ritenersi ancora più intenso laddove i commissari introducano criteri maggiormente selettivi di quelli prescritti dal regolamento ministeriale di riferimento; detta attività di predeterminazione di criteri di valutazione è anch'essa espressione dell'ampia discrezionalità amministrativa di cui sono fornite le commissioni giudicatrici ai fini dello svolgimento della propria funzione ed è dunque ammessa dalla giurisprudenza, a condizione, tuttavia, che la predisposizione di criteri più rigorosi non vada ad incidere sull'equilibrio complessivo del sistema di valutazione²⁷.

Accanto alle pronunce sopra richiamate, nelle quali il giudice ha cercato di temperare l'esigenza di tutela del ricorrente con la discrezionalità (tecnica) di cui godono le commissioni abilitative, non sono tuttavia mancate decisioni che si sono spinte ad esercitare un sindacato fortemente sostitutivo in materia, arrivando fin a stabilire (in base alla "sensibilità" del singolo giudice chiamato a

²⁵ Sul punto, più diffusamente, v. F. DE LEONARDIS, *L'abilitazione scientifica nazionale*, cit., 724 ss. In giurisprudenza, v., *ex plurimis*, TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 gennaio 2019, n. 237; Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2018, n. 1083; Id., 3 ottobre 2017, n. 4596; Id., 19 gennaio 2017, n. 226; Id., 26 maggio 2015, n. 2665. Tuttavia, più recentemente, v. TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 28 maggio 2019, n. 6632, secondo cui "senza il positivo ed oggettivo riscontro del possesso di due indicatori su tre e di almeno tre titoli il candidato non può essere abilitato neppure ove la valutazione delle pubblicazioni (fase del giudizio di natura più squisitamente discrezionale) ne dovesse rivelare la qualità elevata".

²⁶ Come osservato da TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 9 giugno 2015, n. 8059, la motivazione deve essere ancora più stringente nel caso in cui il candidato abbia superato due delle tre mediane e abbia conseguito, a livello individuale, giudizi considerevolmente favorevoli. Cfr. anche TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 agosto 2019, n. 10531, a giudizio del quale "l'organo valutativo è tenuto a motivare con particolare attenzione e in modo rigoroso le ragioni per le quali ha ritenuto inadeguate le pubblicazioni esaminate, sul piano della loro (non elevata) qualità, in particolar modo quando ... diversi dei criteri che, *ex art.* 4 D.M. n. 120 del 2016, concorrono a formare il 'macro-criterio' della qualità delle pubblicazioni, siano stati ammessi dalla Commissione o siano stati dimostrati in giudizio dal ricorrente come sussistenti".

²⁷ TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2019, n. 1034; Id., 5 ottobre 2018, n. 9755; Id., 26 giugno 2018, n. 7123; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2017, n. 1949. Sulla necessità che la valutazione non si basi esclusivamente attorno ai criteri più rigorosi, disapplicando di fatto i più generali criteri di valutazione, v., per esempio, TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017, n. 10919.

decidere, dunque senza l'ausilio di alcun consulente tecnico) i "titoli di assoluto rilievo" da possedere ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione²⁸.

In questa prospettiva merita di essere segnalata una recente sentenza del Consiglio di Stato²⁹, la quale, all'esito di un lungo e sofferto *iter* che aveva visto l'avvicinarsi di ben tre differenti commissioni giudicatrici chiamate a dare esecuzione al *decisum* della sentenza di annullamento, ha ordinato al Ministero di rilasciare l'abilitazione scientifica nazionale alla candidata alla quale era stata negata.

Sul punto, è bene ricordare che, con riferimento agli effetti che derivano da un sentenza di annullamento di un giudizio frutto di tipica valutazione tecnico-discrezionale – come tale sindacabile solo in ipotesi di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, incongruenza, contraddittorietà e irragionevolezza³⁰ – il costante orientamento della giurisprudenza è stato sempre quello (nel dare esecuzione alla sentenza ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.), di condannare il MIUR al rinnovo della valutazione attraverso la nomina di una nuova commissione³¹.

A venire in rilievo in ipotesi di questo tipo non sarebbe, del resto, tanto l'acquisizione del bene della vita cui aspira il ricorrente, quanto la mera condanna ad adempiere, funzionale ad offrire una *chance* al ricorrente vittorioso, non potendo l'effetto conformativo espandersi al punto da elidere completamente la discrezionalità (tecnica) riconosciuta ai commissari³².

Nel caso in esame, al contrario, i giudici di ultima istanza, dopo aver formulato un lungo e articolato ragionamento che si snoda attraverso le ben note problematiche concernenti gli effetti del giudicato di annullamento e la progressiva

²⁸Sul punto, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2017, 169, nel quale si ricorda anche come il giudice amministrativo si sia spinto fino a ritenere "prescrizioni di carattere meramente formale" la richiesta "di un lavoro monografico ai fini del conseguimento dell'abilitazione a professore universitario anche di prima fascia". Le sentenze cui si fa riferimento sono, rispettivamente, TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 aprile 2015, n. 5654 e Id., 30 aprile 2015, n. 6283.

²⁹Cons. Stato, 25 febbraio 2019, n. 1321, sulla quale v. i commenti di S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1171-1235 e F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, in Id., 1236 ss.

³⁰V., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 gennaio 2020, n. 207; Id., 3 ottobre 2019, n. 11510; Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6020; TAR Lazio, Roma, sez. III, 23 marzo 2018, n. 3345.

³¹Per un approfondimento sulle c.d. ordinanze Bianchi, v. P. LAZZARA, *La tutela mediante remand in materia di abilitazione scientifica nazionale*, in *Foro amm.*, 2014, 4, 1323 ss. In giurisprudenza, v. TAR Lazio, Roma, sez. III, ord. 21 marzo 2014, n. 1294; TAR Lazio, Roma, sez. III, ord. 21 marzo 2014, n. 1302.

³²Tra le più recenti, TAR Lazio, Roma, sez. III, 18 aprile 2018, n. 4283; Id., 17 marzo 2017, n. 3646; Id., 10 marzo 2017, n. 3363; Id., 2 novembre 2017, n. 10940.

metamorfosi del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio dell'intero rapporto sotteso all'esercizio del potere, si sono interrogati sul piano del significato da attribuire alla sentenza di annullamento in relazione al riconoscimento di un bene della vita al ricorrente vittorioso³³.

In particolare, nel ripercorrere le diverse opinioni formatesi intorno al giudizio di ottemperanza e ponendosi nel solco di quanto già affermato dalla Adunanza Plenaria nel 2013³⁴ e nel 2016³⁵, il consesso giurisdizionale ha chiarito come il comportamento dell'amministrazione, nel dare concreta attuazione alla pronuncia giurisdizionale, debba sempre essere ispirato a comportamenti di leale cooperazione, al fine di evitare "una defatigante alternanza tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto, con grave dispendio di risorse pubbliche e private".

Alla luce di quanto sopra rilevato la sentenza, pur senza ravvisare un intento dell'amministrazione a non volersi conformare al *decisum*, ha affermato l'avvenuto "svuotamento" del potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione, giungendo così a riconoscere in via diretta la fondatezza della pretesa della ricorrente, con obbligo in capo alla pubblica amministrazione di rilasciare l'abilitazione scientifica nazionale³⁶.

Sul punto, occorre tuttavia rilevare come la sentenza in commento, pur contenendo importanti affermazioni di carattere generale verso quel sempre più ampio riconoscimento, nel processo amministrativo, della domanda giudiziale quale affermazione di un bene della vita suscettibile di trovare soddisfazione

³³ In uno dei passaggi iniziali della sentenza, il giudice si domanda se, in seguito all'accertamento giurisdizionale della illegittimità di un diniego su di una istanza, l'amministrazione possa negare nuovamente al ricorrente il bene della vita a cui il ricorrente aspira in base ad accertamenti o valutazioni che sarebbero potuti essere già compiuti nell'originario procedimento amministrativo, ovvero se ne consegua il vincolo conformativo di accordare la richiesta del cittadino.

³⁴ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2, con nota di A. TRAVI, in *Foro amm. CDS*, 2013, 1846 ss. Sullo stesso tema, v. anche M. CLARICH, G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, in *Giur.it*, 2014, 7 ss.

³⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, con nota di N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione spreca dall'Adunanza Plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1159 ss.

³⁶ Precisa infatti il giudice che "pur con tutte le inevitabili esigenze di assestamento, il rimedio appena tratteggiato – i cui contorni ed i cui limiti saranno precisati dalla casistica giurisprudenziale (che dovrà specificare, ad esempio, cosa accade quando vengano in rilievo decisioni pubbliche di elevata discrezionalità e valore politico) – appare in grado di contemperare la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della pubblica amministrazione, con l'esigenza di assicurare, sin dove possibile, una tutela piena anche all'interesse pretensivo (per il quale la pronuncia di annullamento raramente si presenta autonomamente soddisfattiva), tenuto conto delle specificità correlate al sindacato sul potere pubblico".

nella pronuncia di accoglimento del ricorso³⁷, risulti criticabile nella misura in cui si spinge a riconoscere un bene della vita che, sul piano sostanziale, “non esiste o non esiste ancora”³⁸, corroborando quella tendenza del giudice amministrativo a voler effettuare un controllo sempre più pervasivo anche a fronte di valutazioni tecniche.

La soluzione cui è pervenuto il Consiglio di Stato conferma nuovamente la sensazione che l'autonomia di giudizio, che dovrebbe essere garantita agli appartenenti alla comunità scientifica, sia sempre più spesso limitata o addirittura azzerata da valutazioni del giudice amministrativo orientate a “ridisegnare e sistematizzare scopi e finalità delle procedure di abilitazione”³⁹, a detrimento dei principi di certezza del diritto e di separazione ed equilibrio dei poteri.

3. *Il reclutamento nei singoli Atenei e le patologie delle procedure di chiamata*

Passando ad esaminare le procedure di reclutamento che si svolgono a livello locale, e che risultano disciplinate per la maggior parte dai regolamenti delle singole università⁴⁰, occorre anzitutto porre in rilievo che il legislatore ha previsto differenti meccanismi di accesso alla docenza universitaria.

Accanto al sistema “ordinario” di reclutamento dei professori di prima e seconda fascia disciplinato dall'art. 18, che prevede una procedura comparativa o “aperta”, cui possono partecipare i soggetti in possesso dell'abilitazione scientifica nazionale o dell'idoneità ai sensi della legge 3 luglio 1998, n. 210, nonché i professori già in servizio e gli studiosi stabilmente impegnati all'estero in attività di ricerca o insegnamento a livello universitario⁴¹, il legislatore del 2010 ha individuato due ulteriori procedure funzionali alla c.d. immissione in ruolo, rappresentate dalla chiamata “diretta” o per “chiara fama”, di cui all'art. 29, comma 7, e dalle procedure di selezione mediante “*upgrading*” o “riservate”, previste nei commi 5 e 6 dell'art. 24.

Con particolare riferimento al c.d. canale “ordinario” di reclutamento, l'art.

³⁷ Sul punto, B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio amministrativo di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Lecce, 2019, 47.

³⁸ F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, cit., 1284.

³⁹ A. BANFI, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile alla prova del giudice*, cit., 605 ss., così come richiamato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 169.

⁴⁰ Ad eccezione di taluni principi generali e criteri di natura procedurale espressamente indicati nella legge 30 dicembre 2010, n. 240.

⁴¹ In posizioni di livello pari a quello oggetto del bando sulla base di tabelle di corrispondenza definite dal Ministero.

18, comma 1, della legge Gelmini ha rimesso alle Università il compito di disciplinare, con proprio regolamento, la chiamata dei professori di prima e seconda fascia, nel rispetto di una serie di criteri indicati dalla medesima disposizione, concernenti in particolare il bando di concorso, i requisiti di ammissione e la chiamata del candidato.

Sulla base di tale previsione, gli Atenei hanno dunque adottato propri regolamenti disciplinanti numerosi profili concernenti l'immissione in ruolo dei docenti universitari, in parte coincidenti con quelli già disciplinati dalla disposizione di legge, in parte rimessi alla più ampia discrezionalità delle singole università, con riferimento, ad esempio, alla composizione delle commissioni giudicatrici e alle modalità di svolgimento delle procedure comparative⁴².

Un aspetto che risulta particolarmente interessante ai fini del presente lavoro è costituito dal ruolo che la giurisprudenza ha riconosciuto al consiglio di dipartimento nella fase di chiamata successiva all'espletamento della procedura comparativa, e più in particolare alla relazione intercorrente tra la fase di selezione, di competenza della commissione giudicatrice, e quella di immissione in ruolo, affidata al consiglio di dipartimento.

Sul punto, occorre osservare che l'art. 18, comma 1, lett. e)⁴³, si limita a stabilire che, all'esito dello svolgimento della procedura concorsuale, il dipartimento formuli la proposta di chiamata, la quale dovrà successivamente essere approvata con delibera dal consiglio di amministrazione.

Il quesito che si è posto in materia è se il dipartimento debba attenersi alla graduatoria formulata dalla commissione di concorso, oppure se la valutazione di quest'ultima sia da ritenersi, al contrario, meramente indicativa, lasciando li-

⁴²La giurisprudenza ha chiarito come debba essere rispettato nei regolamenti e nei bandi di ateneo anzitutto l'aspetto della pubblicità del procedimento di chiamata sulla Gazzetta Ufficiale, sul sito dell'ateneo e su quelli del Ministero e dell'Unione europea (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 agosto 2018, n. 5050. In senso conforme, v. anche TAR Lazio, Roma, sez. III, 20 marzo 2017, n. 3720). Nel bando stesso deve inoltre essere fatto riferimento ad un settore concorsuale e ad un eventuale profilo esclusivamente tramite indicazione di uno o più settori scientifico-disciplinari, nonché essere fornite informazioni dettagliate sulle specifiche funzioni, sui diritti e i doveri e sul relativo trattamento economico e previdenziale. Cfr. al riguardo anche TAR Lombardia, Milano, sez. III, 3 giugno 2019, n. 1269, con la quale sono state annullate le delibere del Consiglio di Facoltà nella parte in cui hanno specificato la tipologia dell'impegno scientifico didattico ai fini del candidato da promuovere, nonché il regolamento di ateneo nella parte in cui, nel dettare la proposta del Consiglio di Facoltà nelle procedure di cui all'art. 24, comma 6, legge 240, prescrive, appunto, la natura dell'impegno, ritenendo che tale *modus operandi* violi i principi generali dell'ordinamento giuridico in tema di trasparenza, imparzialità, non discriminazione e parità di trattamento. *Contra*, TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 22 giugno 2017, n. 194 e Id., 7 agosto 2017, n. 233, nelle quali si afferma che laddove il bando stabilisca che la valutazione dei titoli debba essere finalizzata ad individuare il candidato più qualificato a svolgere le "funzioni didattico scientifiche" indicate nell'art. 1, i lavori della commissione (giudizi individuali – giudizi collegiali – eventuale valutazione comparativa) devono essere condotti alla luce di tale criterio di selezione.

⁴³Così come l'art. 24, comma 2, lett. d), relativo alla chiamata dei ricercatori.

bero il dipartimento di scegliere dalla rosa dei candidati valutati idonei dalla commissione giudicatrice.

Occorre sin da subito anticipare che l'orientamento giurisprudenziale che si è andato formando non è sul punto pacifico. Alcune pronunce, infatti, sulla base dell'assunto per cui è la stessa disciplina vigente ad attribuire esclusivamente alla commissione esaminatrice il potere di stabilire i criteri e le modalità di valutazione dei candidati, hanno ritenuto che le valutazioni affidate alla cura dell'organo tecnico (e, dunque, alla commissione giudicatrice) siano vincolanti per l'amministrazione che ha indetto la selezione, non riconoscendo alcun potere in proposito al consiglio di dipartimento in sede di proposta di chiamata⁴⁴.

Il giudizio valutativo espresso dalla commissione giudicatrice non potrebbe, dunque, essere "doppiato" dal consiglio di dipartimento, essendo precluso a quest'ultimo di potersi opporre alla immissione in ruolo del candidato vincitore per ragioni afferenti il suo non adeguato profilo professionale.

In altre parole, nel momento in cui il consiglio di dipartimento bandisca una procedura selettiva per il reclutamento di un professore universitario, il medesimo sarebbe tenuto, nel rispetto delle regole di evidenza pubblica cui si è autovincolato con l'indizione delle procedure, a dar corso alla chiamata, atteso che "la fase di selezione in senso stretto vincola e condiziona quella successiva di chiamata, costituendone il presupposto logico e giuridico indefettibile"⁴⁵, con l'ulteriore conseguenza che, una volta approvata la graduatoria dei candidati, "in assenza di ragioni di interesse pubblico ostative all'assunzione, si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e all'attività autoritativa dell'amministrazione e subentra un rapporto in gran parte connotato in senso sinalagmatico e paritario"⁴⁶.

Il ragionamento sotteso alle sentenze richiamate lascia dunque intendere che quello effettuato dal Dipartimento sia un giudizio in tutto analogo (quanto a contenuto e metodologia) a quello in precedenza formulato dalla Commissione (di cui costituirebbe, sostanzialmente, una "ripetizione").

Di conseguenza, la decisione concernente il se chiamare (o meno) un candidato idoneo da parte dell'ateneo costituirebbe scelta sostanzialmente "vincolata", in quanto automaticamente discendente dal giudizio formulato dalla Commissione⁴⁷.

Un diverso orientamento giurisprudenziale ha, al contrario, sostenuto che nei concorsi per chiamata di professore universitario la commissione giudicatrice

⁴⁴ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 febbraio 2020, n. 334; Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2855; TAR Puglia, Bari, sez. II, 14 marzo 2018, n. 348.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2855.

⁴⁶ TAR Puglia, Bari, sez. II, 14 marzo 2018, n. 348.

⁴⁷ In tal senso, v. le riflessioni esposte sul punto nel contributo di A. MARRA, in questo volume.

non debba procedere alla stesura di una graduatoria di merito, bensì limitarsi a predisporre una rosa di candidati idonei, all'interno della quale verrà individuato il soggetto maggiormente qualificato a ricoprire il posto messo a concorso⁴⁸.

La scelta del destinatario non dovrà pertanto ricadere sul candidato che, alla stregua delle sole valutazioni effettuate dalla commissione possa apparire più qualificato, “ben potendo il Dipartimento, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, non chiamare alcuno dei candidati, oppure rivolgere la propria preferenza su un altro soggetto all'interno della rosa di idonei, il cui profilo scientifico risulti più coerente con le indicazioni contenute nel bando e con l'impegno didattico che dovrà essere ricoperto”⁴⁹, il che esclude in radice il sorgere di qualsivoglia “diritto alla chiamata”, negato a più riprese dalla stessa giurisprudenza amministrativa⁵⁰.

Alla luce di una attenta disamina del disposto normativo in commento, si ritiene preferibile la soluzione interpretativa che afferma che il dipartimento non possa arrivare a formulare alcun giudizio sulla produzione scientifica dei candidati ritenuti idonei, assimilabile (*rectius*: sovrapponibile) a quello espresso dalla Commissione, dovendosi limitare alla verifica della permanenza delle condizioni (tra le quali rientrano a pieno titolo le esigenze didattiche e scientifiche) che hanno sollecitato la messa a posto del bando⁵¹.

Diverso sembrerebbe essere, invece, il caso relativo al giudizio di compatibilità del profilo individuato dalla Commissione giudicatrice con le disposizioni del codice etico dell'ateneo che ha bandito il posto.

Sul punto è infatti lo stesso art. 18 a chiarire che le regole della “chiamata” fissate dagli atenei con propri regolamenti debbano in ogni caso garantire che la scelta del candidato avvenga “*nel rispetto del codice etico*”, ed è dunque lo stesso legislatore primario ad aver attribuito al codice etico una primaria importanza, al punto da porlo quale baluardo fisso e inamovibile (in quanto tale, non derogabile dagli atenei).

In siffatta ipotesi, in particolare, la centralità di un giudizio di compatibilità del profilo del candidato (da parte del Consiglio di Dipartimento) con il “codice etico” si spiegherebbe proprio in ragione del fatto che comportamenti (del candidato vincitore) che si pongano in contrasto (anche se in minima parte) con detto codice siano suscettibili di compromettere l'immagine e il prestigio dell'ateneo, il cui apporto è essenziale alla formazione dei giovani⁵².

⁴⁸ TAR Toscana, Firenze, sez. I, 10 ottobre 2019, n. 1342; Id., 12 settembre 2017, n. 1086; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 18 febbraio 2013, n. 245.

⁴⁹ Ancora, le già citate TAR Toscana, Firenze, sez. I, 12 settembre 2017, n. 1086 e TAR Veneto, Venezia, sez. I, 18 febbraio 2013, n. 245.

⁵⁰ Cfr. *ex multis*, TAR Roma, Lazio, sez. III, 7 marzo 2016, n. 2908.

⁵¹ Sul punto, v. ancora le considerazioni di A. MARRA, in questo volume.

⁵² In merito si richiama la pronuncia della Corte conti, sez. III, 9 aprile 2009, n. 143, la quale ha osservato, con riferimento ad un episodio di plagio che lo stesso “butta un discredito enorme

Del resto, proprio con riferimento ad un diniego di chiamata per un posto di professore associato, anche la giurisprudenza ha affermato come l'amministrazione sia titolare di "un ampio potere discrezionale finalizzato a permettere l'instaurazione del rapporto di lavoro solo con i candidati che per qualità morali e personali e per *habitus* comportamentale diano ragionevole affidamento di assicurare la tutela della credibilità e del prestigio che deve contraddistinguere chi intende svolgere determinate funzioni"⁵³.

Tale ultimo assunto trova peraltro conferma nello stesso art. 18, nella parte in cui specifica che la proposta di chiamata debba essere deliberata dal Consiglio di dipartimento "a maggioranza assoluta dei professori di prima fascia aventi diritto per la chiamata di prima fascia e a maggioranza dei professori di prima e seconda fascia aventi diritto alla chiamata per i professori di seconda fascia"⁵⁴, il che sta a significare come la medesima possa sfociare anche in un esito negativo, alla luce di quanto si è detto in precedenza.

Passando ora ad esaminare la procedura di chiamata "diretta", di cui all'art. 29, comma 7, in ossequio alla quale, al contrario della procedura "aperta" sopra esaminata, non è prevista una valutazione comparativa né il possesso dell'abilitazione scientifica nazionale, vale la pena ricordare che la medesima è stata istituita per la prima volta negli anni '80 del secolo scorso, con la funzione di consentire alle università di reclutare – in assenza di una previa selezione pubblica comparativa – "studiosi eminenti di nazionalità non italiana" che ricoprivano analoga posizione in università straniere⁵⁵.

Successivamente, la legge 15 maggio 1997, n. 127 ha ampliato la portata applicativa della succitata disciplina, estendendola anche ad "eminenti studiosi di nazionalità italiana"⁵⁶, occupati in università straniere o insigniti di alti riconoscimenti scientifici in ambito internazionale.

sull'Ateneo al quale appartiene [...], in relazione all'altissimo rilievo che la stessa Carta costituzionale assegna alla scuola, alla formazione culturale e all'insegnamento, nel quadro dei valori "etico sociali" della Repubblica, ex articoli 33 e 34 Cost."

⁵³ TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 luglio 2017, n. 1147, V. in senso conforme anche Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6417.

⁵⁴ Art. 18, legge 240/2010, cit.

⁵⁵ Cfr. in particolare l'art. 4, comma 1, d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382, il quale stabilisce che "il Ministro della pubblica istruzione, su richiesta delle facoltà e su parere del Consiglio universitario nazionale, può riservare una percentuale di posti di professore ordinario non superiore al 5 per cento della dotazione organica di ogni singola facoltà, alle proposte di chiamata diretta, da parte delle facoltà, di studiosi eminenti di nazionalità non italiana che occupino analoga posizione in Università straniere".

⁵⁶ Cfr. l'art. 17, comma 112, secondo cui "fino al riordino della disciplina relativa allo stato giuridico dei professori universitari e del relativo reclutamento, il Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, con proprio decreto, definisce i criteri per la chiamata diretta, da parte delle facoltà, di eminenti studiosi, non solo italiani, che occupino analoga posizione in università straniere o che siano insigniti di alti riconoscimenti scientifici in ambito internazionale".

Detto canale “privilegiato” di accesso ai ruoli del corpo docente universitario è stato oggetto negli anni di diverse modifiche e ripensamenti da parte del legislatore⁵⁷, che si sono tradotte anche nella previsione di un’ulteriore modalità di immissione in ruolo non rientrante nel sistema ordinario di reclutamento, costituita dalla chiamata di studiosi di “chiara fama”⁵⁸.

La legge Moratti ha successivamente esteso l’ambito di applicazione delle c.d. chiamate in deroga agli ordinari sistemi di selezione, riconoscendo in capo alle università la possibilità di procedere alla chiamata diretta ai fini di inquadramento nei ruoli di professore ordinario e associato di “studiosi stranieri o italiani impegnati all’estero” che abbiano conseguito presso la propria sede “un’idoneità accademica di pari livello” oppure che, sulla base dei medesimi requisiti, abbiano “già svolto per chiamata diretta autorizzata dal Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca un periodo di docenza nelle università italiane”⁵⁹.

La legge Gelmini, da ultimo, pur mantenendo pressoché immutato l’impianto succitato, ha riconosciuto in capo alle università la possibilità – nell’ambito delle relative disponibilità di bilancio – di procedere, mediante chiamata diretta, all’inquadramento nei ruoli di professore ordinario, associato o ricercatore, di studiosi che abbiano svolto stabile attività all’estero, o coordinatori di progetti di grande rilevanza⁶⁰, nonché studiosi di chiara fama (per la sola posizione di professore ordinario)⁶¹.

⁵⁷ Il d.m. 27 luglio 1997 ha esteso l’applicazione anche alla II fascia della docenza, subordinando tuttavia la procedura di chiamata: 1) alla “disponibilità delle risorse da parte dell’amministrazione universitaria che effettua la chiamata”; 2) all’aver occupato da almeno un triennio analogo posizione in università straniere; 3) all’essere insigniti di alti riconoscimenti scientifici in ambito internazionale; 4) all’aver ricoperto per almeno un triennio incarichi direttivi in qualificati istituti di ricerca internazionale.

⁵⁸ Disciplinate inizialmente dalla legge 15 maggio 1997, n. 127 e successivamente dalla legge 4 novembre 2005, n. 230. Si tenga presente che anche la chiamata diretta non richiede il possesso dell’abilitazione, ma prevede esclusivamente il parere delle commissioni nominate per l’abilitazione scientifica nazionale del settore concorsuale per il quale la chiamata è richiesta.

⁵⁹ Art. 1, comma 9, legge 4 novembre 2005, n. 230.

⁶⁰ In particolare, ai sensi dell’art. 29, comma 7, legge Gelmini, si stabilisce che possano essere immessi in ruolo gli studiosi: 1) impegnati all’estero da almeno un triennio in attività di ricerca o insegnamento universitario, che ricoprano una posizione accademica equipollente in istituzioni universitarie o di ricerca estere, ai sensi della tabella di corrispondenza di cui al d.m. n. 662/2016; 2) studiosi che abbiano già svolto per chiamata diretta autorizzata dal Ministero un periodo di almeno tre anni di ricerca e di docenza nell’università italiana e conseguito risultati scientifici congrui rispetto al posto per il quale viene proposta la chiamata (sul punto, cfr. i d.m. n. 13/2001, 501/2003 e 18/2005; 3) studiosi che risultino vincitori nell’ambito di specifici programmi di ricerca di alta qualificazione, finanziati dall’Unione europea o dal MIUR (cfr. d.m. 28 dicembre 2015).

⁶¹ A tali fini, le università formulano specifiche proposte al Ministro dell’istruzione, dell’uni-

Ambedue le procedure in commento hanno suscitato critiche da parte della dottrina, poiché ritenute strumenti potenzialmente idonei a determinare un (significativo) affievolimento dell'autonomia universitaria, nonché in grado di favorire aggiramenti della regola del concorso pubblico in assenza di valide ragioni giustificatrici⁶².

Analoghe perplessità (che hanno interessato plurimi profili, a cominciare dallo stesso procedimento di nomina delle commissioni, rimesso in capo agli organi governativi⁶³) sono state sollevate con riferimento al “Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta”, istituito nel 2016 al fine di finanziare il reclutamento straordinario – in deroga dunque alle disposizioni previste nella legge n. 240/2010 – di professori universitari di prima e seconda fascia “di elevato e riconosciuto merito scientifico”, previamente selezionati “nel rispetto di criteri volti ad accertare l'eccellenza dei percorsi individuali di ricerca scientifica”, nell'obiettivo di “accrescere l'attrattività nel rispetto di criteri volti ad accertare l'eccellenza dei percorsi individuali di ricerca scientifica”⁶⁴.

Occorre ricordare che l'istituto in esame ha avuto una vita piuttosto breve, atteso che a seguito del parere espresso dal Consiglio di Stato sullo schema di DPCM⁶⁵ (cui il legislatore aveva demandato la definizione delle procedure) – nel quale i giudici, *inter alia*, hanno criticato “l'assenza di una disposizione che

versità e della ricerca che, entro 30 giorni, concede o rifiuta il nulla osta alla nomina, previo parere della commissione nominata per l'espletamento delle procedure di abilitazione scientifica nazionale, per il settore per il quale è proposta la chiamata. Il parere della commissione non è richiesto nel caso di chiamate di studiosi che siano risultati vincitori di uno dei programmi di ricerca di alta qualificazione, effettuate entro tre anni dalla vincita del programma, o di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico previamente selezionati mediante procedure nazionali. Il rettore, con proprio decreto, dispone la nomina determinando la relativa classe di stipendio sulla base della eventuale anzianità di servizio e di valutazioni di merito.

⁶² Sul punto, v. A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte tragiche, incubi giuridici*, cit., 156. Del resto, la stessa Corte Costituzionale ha in più occasioni ricordato come l'art. 97 Cost. individui nel pubblico concorso lo strumento preferibile di accesso all'impiego pubblico, poiché ritenuto il mezzo più idoneo a garantire il rispetto dei principi di imparzialità e *par condicio* tra i partecipanti, ammettendo la possibilità di derogare a detto meccanismo solo in casi del tutto eccezionali, quando lo scostarsi dallo stesso si riveli a sua volta maggiormente funzionale al buon andamento della pubblica amministrazione e ricorrano straordinarie esigenze d'interesse pubblico. V., *ex plurimis*, Corte cost., 19 maggio-21 maggio 2014, n. 134; Id., 18 luglio-13 settembre 2012, n. 217; Id., 19 maggio-21 maggio 2014, n. 134.

⁶³ In dottrina, v. le riflessioni di L. GIANI, *Le molteplici chiamate dei docenti universitari. Prime riflessioni sulle c.d. cattedre Natta*, cit., 689 ss. e C. BARBATI, *L'altro reclutamento universitario: la chiamata diretta*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1232 ss.

⁶⁴ Art. 1, commi 207-212, legge 28 dicembre 2015, n. 208.

⁶⁵ Nel parere espresso dal Cons. Stato, 4 novembre 2016, n. 2303, si rileva in particolare “l'assenza di una disposizione che preveda in qualche misura il coinvolgimento degli atenei nel procedimento di nomina dei membri delle commissioni di valutazione e l'omessa consultazione del mondo accademico nel corso dell'elaborazione dello schema”.

preveda in qualche misura il coinvolgimento degli atenei nel procedimento di nomina de membri delle commissioni di valutazione e l'omessa consultazione del mondo accademico nel corso dell'elaborazione dello schema" – la legge di bilancio del 2019 ha abrogato le disposizioni istitutive del succitato fondo⁶⁶.

Accanto alle procedure sopra descritte la legge Gelmini, come si è accennato in precedenza, ha previsto un ulteriore meccanismo di reclutamento, riservato ai soli "interni", ovvero ai ricercatori o ai professori già incardinati presso l'ateneo che dispone la chiamata.

Il comma 5 dell'art. 24 disciplina, in particolare, la procedura della c.d. *tenu-re track*, la quale consente ai ricercatori universitari che inizialmente rivestano una posizione "a termine" all'interno dell'ateneo (c.d. ricercatore a tempo determinato di tipo b)⁶⁷, di essere chiamati nel ruolo di professore associato nel caso in cui ricorrano due condizioni, rappresentate dal possesso del titolo di abilitazione scientifica nazionale e dalla positiva valutazione operata dall'ateneo di appartenenza⁶⁸.

Il successivo comma 6 sancisce, poi, la possibilità che la procedura sopra descritta possa essere utilizzata dalle università – per un periodo transitorio intercorrente dalla data di entrata in vigore della legge 240 e fino al 31 dicembre del decimo anno successivo⁶⁹ – ai fini dell'inquadramento in ruolo (quali professori di prima e seconda fascia) di candidati "in servizio nell'università

⁶⁶Cfr. art. 1, comma 788, legge 30 dicembre 2018, n. 145.

⁶⁷Come noto, la legge n. 240/2010, all'articolo 24, ha individuato due tipologie di contratti di ricerca a tempo determinato. La prima (tipo A, c.d. ricercatori "junior") consiste in contratti di durata triennale, prorogabili per due anni, per una sola volta, previa positiva valutazione delle attività didattiche e di ricerca svolte. La seconda (tipo B, c.d. ricercatori "senior") consiste in contratti triennali, non rinnovabili, riservati a candidati che hanno usufruito dei contratti di tipo A, o che hanno conseguito l'abilitazione scientifica nazionale (ASN), o che sono in possesso del titolo di specializzazione medica, ovvero che, per almeno tre anni anche non consecutivi, hanno usufruito di assegni di ricerca o di borse post-dottorato, oppure di contratti, assegni o borse analoghi in università straniere (nonché, ai sensi dell'art. 29, comma 5, della medesima legge n. 240/2010, a candidati che hanno usufruito per almeno 3 anni di contratti a tempo determinato stipulati in base all'art. 1, comma 14, legge n. 230/2005). Deve segnalarsi che, con ordinanza del 10 gennaio 2020, n. 240, il Cons. Stato, sez. VI, ha rimesso alla Corte di Giustizia la valutazione della conformità al diritto dell'Unione europea (ed in particolare all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato) del diritto nazionale concernente lo status dei ricercatori a tempo determinato, nella parte in cui la legge Gelmini precarizza strutturalmente la figura del ricercatore universitario.

⁶⁸Le procedure di valutazione sono individuate con apposito regolamento di Ateneo nell'ambito dei criteri fissati con decreto dal Ministero.

⁶⁹Originariamente, il termine era fissato al sesto anno successivo al 31 dicembre 2010, prorogato all'ottavo anno (ai sensi dell'art. 4, comma 3-bis, d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, conv., con modif., in legge 27 febbraio 2017, n. 19) e, successivamente, aumentato al decimo anno (ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b), d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, conv., con modif., in legge 20 dicembre 2019, n. 159).

medesima” (ricercatori a tempo indeterminato e professori di seconda fascia “interni”)⁷⁰.

L’attuale sistema di reclutamento prevede, dunque, che le singole Università abbiano facoltà di coprire i posti vacanti ricorrendo, fino ad un massimo della metà dei posti disponibili, a procedure di chiamata riservate ai docenti in servizio che abbiano conseguito l’abilitazione (o siano idonei) e, per un minimo dei posti disponibili, a procedure di chiamata aperte a tutti i soggetti che siano in possesso dei requisiti di cui all’art. 18, riservandone almeno un quinto a soggetti che, nell’ultimo triennio, non abbiano prestato servizio o non siano stati titolari di assegni di ricerca ovvero iscritti a corsi universitari presso la stessa università⁷¹.

Con precipuo riferimento alla procedura di cui all’art. 24, comma 6, occorre considerare che i giudici amministrativi, nell’esaminare i regolamenti di alcuni atenei che erano ricorsi alla succitata procedura, si sono domandati fino che punto la snellezza del meccanismo di chiamata ivi previsto potesse giustificare una contrazione delle garanzie proprie delle procedure concorsuali ordinarie.

Secondo un primo orientamento, che risulta minoritario, la chiamata degli interni avrebbe sempre carattere diretto, e dunque non necessiterebbe dell’espletamento di alcuna procedura selettiva di natura comparativa, atteso che la *ratio* giustificatrice della chiamata diretta risiederebbe proprio nella libertà dell’ateneo di scegliere il proprio candidato, non costituendo “il risultato di un

⁷⁰ L’atto di indirizzo del MIUR, nel recepire l’Aggiornamento 2017 del PNA, ha evidenziato il rischio di pressioni indebite sulle assunzioni previste a seguito del ricorso alla procedura di reclutamento in esame, auspicando, anche attraverso specifiche previsioni regolamentari, che le Università adottino misure volte ad eliminare tale problematicità. Sul punto, cfr. Corte Costituzionale, 24 luglio 2020, n. 165, la quale si è espressa in ordine alla questione di legittimità costituzionale dell’articolo 24, comma 6, legge Gelmini, in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, sollevata con ordinanza da TAR Calabria, Sez. I, Catanzaro, 30 aprile 2019, n. 858.

⁷¹ Cfr. art. 18, comma 4, legge n. 240/2010, interpretato da TAR Piemonte, Torino, sez. I, 3 giugno 2017, nel senso di escludere dalla partecipazione alle selezioni indette sulla base di detta disposizione coloro che abbiano svolto, presso la medesima università, attività di insegnamento in qualità di professore a contratto nel triennio anteriore alla pubblicazione del decreto che indice la procedura. Più recentemente, TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 3 agosto 2020, n. 1510, il quale ha accolto l’orientamento giurisprudenziale maggiormente restrittivo in relazione all’interpretazione della locuzione “prestazione di servizio” di cui all’articolo 18, comma 4, ritenendo che il legislatore, al fine di dare attuazione al principio costituzionale di imparzialità dell’azione amministrativa, abbia espresso la chiara intenzione di favorire, almeno per una quota delle risorse assunzionali, gli scambi culturali tra le Università, precludendo la partecipazione ai concorsi riservati agli esterni a tutti coloro che “hanno avuto rapporti con l’Università e che pertanto potrebbero astrattamente ricevere un trattamento preferenziale nell’ambito della procedura competitiva”, tra i quali devono essere senz’altro inclusi i professori a contratto.

giudizio di comparazione con altri aspiranti al posto”, ma sostanziandosi semmai in una selezione che avviene “*intuitu personae*”⁷².

Un secondo orientamento, maggiormente rispettoso dei principi di *par condicio* tra i partecipanti, trasparenza e pubblicità, ritiene al contrario, ed in maniera condivisibile, che anche in presenza di progressioni “interne” non sia mai possibile derogare alla regola di necessaria pubblicità prevista per le procedure di reclutamento, atteso che tale strumento risulta essere funzionale al rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione⁷³.

È infatti evidente che la previsione di forme alternative alle ordinarie procedure di reclutamento, pur involgendo necessariamente la discrezionalità del legislatore, esige in ogni caso il medesimo rispetto dei canoni di imparzialità e trasparenza, non foss’altro perché “l’oggetto del contendere è, pur sempre, un concorso ad un pubblico impiego”⁷⁴, al quale devono poter partecipare tutti i soggetti in possesso dei requisiti previsti dalla procedura in esame.

Del resto, l’osservanza dei principi di selettività e di *favor* per la massima partecipazione anche alle procedure riservate agli interni, oltre a ricavarsi indirettamente dall’art. 1, comma 4, della legge Gelmini (il quale pone tra i principi ispiratori della riforma un chiaro riferimento a “criteri di qualità, trasparenza e promozione del merito”), troverebbe precisa conferma nel dato letterale di cui al comma 6 dell’art. 24⁷⁵, nonché nelle disposizioni generali in tema di pubblico impiego relative alle progressioni interne⁷⁶.

Sulla base di tali coordinate ermeneutiche non andrebbero dunque esenti da profili di illegittimità quelle procedure bandite in assenza di adeguata pubblicità, in quanto inidonee ad assicurare condizioni di parità a tutti quei candidati in possesso dei requisiti previsti ed in servizio presso la medesima università⁷⁷.

⁷² TAR Veneto, Venezia, sez. I, 30 aprile 2019, n. 535; TAR Campania, Napoli, sez. II, 31 marzo 2017, n. 1746; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 12 settembre 2017, n. 1093.

⁷³ Cfr., *ex multis*, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 3 giugno 2019, n. 1269; Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2018, n. 7155.

⁷⁴ Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2017, n. 1856.

⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2018, n. 7155, nel quale si afferma chiaramente che la norma succitata fa espresso riferimento all’università e non al dipartimento.

⁷⁶ Cfr. art. 35, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁷⁷ Cfr. il già richiamato Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2018, n. 7155 e TAR Lombardia, Milano, sez. III, 3 giugno 2019, n. 1269, il quale ha dichiarato illegittimo il bando di chiamata che conteneva un profilo del candidato così dettagliato da sembrare *ad personam*, riferito a competenze già acquisite ed oltremodo particolari, favorendo per tale via una promozione non correlata ad un’obiettiva comparazione dei ricercatori in servizio.

4. *La clausola di incandidabilità di cui all'art. 18, comma 1, lett. b) e c), legge 30 dicembre 2010, n. 240 e i conflitti di interesse tra partecipante alla procedura di reclutamento e membro della commissione giudicatrice*

Un notevole dibattito in giurisprudenza si è registrato anche in relazione alla questione concernente l'ambito di applicazione della clausola di incandidabilità di cui all'art. 18, comma 1, lett. b) e c), ultimo periodo, legge 30 dicembre 2010, n. 240, introdotta dal legislatore al fine di contrastare episodi di c.d. nepotismo universitario.

La *ratio* della disposizione va ricercata nella necessità di prevenire, nelle procedure concorsuali universitarie, il rischio di (una potenziale) alterazione dei canoni di imparzialità, buon andamento e *par condicio* di cui all'art. 97 Cost., mediante l'introduzione di limitazioni riferite alla situazione soggettiva dei potenziali candidati⁷⁸.

La norma in esame individua, in particolare, una causa di preclusione alle procedure di chiamata dei professori, agli assegni di ricerca, ai contratti per i ricercatori a tempo determinato e ai "contratti a qualsiasi titolo erogati dall'ateneo"⁷⁹, nella sussistenza di "un grado di parentela o di affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che abbia effettuato la stessa chiamata, ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione dell'ateneo".

Nel silenzio della legge, all'interprete è spettato il compito di chiarire se la disciplina in parola potesse essere suscettibile di interpretazione analogica o estensiva anche a casi non espressamente previsti dal legislatore.

Con particolare riferimento al profilo oggettivo della disposizione, la giurisprudenza amministrativa, sulla scia di quanto già previsto dall'ANAC e dal MUR nei già richiamati atti di indirizzo, ha ritenuto ampliabile il raggio di operatività del divieto di legge anche ad altre procedure concorsuali – quali le chiamate di cui all'art. 24, comma 6, della legge n. 240/2010⁸⁰, le convenzioni

⁷⁸ Sul tema dell'imparzialità, si veda, da ultimo, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018.

⁷⁹ Il TAR Toscana, Firenze, sez. I, 20 aprile 2018, n. 557, ha stabilito che rientra nel divieto in esame anche la procedura che abbia ad oggetto il conferimento di un incarico episodico di lavoro autonomo, laddove il soggetto vincitore abbia un rapporto di parentela con un membro del Consiglio di amministrazione del medesimo ateneo.

⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4704; Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 21 novembre 2016, n. 417; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 16 gennaio 2015, n. 53. *Contra*, TAR Campania, Napoli, sez. II, 14 novembre 2016, n. 5234, secondo cui "deve escludersi l'applicazione delle cause di incompatibilità previste dall'art. 18, comma 1, lett. b) e c), l. n. 240 del 2010 anche alle procedure di chiamata ex art. 24, comma 6, sia perché il loro ambito applicativo è espressamente circoscritto alle procedure di chiamata disciplinate dall'art. 18 cit., sia perché la disciplina di cui all'art. 24 cit. ha carattere derogatorio ed eccezionale ... trattan-

di cui all'art. 6, comma 2, gli scambi di docenti ai sensi dell'art. 7, comma 3, della medesima legge⁸¹, i concorsi per ricercatore a tempo indeterminato⁸² – nell'ottica di assicurare il rispetto di quella parità di trattamento consacrata nell'art. 3 Cost.⁸³.

Per quanto concerne, invece, il profilo soggettivo, la giurisprudenza si è anzitutto domandata se il divieto di candidabilità di cui alla norma in esame potesse essere esteso in via esegetica fino a ricomprendere il coniugio, non previsto nell'elenco individuato dal legislatore né enucleabile tra i rapporti di affinità e parentela⁸⁴.

Diverse pronunce dei giudici amministrativi, anche di secondo grado, hanno interpretato in maniera estensiva il divieto di legge, sull'argomento per cui, se l'affinità presuppone il coniugio ai sensi dell'art. 78 c.c., sarebbe incoerente che il rapporto nascente dal matrimonio non rientrasse in detto divieto, atteso che la "familiarità" tra il candidato ed uno dei soggetti individuati nell'art. 18 raggiungerebbe in detta ipotesi la massima intensità, in considerazione peraltro dei diversi obblighi espressamente sanciti nel codice civile⁸⁵.

L'interpretazione favorevole ad una estensione esegetica del dettato normativo è stata avallata anche dal MIUR nell'atto di indirizzo relativo all'aggiornamento al Piano Nazionale Anticorruzione presentato dall'ANAC, all'interno del quale erano già state incluse, tra le cause d'incompatibilità, quelle riguardanti i rapporti di coniugio e di convivenza⁸⁶.

dosi di procedura semplificata, più rapida ed anche economica (stante la minore incidenza in termini di punti organico rispetto alle altre procedure di chiamata)".

⁸¹ Con delibera 22 novembre 2017, n. 1208.

⁸² Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2018, n. 4841.

⁸³ Dovendo peraltro essere assicurata in ogni fase della procedura di reclutamento e non solo se il conflitto di interessi si configuri nel momento finale della stessa. Cfr. Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, 21 novembre 2016, n. 417, nel quale si chiarisce che il trasferimento presso altro dipartimento del parente (già in servizio) non faccia venire meno il divieto di partecipazione per il (parente) candidato laddove detto trasferimento sia avvenuto poco prima della delibera di indire la procedura, in quanto inidoneo a interrompere le relazioni di influenza esistenti tra professore appartenente al dipartimento e componenti del Consiglio di Dipartimento.

⁸⁴ Sul tema, v. R. CALVANO, *Il curioso caso del "parente di grado zero". Il populismo universitario approda al Consiglio di Stato?*, cit., 480 ss., F. CRISTANI, *Coniugio, parentela, affinità e imparzialità dell'amministrazione: l'unità della famiglia giustifica la differenza?*, cit., 774 ss.

⁸⁵ Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 2013 n. 1270. V. anche TAR Abruzzo, L'Aquila, 25 ottobre 2012 n. 703; TAR Campania, Napoli, sez. II, 24 maggio 2013 n. 2748; TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 settembre 2015, n. 11393. *Contra*, Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2018 n. 1202. Analogo ragionamento è stato formulato anche con riferimento ad ipotesi di convivenza *more uxorio* (cfr., da ultimo, TAR Puglia, Bari, sez. I, 7 marzo 2019, n. 367; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 6 febbraio 2019, n. 350).

⁸⁶ In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2018, n. 4841.

Nel 2018, tuttavia, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, nel ritenere che la testuale esclusione non consentisse di addivenire ad una interpretazione conforme a Costituzione, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 97, nella parte in cui il divieto in parola non include il rapporto matrimoniale⁸⁷.

La Corte costituzionale, pronunciata con sentenza 9 aprile 2019, n. 78, ha ritenuto non fondata la questione, fornendo una interpretazione diametralmente opposta a quella sostenuta nelle pronunce poc'anzi ricordate.

I giudici della Consulta, in particolare, hanno escluso la possibilità di un'estensione in via esegetica delle ipotesi previste nell'art. 18, sull'assunto per cui la differenziazione operata dal legislatore – alla luce delle specifiche peculiarità che caratterizzano il rapporto di coniugio rispetto a quelle di affinità e di parentela – risponderrebbe pienamente al canone di ragionevolezza previsto in Costituzione.

È del resto piuttosto evidente che il rapporto supportato da un vincolo matrimoniale si atteggi in maniera differente rispetto a tutte le altre situazioni personali contemplate dalla disposizione censurata, solo se si pensi alla sussistenza dell'elemento volontaristico – il quale difetta negli altri rapporti considerati – nonché alle responsabilità e ai doveri civili che derivano da un siffatto vincolo.

La presenza di tali elementi differenziali varrebbe, dunque, a giustificare, sul piano della ragionevolezza, il trattamento riservato dalla disposizione censurata al vincolo derivante dal matrimonio, poiché diversamente ragionando si pregiudicherebbero “le molteplici ragioni dell'unità familiare”.

Superando le censure mosse dai giudici amministrativi in relazione alla presunta irragionevolezza della disposizione, la scelta interpretativa della Consulta si è dunque fondata sul differente bilanciamento che deve essere operato tra il diritto di ogni cittadino a partecipare ai concorsi universitari e le ragioni di imparzialità, qualora a venire in rilievo sia un rapporto coniugale⁸⁸.

L'attuale regolazione delle situazioni che precludono la partecipazione alle procedure di chiamata costituirebbe, dunque, il risultato di un contemperamento non irragionevole tra la pluralità di interessi coinvolti, non ponendosi in contrasto né con il parametro di cui all'art. 3 Cost., né con i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Del resto, il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento nelle procedure concorsuali sarebbe già garantito a monte dell'intera procedura, con particolare riguardo alla formazione delle commissioni

⁸⁷ Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, ord. 8 febbraio 2018, n. 76.

⁸⁸ A giudizio della Corte, infatti, mentre le situazioni indicate tassativamente nell'art. 18 determinano, in via generale, la prevalenza delle esigenze di imparzialità sul diritto ai concorsi universitari, nel caso del coniugio, al contrario, il bilanciamento da effettuarsi richiede un contemperamento con le ragioni afferenti l'unità familiare, anch'esse tutelate in Costituzione.

giudicatrici e ai rimedi dell'astensione e della ricsuzione di cui agli artt. 51 e 52. c.p.c.

La soluzione cui è pervenuta la Corte restituisce, dunque, nitidezza ad un quadro che negli ultimi anni aveva lasciato emergere più di un dubbio alle Università in sede di stesura dei regolamenti, lasciando tuttavia ancora da chiarire se il ragionamento elaborato con riferimento al rapporto di coniugio possa valere anche nei confronti di altri rapporti affettivi – suscettibili di presentare analoghe problematiche – aventi il carattere della stabilità ma non suggellati dal vincolo matrimoniale, quali le convivenze *more uxorio* e le unioni civili⁸⁹.

Ulteriore profilo problematico che ha interessato la giurisprudenza, sempre con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 18, ha riguardato il diverso caso in cui il candidato non abbia legami di parentela o di affinità con i soggetti individuati dalla norma in esame, ma sia egli stesso membro di uno degli organi deliberativi della procedura concorsuale cui il medesimo intenda partecipare.

A fronte di alcune pronunce che hanno categoricamente escluso l'applicabilità del divieto sull'argomento per cui, anche a voler estendere al massimo della portata semantica le espressioni adoperate dal legislatore, vi sarebbero delle evidenti differenze tra la situazione in cui venga ad esistenza “un rapporto di parentela, o affinità, o coniugio, dal quale deriva l'incompatibilità” e quella concernente “la titolarità in proprio di interessi potenzialmente confliggenti con quelli dell'organo/ente cui si appartiene”⁹⁰, ve ne sono state altre che, al contrario, hanno ritenuto estensibile la clausola di incandidabilità sulla base di una lettura costituzionalmente orientata (antecedente, tuttavia, all'intervento della Corte Costituzionale nel 2019) facente leva sulla suggestiva teoria del “parente di grado zero”, in base alla quale il candidato-membro sarebbe “parente di sé stesso”, e dunque sarebbe enucleabile tra i soggetti incandidabili⁹¹.

La soluzione da ultimo delineata non pare, tuttavia, convincere pienamente, atteso che il legislatore, con l'introduzione del divieto di cui all'art. 18, ha inteso disciplinare un'ipotesi specifica di conflitto di interessi, legata all'esistenza dei

⁸⁹ Alla luce del mutato scenario delineato dalla pronuncia esaminata, il MUR (con nota interpretativa del 18 aprile 2019) ha invitato gli Atenei a verificare quanto previsto nei propri regolamenti, al fine di renderli coerenti ai principi espressi dalla Corte costituzionale.

⁹⁰ Ordinanza TAR Toscana, Firenze, sez. I, 9 marzo 2017, n. 126; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2018, n. 186 (nel caso di specie, il fatto che il ricorrente si fosse astenuto dal partecipare alla votazione della delibera di indizione della procedura ha escluso il venire in rilievo dell'obbligo di astensione del pubblico dipendente di cui all'art. 6 *bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241).

⁹¹ TAR Puglia, Bari, sez. I, 7 luglio 2016, n. 874; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 4 giugno 2018, n. 487 e, da ultimo, Cons. Stato, 18 gennaio 2019, n. 477, il quale, dopo aver affermato che sussiste la causa di incompatibilità qualora l'istanza di partecipazione sia avanzata direttamente da un componente del Consiglio di amministrazione, ha precisato che il regolamento dell'ateneo, che estenda le cause di incompatibilità previste per legge nei soli casi di parentela od affinità anche alla posizione personale del partecipante, integra la fattispecie non coperta dalla disciplina dell'art. 18 alla luce della sua *ratio*.

rapporti di parentela o affinità, e non la diversa situazione del conflitto coinvolgente interessi propri.

Il ragionamento adoperato dai giudici corre infatti il rischio di incentivare letture esegetiche estensive “*ad libitum*” del divieto in parola, con l’effetto di legittimare l’applicazione del divieto a casi e fattispecie in alcun modo contemplate dalla normativa di riferimento (in netto contrasto con la *ratio* della stessa norma e con quanto affermato di recente dalla Corte costituzionale).

Ipotesi di conflitto “proprio”, semmai, andrebbero risolte ricorrendo al generale obbligo di astensione, idoneo di per sé a rimuovere alla radice il conflitto stesso.

Ricostruito il tema relativo alla clausola di incandidabilità introdotta nel 2010 dal legislatore, occorre, infine, brevemente soffermarsi sulle cause di incompatibilità che possono sorgere tra candidato alla procedura concorsuale e membro della commissione giudicatrice.

La legge Gelmini non ha previsto una disposizione specifica in ordine alle incompatibilità sussistenti in capo ai componenti delle commissioni di concorso, venendo in rilievo i principi generali in materia di astensione e ricusazione del giudice, previsti dagli artt. 51 e 52 c.p.c. e richiamati nell’art. 11, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, in quanto strettamente connessi al trasparente e corretto esercizio delle funzioni pubbliche.

L’estensione dell’ambito di applicazione delle predette disposizioni a tutti i campi dell’azione amministrativa è da ricondursi, come noto, all’opera esegetica della giurisprudenza, la quale ha avuto il merito di ricondurle al principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost., pur nella costante specificazione che le cause di incompatibilità in esse contenute “rivestono carattere tassativo e, come tali, sfuggono ad ogni tentativo di estensione analogica, stante l’esigenza di assicurare la certezza dell’azione amministrativa”⁹².

Con particolare riferimento ai componenti delle commissioni di concorso chiamati a valutare il personale docente in ambito universitario, l’orientamento giurisprudenziale è da sempre costante nel ritenere che i rapporti personali di

⁹² Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628; Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015; Id., sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577 e TAR Lazio, sez. III-*bis*, 25 maggio 2015, n. 7435. Non sono tuttavia mancate alcune pronunce che, in seguito all’adozione della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dell’introduzione dell’art. 6-*bis* nella legge 7 agosto 1990, n. 241, hanno sostenuto che la legge sul procedimento contenga un obbligo di astensione generale per tutti i procedimenti amministrativi tale per cui, trattandosi di norma sopravvenuta e di pari forza rispetto all’art. 11 richiamato, andrebbe ad integrare l’art. 51 c.p.c., nel senso di obbligare i commissari a segnalare non solo le cause di incompatibilità fissate nella norma da ultimo richiamata ma anche ogni altra situazione atipica di potenziale conflitto di interessi (cfr., per es. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 402; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 16 maggio 2019, n. 601). Tuttavia, la giurisprudenza più recente (per la quale, v. TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 febbraio 2020, n. 120) ha ribadito come il dovere di astensione in materia di concorsi pubblici continui a discendere dall’art. 51 c.p.c. anche successivamente all’entrata in vigore dell’articolo di cui alla legge sul procedimento.

colleganza o collaborazione tra alcuni componenti della commissione e determinati candidati non siano sufficienti di per sé a configurare un vizio nella composizione della commissione stessa⁹³, non potendo le cause di incompatibilità previste dall'art. 51 c.p.c. (tra le quali non rientrano l'appartenenza allo stesso ufficio del candidato e il rapporto di subordinazione o di collaborazione tra i componenti della commissione e il candidato stesso) essere oggetto di estensione analogica qualora non ricorrano ulteriori elementi che indichino una situazione di intensità e sistematicità tali da configurare un vero e proprio sodalizio professionale⁹⁴.

I rapporti di collaborazione intellettuale tra maestro ed allievo non hanno dunque rilevanza ai fini di un conflitto di interessi, qualora tali rapporti non siano anche di diversa tipologia e di entità⁹⁵. In tal senso, può rivelarsi decisiva la circostanza per cui il rapporto tra commissario e candidato, trascendendo la dinamica istituzionale delle relazioni docente e allievo, si sia concretato in un autentico sodalizio professionale, in quanto tale "connotato dai caratteri della stabilità e della reciprocità d'interessi di carattere economico"⁹⁶, oppure in "un

⁹³ Cons. Stato, sez. VI, 29 agosto 2017, n. 4105.

⁹⁴ La giurisprudenza ha chiarito, per esempio, che non sussiste incompatibilità laddove la collaborazione scientifica tra candidato e componente abbia avuto carattere di mera occasionalità (TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 7 febbraio 2020, n. 120), come è da escludere che il mero fatto di una collaborazione tra un candidato ed un commissario nell'ambito del medesimo PRIN possa assurgere *ex se* a indice di una comunanza, o altra forma qualificata di commissione, di interessi economici (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 23 marzo 2018, n. 170). Tuttavia, v. anche Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5610, il quale ha precisato che "non v'è dubbio che, in passato, il carattere ristretto della comunità scientifica di un determinato settore di riferimento potesse giustificare la deroga alle norme di astensione che presiedono a qualsiasi procedura concorsuale. Ma nel momento in cui le università ed i docenti ad esse addetti raggiungono un'ampia diffusione numerica sul territorio, il giudice della legittimità deve poter valutare se quel carattere di ristrettezza degli appartenenti al determinato settore scientifico in questione sussista ancora". Conseguentemente i giudici d'appello, ravvisando sul territorio nazionale un numero non ristretto di professori ordinari nel SSD oggetto della procedura, hanno ritenuto non più giustificabile la deroga di cui in oggetto.

⁹⁵ Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2014, n. 5618. Occorre, tuttavia, dare conto di un orientamento emerso recentemente (Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3206, che pare tuttavia destinato a restare isolato), in base al quale sarebbero da ricondurre al concetto di "intensità di collaborazione" anche quegli elementi, relativi al rapporto di collaborazione accademica, che non costituiscono di norma anomalie all'interno di un rapporto di siffatta natura, quali il supporto all'attività didattica, l'assistenza agli esami, la condivisione dello stesso ufficio.

⁹⁶ TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 14 gennaio 2019, n. 67; Cons. Stato, sez. VI, 24 agosto 2018, n. 5050; Id., 3 luglio 2014, n. 3366; TAR Piemonte, Torino, sez. I 16 maggio 2019, n. 601 (nella quale si fa riferimento all'ipotesi dell'associazione professionale); Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3206; TAR Campania, Napoli, sez. II, 25 gennaio 2017, n. 503 (nelle quali si è affermato che "la lunga, assidua e stabile vicinanza professionale, finanche logistica, tra un commissario ed un candidato è di per sé astrattamente idonea a porre in dubbio la distanza e l'oggettività di giudizio che i concorsi pubblici debbono sempre assicurare, a maggior ragione con riguardo alle forme

rapporto personale di tale intensità da fare sorgere il sospetto che il giudizio non sia stato improntato al rispetto del principio di imparzialità”⁹⁷.

Con riferimento, invece, ai c.d. coautoraggi, la giurisprudenza ha precisato come non debba essere considerata fonte di conflitto di interessi la circostanza per cui un commissario ed un candidato abbiano pubblicato una o più opere insieme, stante la normalità di detta dinamica nell’ambito della comunità scientifica⁹⁸.

Tuttavia, se non è possibile escludere l’ammissibilità di una commissione giudicatrice composta da uno o più membri che abbiano un rapporto di collaborazione scientifica con uno dei candidati, tale ammissibilità deve negarsi qualora la relazione sia tale, in ragione all’intensità della cooperazione, da impedire radicalmente qualsiasi possibilità di valutazione indipendente dello stesso candidato, attesa la presenza di una sostanziale condivisione della quasi totalità della produzione scientifica⁹⁹, oppure laddove uno dei membri della commissione sia membro del Comitato scientifico della collana in cui risultano la maggior parte delle pubblicazioni del candidato¹⁰⁰, trovandosi in tale ultima ipotesi in presenza di un indice *ex se* difficilmente superabile della sussistenza di un legame in grado di generare il sospetto che il giudizio sia inquinato da una certa dose di parzialità.

5. Osservazioni conclusive

In questi ultimi anni l’Università sembra aver perso molta credibilità agli occhi dell’opinione pubblica, ritenuta dai più un *Far West* brulicante di atteggiamenti truffaldini o, in ogni caso, poco specchiati, anziché luogo di onestà intellettuale e di indipendenza di pensiero, deputato all’accrescimento e alla trasmissione del sapere critico.

Si può in effetti convenire che condotte di malcostume accademico non sono negli anni mancate nel mondo universitario (e continueranno purtroppo ad esistere, così come in tutti gli altri settori lavorativi) e che le medesime debbano senza alcun dubbio essere condannate, ma ciò non è sufficiente a giustificare l’esistenza di una disciplina che, in nome della (sacrosanta, beninteso) lotta alla corruzione, sacrifichi l’autonomia delle Università e la libertà di ricerca e di in-

più intense e continuative di collaborazione, specie se caratterizzate dai connotati della sostanziale esclusività”).

⁹⁷ Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628; Id., sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119.

⁹⁸ TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 aprile 2019, n. 4929; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 1 luglio 2019, n. 609, per le quali non è idonea a ledere la *par condicio* tra candidati la constatazione di rapporti personali scaturiti dalla cura di pubblicazioni scientifiche in comune fra i membri di una commissione ed i candidati.

⁹⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 18 marzo 2020, n. 3373.

¹⁰⁰ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. II, 23 ottobre 2019, n. 5024.

segnamento dei docenti attraverso un sistema di regole (statali, governative, ministeriali, atti di indirizzo ecc.) volte a disciplinare ogni aspetto della vita delle stesse.

A distanza di dieci anni dall'entrata in vigore della legge 30 dicembre 2010, n. 240, come si è cercato di mostrare nel corso del presente lavoro, sono ancora molti i profili problematici che accompagnano la disciplina in tema di reclutamento del personale docente universitario.

L'alto tasso di litigiosità che si riscontra all'interno dei concorsi universitari è, del resto, sintomatico della complessità (e, talvolta, della opacità) della disciplina in materia ed induce a svolgere riflessioni più ampie, che portano ad individuare nell'operato del legislatore la principale causa di incertezza e di disordine normativo.

È infatti innegabile che il nostro ordinamento stia subendo ormai da diversi anni un processo di "elefantiasi normativa"¹⁰¹, che si traduce nella esasperazione delle regole e in una cattiva qualità delle stesse (generata spesso da continui ripensamenti del legislatore, da modifiche non adeguatamente ragionate, dal mancato coordinamento tra norme primarie e secondarie ecc.).

Si tratta di aspetti che si pongono all'origine della crisi di diritto da più parti da tempo denunciata, e che costituiscono la principale ragione giustificatrice della c.d. supplenza (creativa) del giudice¹⁰².

Nel caso specifico del sistema universitario, la situazione è aggravata dalla difficoltà del legislatore a superare quella presunzione di colpevolezza (resasi negli anni sempre più evidente, come si diceva in precedenza) nei confronti dell'Università, che riflette, a sua volta e a ben vedere, un atteggiamento di reciproca mancanza di fiducia tra Stato e (autonomia funzionale delle) istituzioni universitarie, e che accompagna da sempre il (complicato) rapporto intercorrente tra il primo e le seconde.

È argomento noto che le riforme che hanno attraversato il sistema universitario negli ultimi trent'anni si sono spesso tradotte in una impostazione piuttosto centralista, il più delle volte sbilanciata a favore di una certa tendenza accentratrice dello Stato nei confronti delle istituzioni universitarie, a detrimento della valorizzazione di quei requisiti di indipendenza e libertà di pensiero che dovrebbero al contrario costituire l'essenza stessa delle Università.

In questa prospettiva anche la legge 30 dicembre 2010, n. 240, che era stata annunciata come la "Riforma" per eccellenza, funzionale a rimediare alle criticità delle discipline precedenti attraverso un sistema idoneo a garantire l'autonomia delle Università e ad assicurare la trasparenza e la meritocrazia nelle proce-

¹⁰¹ Così definita da M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, 2, 399 ss.

¹⁰² Sul tema, v. P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.

dure di concorso, si è rivelata non corrispondente alle aspettative che la stessa aveva inizialmente suscitato.

Oggi le università si trovano strette attorno a finanziamenti pubblici sempre più ridotti (che rischiano di allontanare dal mondo accademico menti giovani e brillanti, costrette a rimandare *ad libitum* progetti di vita personale, o ad abbandonare velleità accademiche, a causa dello spauracchio del precariato) ed imbrigliate in un sistema di valutazione della attività didattica e di ricerca scientifica che non aiuta a valorizzare né il merito né la qualità della ricerca stessa, rischiando, al contrario, di condurre ad una progressiva standardizzazione del sapere¹⁰³.

A questo deve poi aggiungersi la congerie di regole provenienti da soggetti istituzionali differenti (come se non bastasse, la legge di bilancio 2020 ha istituito in materia una nuova figura, l'Agenzia Nazionale della Ricerca "sottoposta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero ... dell'università e della ricerca"¹⁰⁴, destinata a complicare ulteriormente il quadro nel quale si inserisce, a partire dai rapporti confusi – in termini di competenze ed ambiti – che, allo stato, la legano all'ANVUR, agenzia che non è stata soppressa, e che dunque convivrà con la neonata agenzia).

In questo panorama già complesso affiora un altro elemento che induce a riflettere ulteriormente, ed è rappresentato dal ruolo che è venuta ad assumere nella materia dei reclutamenti universitari la magistratura, impegnata pressoché quotidianamente a destreggiarsi all'interno di una selva giuridica a tratti confusa e contraddittoria.

Come si è cercato di mostrare nel corso del presente lavoro, il ruolo supplementivo svolto dalla giurisprudenza è stato in diverse occasioni più che meritorio, poiché ha apportato significativi contributi in materia, fungendo da utile guida anche per lo stesso legislatore.

Allo stesso tempo, tuttavia, non sono nemmeno mancate soluzioni esegetiche che si sono spinte ad operare un sindacato fortemente sostitutivo nei confronti delle valutazioni formulate dalle commissioni giudicatrici, o che sono giunte ad esasperare il dato letterale della disciplina nel tentativo di rispondere al bisogno di tutela richiesto.

A fronte di quanto fino ad ora rilevato, occorrerebbe dunque che legislatore, istituzioni universitarie e giudici collaborassero alla ricerca di un comune circui-

¹⁰³ Per una lettura critica dell'attuale sistema di valutazione della didattica e della ricerca scientifica, formulata ricorrendo anche agli esiti delle ricerche di sociologia della conoscenza e degli studi economici in tema di motivazione estrinseca ed intrinseca dell'individuo, sia permesso di rinviare a B. RABAI, *C'era una volta il sapere il carattere libero ed indipendente del sapere*, in *Nuove autonomie*, 2020, 1, 203 ss.

¹⁰⁴ Art. 1, comma 241, legge 27 dicembre 2019, n. 160. Per una prima lettura critica, v. i contributi di A. VILLA, *La nuova Agenzia per la ricerca*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2020, 2, 182 ss. e A. SANDULLI, *L'agenzia nazionale per la ricerca italiana: un pasticcio italiano*, in *Id.*, 187 ss.

to decisionale, fatto di convergenze e non di contrapposizioni, funzionale al miglioramento del sistema universitario, continuando ad occupare lo spazio attribuito direttamente dalla Costituzione a ciascuno di essi, senza confusione di ruoli o invasioni di campo.

Pur nella comprensibile esigenza del potere giudiziario di voler assicurare una tutela piena ed effettiva, soluzioni ermeneutiche eccessivamente creative o “invasive” della sfera di autonomia riservata all’Università andrebbero limitate il più possibile, al fine di non snaturare il ruolo attribuito alla funzione giurisdizionale, facendo così vacillare il castello della separazione dei poteri, da sempre baluardo indiscusso di libertà¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sul punto si v., per un approfondimento, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, in *Quadri-mestre. Rivista di diritto privato*, I, 1984, 2, 379 ss.; N. LIPARI, *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, vol. 142, 2017, 2, 492-493; S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi*, 2018, 17, 1 ss.

LA CLASSIFICAZIONE DELLE RIVISTE SCIENTIFICHE NEL QUADRO DELLA VALUTAZIONE DELLA RICERCA AFFIDATA AD ANVUR

Monica Delsignore

SOMMARIO: 1. La collocazione della classificazione delle riviste all'interno dei molteplici compiti affidati ad ANVUR. – 2. Il potere di classificazione delle riviste non è attribuito da una norma primaria. – 3. La valutazione e classificazione delle riviste come attività amministrativa. – 4. L'attuale Regolamento sulla classificazione delle riviste: i dubbi collegamenti con i risultati della VQR di un'attività sempre più rigidamente e complessivamente disciplinata. – 5. Resta una domanda: la classificazione delle riviste finisce per comprimere gli spazi della ricerca?

1. La collocazione della classificazione delle riviste all'interno dei molteplici compiti affidati ad ANVUR

Lo studio della giurisprudenza in tema di classificazione delle riviste scientifiche può apparire settoriale e piuttosto limitato. Tuttavia, come già precisato dalla dottrina, il tema non è di nicchia: si tratta, infatti, di “un aspetto particolare, ma di non trascurabile importanza, di una problematica assai più rilevante, che attiene alla valutazione dei soggetti attivi della ricerca (università, strutture interne ad esse, enti di ricerca, ricercatori e docenti universitari), la quale a sua volta si inserisce nel contesto di un processo ancora più ampio di modernizzazione e democratizzazione della stessa pubblica amministrazione”¹.

Di qui muove la scelta di offrire qualche coordinata introduttiva sul più generale tema della valutazione della ricerca universitaria, per poi descrivere l'evoluzione della disciplina in tema di classificazione delle riviste, anche attraverso e in risposta agli interventi della giurisprudenza, ed esprimere, infine, qualche considerazione conclusiva di sistema.

È proprio con la legge n. 240/2010, la cui applicazione e interpretazione giurisprudenziale è oggetto di studi e riflessioni in questo volume, che la valutazio-

¹ V. GASPARINI CASARI, *La valutazione delle riviste giuridiche*, in *Dir dell'eco.*, 2011, 673.

ne diventa parte integrante delle politiche pubbliche in materia di università e ricerca². La scelta del legislatore si colloca in una tendenza più generale dell'ordinamento in cui la valutazione assurge a strumento centrale nel processo di riforma dell'amministrazione, secondo la concezione c.d. New Public Management, basato sull'assunto che la gestione dell'attività delle amministrazioni pubbliche può essere arricchita e resa più efficiente con tecniche e valori mutuati dal mondo delle imprese³.

In realtà, una valutazione interna presso gli atenei era già da tempo contemplata⁴, mentre è la valutazione esterna a conoscere il cambiamento più rilevante nella propria configurazione organizzativa e funzionale. La costituzione di ANVUR, l'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca, sembrava offrire la condizione organizzativa utile e necessaria a realizzarla⁵.

L'Agenzia già era stata istituita con la previsione di cui all'art. 2, comma 138, del d.l. n. 262/2006, convertito con legge n. 286/2006, ben prima cioè della riforma del sistema universitario. Non poco travagliata è stata, però, la sua storia tanto che l'Agenzia è divenuta operativa solo alcuni anni dopo la sua istituzione⁶, quando, nel 2011, si è insediato il Consiglio direttivo⁷.

La creazione di ANVUR era stata preceduta da un dibattito europeo, in cui era emersa l'opportunità di affidare la valutazione della ricerca nelle università a soggetti indipendenti, tanto dal finanziatore pubblico, quanto dagli stessi atenei ed enti da valutare. L'indipendenza, in particolare, è avvertita come strumentale ad evitare il condizionamento politico nello svolgimento della valutazione che deve svolgersi secondo metodi propri, scientificamente attendibili. L'indipendenza anche dalla comunità scientifica, in aggiunta, dovrebbe evitare condizionamenti tra valutatori e valutati.

Nonostante alcuni disegni legislativi nel senso dell'istituzione di un'autorità indipendente⁸, la scelta, infine, è stata per un'agenzia ministeriale.

²C. BARBATI, *La valutazione del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 816.

³In questo senso M. TURRI, *La valutazione nelle università europee*, in *Scuola democratica*, 2015, 83 e i riferimenti alla dottrina ivi contenuti.

⁴Per una ricostruzione ragionata dei diversi soggetti che prima di ANVUR si sono occupati della valutazione nell'Università si rinvia ad A. MARRA, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo di ANVUR*, in G. PIPERATA (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 115, in particolare 119 ss.

⁵Come precisa C. BARBATI, *op. ult. cit.*, qui 818. Di lì a poco, il successivo d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 29 accresceva e rafforzava la funzione della valutazione, assegnando un ruolo centrale appunto ad ANVUR.

⁶In merito si rinvia ad A. MARRA, *op. cit.*, 123.

⁷Come ricorda S. FRESA, *Diritto d'accesso e ranking delle riviste scientifiche: un problema tutto italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 631, qui 632.

⁸Così precisa A. MARRA, *op. cit.*, qui 121.

Il dibattito è tornato, di recente, di attualità con l'istituzione nel dicembre 2019⁹ dell'Agenzia nazionale della Ricerca (ANR), nuovo soggetto che si colloca a fianco di ANVUR con competenze specifiche in tema di finanziamento della ricerca applicata. Anche ANR è stata, tuttavia, costituita in forma di agenzia, anziché di autorità indipendente, sicché si è criticamente osservato che il legislatore introduce un nuovo soggetto che va semplicemente a sommarsi ai tanti organismi che già gravitano nel settore della ricerca¹⁰. La finalità dell'Agenzia consisterebbe nel finanziare la ricerca non secondo logiche consolidate, ma sostenendo i progetti di ricerca come strumento di innovazione, funzionali alla produttività e alla competitività del Paese, che coinvolgano anche "contesti di svantaggio economico-sociale"¹¹: l'ANR diviene sostanzialmente uno strumento operativo di coordinamento, connessione e intermediazione tra ricerca scientifica e produzione industriale e di attrazione di finanziamenti privati.

ANR e ANVUR sono, dunque, agenzie ministeriali, definite dal d.lgs. n. 300/99 come strutture preposte allo svolgimento di attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale¹².

Come si ricordava, l'ANVUR è stata istituita con la previsione di cui all'art. 2, comma 138 del d.l. n. 262/2006 e sulla base del comma 140 dell'art. 2 del d.l. n. 262/2006 è stato adottato il d.p.r. 1° febbraio 2010, n. 76, Regolamento concernente la struttura e il funzionamento di ANVUR.

Il Regolamento prevede (all'art. 2, comma 2) che ANVUR sovrintenda il sistema pubblico nazionale di valutazione della qualità delle università e degli enti di ricerca e (all'art. 3, comma 1, lett. i) che ANVUR svolga, su richiesta del Ministro e compatibilmente con le risorse finanziarie disponibili, ulteriori attività di valutazione, nonché di definizione di standard, di parametri e di normativa

⁹La legge n. 160 del 27 dicembre 2019 dedica dodici commi (240-252) al nuovo soggetto e prevede uno stanziamento di 10 milioni per l'anno 2020, 200 milioni per l'anno 2021 e 210 milioni a decorrere dall'anno 2022 (comma 240).

¹⁰Cfr. A. SANDULLI, *L'Agenzia nazionale per la Ricerca: un pasticcio italiano*, in *Giorn. dir. amm.* 2020, 187. In particolare, a p. 189, l'Autore osserva che il comma 242, lett. b), stabilisce che l'ANR "valuta l'impatto dell'attività di ricerca, tenendo conto dei risultati dell'attività" dell'ANVUR, "specie al fine di incrementare l'economicità, l'efficacia e l'efficienza del finanziamento pubblico del settore, ivi incluse le risorse pubbliche del Fondo nazionale per l'innovazione gestito della Cassa depositi e prestiti Spa, nonché per attrarre finanziamenti provenienti dal settore privato". Quanto l'attività di finanziamento possa collegarsi con la prima parte della disposizione (e, cioè, con l'impatto della ricerca e con il ruolo dell'ANVUR) non è chiaramente comprensibile, allo stato. Forse qui, con "impatto", si intendono i riflessi scientifico-applicativi, utili per l'industria e lo sviluppo economico. Sennonché, l'ANVUR resta operativo e, anzi, pare non perdere alcuna tra le sue competenze.

¹¹A. VILLA, *La nuova Agenzia per la ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 182.

¹²La "natura dell'Agenzia di organo di supporto tecnico al ministero per le sue attività istituzionali" si trova confermata anche nella giurisprudenza. Così infatti si legge nella decisione Tar Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 324.

tecnica. Si precisa, inoltre, che nello svolgimento delle sue attività l'Agenzia utilizza i criteri, i metodi e gli indicatori più appropriati per ogni tipologia di valutazione. La scelta di introdurre con una fonte secondaria precise disposizioni da cui deriva la competenza di ANVUR a sovrintendere il sistema pubblico nazionale di valutazione della qualità delle università e degli enti di ricerca è stata criticata e si è parlato di una "estensione, per via regolamentare, delle attribuzioni di ANVUR¹³". Sul punto si tornerà nel paragrafo successivo.

Dalla norma primaria e dal Regolamento si ricava che ANVUR, nella sua originaria conformazione, esprime tre diversi tipi di funzioni: la valutazione esterna dell'attività delle università e degli enti di ricerca; l'indirizzo, il coordinamento e la vigilanza sui nuclei di valutazione interna degli atenei ed enti di ricerca; la valutazione dell'efficienza dei programmi statali di finanziamento e di incentivazione delle attività di ricerca e di innovazione. Tali funzioni sono necessarie nella prospettiva del legislatore, che assume le varie università siano in competizione tra loro nell'erogazione di un servizio finanziato dallo Stato secondo standard qualitativi¹⁴, così da richiedersi una verifica quanto alla qualità del servizio erogato. Emerge in questo senso la collocazione della riforma universitaria all'interno di un più generalizzato percorso di rinnovamento ispirato alla valorizzazione dell'aspetto aziendale delle amministrazioni pubbliche. Pur con le differenze derivanti dalle peculiarità del diverso contesto e dalle complessità riconducibili all'organizzazione universitaria, l'obiettivo di fondo di qualsiasi valutazione comparata, come quella che avviene tra atenei, dipartimenti o studiosi delle diverse discipline, è formulare un giudizio sull'attività complessiva, per farne emergere mancanze e virtù.

Certo non è questo il primo soggetto investito del compito di valutare la ricerca scientifica e tuttavia la sua istituzione ha rappresentato una novità, stante la particolare natura di agenzia tecnica, distinta dal Ministero, ma pur sempre sottoposta al suo indirizzo politico.

Nel tempo le funzioni dell'Agenzia sono lievitate¹⁵, così da farle assumere progressivamente un ruolo centrale di governo e indirizzo del sistema universitario. In particolare, le funzioni di ANVUR oggi si riflettono sul finanziamento dell'università, sulle procedure di abilitazione per professori di prima e seconda fascia, sulla struttura del sistema universitario e sulla valutazione e assicurazione della qualità della ricerca scientifica.

¹³In questo senso G. VESPERINI, *L'ANVUR nella governance del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 431, precisa che le attività di ANVUR si estendono alle strutture delle università e degli enti di ricerca (compresi i dottorati, i master e le scuole di specializzazione) e che ai compiti di coordinamento e vigilanza dei nuclei di valutazione interni si aggiungono compiti di regolamentazione delle funzioni assegnate ai nuclei medesimi e delle relative procedure.

¹⁴In merito G. DELLA CANANEA, *Competizione tra Atenei e valutazione della ricerca: una introduzione*, in E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di) *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, 2013, 31 ss.

¹⁵Come ricorda G. VESPERINI, *L'ANVUR nella governance del sistema universitario*, cit.

In questo quadro si colloca la classificazione delle riviste, che è nata solo nel 2012 quale attività strumentale all'esercizio delle competenze del MIUR in tema di abilitazione scientifica nazionale, ma che, come si avrà modo di precisare, ha conosciuto una disciplina mutevole pur nell'arco di pochi anni e, nei tempi più recenti, è stata utilizzata da ANVUR anche ad altri fini¹⁶.

2. Il potere di classificazione delle riviste non è attribuito da una norma primaria

La legge n. 240/2010 istituisce il sistema dell'abilitazione scientifica nazionale, prevedendo (all'art. 16 comma 2) l'emanazione di uno o più regolamenti ai quali affida la disciplina delle modalità di espletamento delle procedure finalizzate appunto al conseguimento dell'abilitazione.

Tali regolamenti, emanati ai sensi dell'art. 17 della legge n. 400/1988, sono stati, in prima battuta, il d.p.r. n. 222/2011, concernente il conferimento dell'abilitazione, che ha disciplinato le modalità di espletamento delle procedure, e il d.m. n. 76/2012, che ha definito i criteri e i parametri di valutazione dei candidati e delle commissioni giudicatrici.

In particolare, la legge n. 240 e il d.p.r. del 2011 non prevedono la necessità di classificare le riviste, ma contengono un più semplice riferimento alla necessità di individuare, ai fini dell'abilitazione, criteri e parametri differenziati per funzioni e per area disciplinare. È il d. m. 76 che all'allegato B stabilisce che, per i settori concorsuali che non si avvalgono dei c.d. indicatori bibliometrici dell'attività scientifica, ANVUR, anche avvalendosi dei gruppi di esperti della Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) e delle società scientifiche nazionali, effettua una suddivisione delle riviste su cui hanno pubblicato gli studiosi italiani in tre classi di merito: a) le riviste di classe A sono quelle, dotate di ISSN, riconosciute come eccellenti a livello internazionale per il rigore delle procedure di revisione e per la diffusione, stima e impatto nelle comunità degli studiosi del settore, indicati anche dalla presenza delle riviste stesse nelle maggiori banche dati nazionali e internazionali; b) le riviste di classe B sono quelle, dotate di ISSN, che godono di buona reputazione presso la comunità scientifica di riferimento e hanno diffusione almeno nazionale; c) tutte le altre riviste scientifiche appartengono alla classe C.

Successivamente, il d.p.r. n. 95/2016 ha modificato il precedente regolamento delle abilitazioni, contenuto nel d.p.r. n. 222/2011, rinviando ad un decreto

¹⁶In particolare, ciò è avvenuto con riferimento ai criteri per l'accreditamento dei dottorati di ricerca o dei corsi di laurea magistrale oppure anche in relazione ai finanziamenti per la ricerca erogati a singoli studiosi, come precisa A. SANDULLI, *La classificazione delle riviste scientifiche e la revisione tra dispari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 436.

del MIUR, sulla base di una proposta di ANVUR e CUN, il compito di individuare, e successivamente aggiornare, i valori soglia degli indicatori da raggiungere ai fini dell'abilitazione. Il d.m. n. 120/2016 contiene oggi il Regolamento per la valutazione dei candidati all'abilitazione e l'accertamento della qualificazione dei commissari. Il nuovo regolamento considera rilevante, per la ricostruzione delle mediane dei candidati e dei commissari, le pubblicazioni scientifiche in riviste di classe A¹⁷, sicché di fatto la scriminante per la rivista diventa l'appartenenza o meno a tale classe, unica considerata, mentre nessuna importanza assume il distinguo tra classe B o C, che, quindi, di fatto è destinato a cadere completamente in disuso. Le riviste scientifiche, cioè, si distinguono oggi per la qualificazione o meno in classe A.

Pur nella sommaria ricostruzione dell'evoluzione della disciplina risulta evidente che il potere di classificazione delle riviste non rientra tra quelli riconosciuti da fonte primaria all'ANVUR, comparando solo nei decreti ministeriali che regolano la valutazione dei candidati e la scelta dei commissari. In aggiunta, il potere di classificazione in capo ad ANVUR rappresenta uno strumento di assoluta novità per la valutazione delle pubblicazioni scientifiche nei settori non bibliometrici, in precedenza mai utilizzato. Se, infatti, nei settori bibliometrici l'utilizzo degli indicatori è fenomeno ampiamente conosciuto e sperimentato¹⁸ e di fatto il decreto si è limitato a recepire le modalità di valutazione tradizionalmente utilizzate e accolte dalla comunità scientifica di riferimento, ben diversamente la classificazione delle riviste mira, da un lato, ad ovviare all'assenza di indicatori condivisi e, dall'altro, attribuisce ad ANVUR un potere in precedenza completamente sconosciuto, eppure smisurato e soprattutto in grado di esercitare un forte impatto sulla comunità scientifica, in quanto idoneo a condizionare significativamente nell'accesso all'abilitazione, sia come candidati sia come commissari.

¹⁷ Più precisamente l'Allegato D al d.m. 7 giugno 2016, n. 120 ("Regolamento recante criteri e parametri per la valutazione dei candidati ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori universitari, nonché le modalità di accertamento della qualificazione dei Commissari, ai sensi dell'articolo 16, comma 3, lettere a), b) e c) della legge 30 dicembre 2010, n. 240, e successive modifiche, e degli articoli 4 e 6, commi 4 e 5, del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2016, n. 95"), ai punti 4 e 5, prevede che: "4. Per ciascun settore concorsuale di cui al comma 1, l'ANVUR, anche avvalendosi di esperti e revisori anonimi, determina e aggiorna regolarmente, pubblicandoli sul proprio sito istituzionale:

a) l'elenco di tutte le riviste di carattere scientifico dotate di ISSN;

b) il sottoinsieme delle riviste di carattere scientifico definite «di classe A», ovvero riviste dotate di ISSN, riconosciute come eccellenti a livello internazionale per il rigore delle procedure di revisione e per la diffusione, prestigio e impatto nelle comunità degli studiosi del settore, indicati anche dalla presenza delle riviste stesse nelle maggiori banche-dati nazionali e internazionali ...".

¹⁸ Per un'analisi dei principali indicatori si veda il volume di A. BACCINI, *Valutare la ricerca scientifica. Uso e abuso degli indicatori bibliometrici*, Il Mulino, Bologna, 2010.

Il giudice amministrativo è stato interrogato sulla legittimità di una tale scelta e ha ritenuto che il quadro normativo seppure non preveda, nemmeno escluda, e dunque non impedisca, l'introduzione della classificazione quale funzione attribuita ad ANVUR. La più nota controversia in cui è stata posta la questione¹⁹, poi ripresa dalla giurisprudenza unanime²⁰, aveva ad oggetto l'impugnazione della lista delle riviste scientifiche di area giuridica di classe A, lista in cui non risultava inserita la rivista "Diritto e processo amministrativo".

Il ricorso investiva l'intero sistema volto ad assegnare rilevanza a criteri e parametri quantitativi per determinare l'importanza e l'impatto della produzione scientifica di candidati e commissari dell'ASN con attribuzione del relativo potere ad ANVUR. Si lamentava che il potere regolamentare conferito dalla legge n. 240/2010 e richiamato nei successivi decreti non contemplava l'introduzione di parametri quantitativi minimi relativi alla produzione scientifica, posto che anche il regolamento n. 76/2010 si limitava a prevedere che ANVUR sovrintendesse il sistema pubblico nazionale di valutazione della qualità delle università e degli enti di ricerca. L'ANVUR aveva, dunque, esercitato un potere che non le era conferito in base alla legge, interferendo inoltre su profili di mercato e diffusione delle riviste.

È evidente, infatti, che la classificazione alla stregua di rivista eccellente, e dunque in classe A, assume un rilievo centrale nel sistema dell'abilitazione, posto che l'indicatore è poi costruito proprio sul numero degli articoli apparsi sulle riviste in quella classe. Gli studiosi, sia in maturazione, in quanto candidati all'abilitazione, sia già completi, in quanto aspiranti commissari, senz'altro concentreranno i loro sforzi nella pubblicazione su riviste di classe A, che conseguentemente saranno destinate ad assumere un ruolo di primo piano nel settore scientifico di riferimento e nel mercato editoriale.

Il giudice, tuttavia, ha considerato privo di rilievo l'argomento dei riflessi sul mercato e ha ritenuto, e successivamente sempre confermato, che i poteri di classificazione siano comunque riconducibili alla più generale funzione di valutazione, che, implicitamente dunque, riconoscerebbe ulteriori compiti ad ANVUR.

In particolare, la competenza specifica dell'ANVUR non sarebbe quella, iso-

¹⁹ Come ha precisato TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 324, che è stata poi confermata anche dal Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584, ove si legge che "... il d.m. n. 76 del 2012 – regolamento ministeriale adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, legge 23 agosto 1988, n. 400 – non eccede rispetto a "materia di competenza del ministro". Quanto al conferimento espresso di tale potere al ministro da parte della legge, questo regolamento ... deriva da un sistema a scalare della fonte primaria a norme regolamentari con all'apice l'art. 16 legge n. 240/2010 e in posizione intermedia gli artt. 4 e 6 d.p.r. n. 222/2011: ovvero, il d.m. n. 76/2012 risulta trovare nella il suo fondamento, in rispetto del principio di legalità che impronta tutte le fonti di produzione secondarie.".

²⁰ Da ultimo, in questo senso, TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 febbraio 2019, n. 1724.

latamente considerata, di classificare le riviste scientifiche, ma di farlo nell'ambito delle funzioni di ausilio tecnico al Ministero e al fine della valutazione di idoneità di candidati e commissari a partecipare alle procedure di abilitazione scientifica nazionale²¹. Il riferimento a criteri e parametri differenziati per funzioni e per area disciplinare, contenuto nella norma dell'art. 16 della c.d. legge Gelmini, dovrebbe essere considerato sufficiente a ricondurre a tale previsione generale la classificazione delle riviste per fasce di merito svolta da ANVUR su incarico del Ministero²².

La classificazione sarebbe il frutto dell'esercizio di un potere implicito ricompreso nella generale funzione di attività a carattere tecnico-operativo dell'Agencia nei procedimenti per l'abilitazione. Tuttavia, il giudice sembra invertire la tradizionale lettura del principio di legalità: se la titolarità di un potere comporta di regola il potere implicito di regolarne l'esercizio, in questo caso, al contrario, dall'esistenza di un regolamento sull'esercizio si ricava l'attribuzione implicita del potere di classificazione.

In aggiunta, tale potere, formalmente, si atteggia come potere di controllo in senso lato e, tuttavia, produce effetti che non si limitano al passato, ma si proiettano sul futuro²³.

Il giudizio sulla produzione scientifica dei candidati avviene, infatti, sulla base di una classificazione delle riviste, che non esisteva al tempo in cui gli studi nelle stesse contenuti vennero pubblicati.

Anche questa censura è stata respinta dal giudice amministrativo che ha ritenuto non si tratti di atti retroattivi, precisando che non sono ravvisabili "situazioni di "diritto acquisito" sulle quali la nuova classificazione delle riviste introdotta dalla disciplina ASN avrebbe inciso, trattandosi in modo evidente di un requisito di qualificazione scientifica introdotto in relazione alle procedure di abilitazione scientifica nazionale che si stavano per avviare e non certo già indette (il che esclude di per sé ogni profilo di retroattività e di connessa lesione dell'affidamento del candidato)"²⁴.

Si noti, però, che il regolamento sulla classificazione oggi vigente considera senz'altro il profilo dei riflessi temporali della classificazione e introduce all'art. 7 la previsione che gli effetti della inclusione in classe A, ai fini della ASN, de-

²¹ Così si afferma nella già ricordata sentenza del Tar Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 324.

²² Come si legge nella citata decisione del Tar Lazio, Roma, sez. III, 11 febbraio 2019, n. 1724.

²³ In questo senso V. GASPARINI CASARI, *op. ult. cit.*, qui p. 680.

²⁴ Così si legge in Tar Lazio, sez. III, 12 dicembre 2016, n. 12299. Anche E. CARLONI, *Le procedure di abilitazione di fronte al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.* 2013, 778, ricorda le questioni legate alla classificazione con specifico riferimento alla retroattività, anche in termini di affidamento del candidato sulla valenza dei contenuti e non dei contenitori.

corrono a partire dal quadrimestre di presentazione delle domande successivo alla deliberazione dell'ANVUR sull'aggiornamento degli elenchi delle riviste e vanno comunque fatte salve le eventuali precedenti valutazioni di ANVUR. Ciò significa che la eventuale declassazione non incide sugli articoli già pubblicati (prima della delibera contenente la diversa valutazione di ANVUR) e la promozione esplica effetti per tutti gli articoli pubblicati anche nel triennio precedente il provvedimento di ANVUR.

3. *La valutazione e classificazione delle riviste come attività amministrativa*

Al di là della questione della norma attributiva del potere, l'attività di classificazione delle riviste è senz'altro espressione di attività amministrativa e, anzi, ANVUR è intervenuta, anche su sollecitazione della giurisprudenza, a disciplinare il procedimento e i parametri cui improntare tale attività.

In un primo tempo, come si è ricordato, ANVUR, sulla base del d.m. n. 76/2012, è stata chiamata a suddividere le riviste su cui hanno pubblicato gli studiosi italiani in tre classi di merito: A, B e C. Le classi erano definite e individuate nel decreto ministeriale con caratteristiche di valore per cui la classe A corrispondeva all'eccellenza internazionale, la classe B a una buona reputazione della rivista con diffusione almeno nazionale e C è la classe residuale. Come già ricordato, a seguito della modifica del Regolamento per l'ASN, il successivo d.m. n. 120/2016 riduce le classi e distingue più semplicemente tra riviste in classe A e riviste scientifiche. Ai fini della collocazione nelle due diverse classi ANVUR è chiamata ad una valutazione in quanto organismo tecnico²⁵.

La giurisprudenza ha qualificato l'attività di ANVUR alla stregua di una valutazione tecnica discrezionale, come tale sindacabile "sotto il profilo della legittimità complessiva e del controllo debole dell'operato dell'Amministrazione"²⁶. In particolare si è precisato che si tratta di "un giudizio "di valore", istituzionalmente riservato ad un organismo tecnico ed espressione di discrezionalità tecnica, in quanto tale fisiologicamente opinabile, ma rispetto al quale la possibilità del Giudice di intervenire con il suo sindacato è limitata alle sole ipotesi in cui la valutazione sia, non soltanto opinabile, ma inattendibile in quanto viziata sul piano logico da macroscopica illogicità o irragionevolezza ovvero carente sulla base dei medesimi criteri tecnici e procedimenti applicativi generalmente riconosciuti da una comunità scientifica di riferimento (in tal senso "consolidati") oppure in quanto viziata da errore di fatto".

²⁵ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Valutazione della ricerca, valutazione delle riviste e cooptazione universitaria*, in *Federalismi.it*, 2017, 3.

²⁶ TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 324.

Come noto²⁷, la questione dei limiti del sindacato sulla discrezionalità tecnica è da sempre dibattuta e ripetutamente il giudice amministrativo ha indicato l'estrema difficoltà di un sindacato giurisdizionale non debordante nel merito delle scelte compiute dall'amministrazione, titolare del potere esercitato. Il giudice tradizionalmente preferisce optare per un controllo di ragionevolezza e attendibilità della regola tecnica e non elaborarne una propria. Così, anche in riferimento all'attività di ANVUR in ambito di classificazione delle riviste, il giudice ha precisato che seppure la cognizione della discrezionalità tecnica "... ha subito nel corso degli anni una significativa evoluzione, fino a ritenere censurabile ogni valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità della disciplina tecnica di riferimento, quando non appaiano rispettati parametri, criteri e procedimenti tecnici consolidati e di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia ... l'indagine deve limitarsi all'attendibilità delle valutazioni effettuate, con possibile eccesso di potere giurisdizionale qualora l'indagine del giudice si estenda all'opportunità o alla convenienza dell'atto (ove si tratti di discrezionalità amministrativa), o al merito di scelte tecniche opinabili (ove si tratti di c.d. discrezionalità tecnica), con oggettiva sostituzione della volontà dell'organo giudicante a quella dell'Amministrazione competente in materia"²⁸.

Certamente il potere di classificazione delle riviste implica il compimento di valutazioni tecniche e, tuttavia, si ritiene non si esaurisca certo nelle stesse, ma comporti sempre l'esercizio di una piena attività di amministrazione degli interessi attraverso delibere che hanno, di volta in volta, un rilevante impatto sullo specifico settore disciplinare. Come già si è cercato di mettere in luce nel paragrafo precedente, diversamente da quanto si prevede per i settori bibliometrici, ove ANVUR stabilisce le mediane per l'abilitazione sulla base degli indicatori utilizzati nella comunità scientifica, nella procedura di classificazione delle riviste ANVUR determina gli indicatori attraverso l'inclusione nella classe A, così imponendo in modo imperativo la propria valutazione alla comunità scientifica. Si ricordi, inoltre, che la valutazione tecnica nel procedimento di classificazione non è svolta dall'amministrazione direttamente, ma, come previsto anche dall'art. 3 del regolamento in vigore, è affidata ad un Gruppo di lavoro nominato da ANVUR, previa manifestazione di interesse, tra studiosi che godono di prestigio e autorevolezza per la qualità della loro attività scientifica nelle rispettive comunità. Sul punto si tornerà nel finale di questo paragrafo.

In questo quadro di un sindacato certamente non sostitutivo, ma che verifica l'esattezza dei fatti e la correttezza nell'applicazione dei parametri, e di un'at-

²⁷ Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 133 ss.

²⁸ Così si legge nella sentenza del Tar Lazio, sez. III, 29 gennaio-15 aprile 2020, n. 3938 e nella gemella Tar Lazio, sez. III, 29 gennaio-15 aprile 2020, n. 3939.

tività istruttoria che ANVUR affida di regola al Gruppo di lavoro, la predeterminazione della regola tecnica applicata da ANVUR assume un rilievo centrale.

La giurisprudenza unanime²⁹ ha, infatti, sempre sottolineato l'importanza della predeterminazione dei criteri, di "attendibili elementi tecnici compiutamente predefiniti"³⁰ sulla cui sussistenza si fonda il giudizio dell'Agenzia o del Gruppo di lavoro.

I parametri indicati nel d.m. n. 76, come si è ricordato, legano la valutazione di eccellenza al rigore delle procedure di revisione, alla diffusione, stima e impatto nella comunità degli studiosi del settore, indicati anche dalla presenza nelle principali banche dati, ma non precisano quando il rigore o la diffusione o l'impatto siano tali da ricondurre la rivista alla classe A.

In particolare, ciò è emerso in relazione al criterio dell'esistenza di procedure di revisione tra pari (c.d. *peer review*) richiesti e valutati dal Gruppo di Lavoro delle riviste nell'area giuridica ai fini dell'appartenenza alla classe A.

Il Consiglio di Stato³¹, sempre in riferimento alla rivista *Diritto e processo*, già citata in precedenza, ha ritenuto che la valutazione, "retrospettiva di fatto", delle riviste con la tecnica della *peer review* non apparirebbe fondata su un dato normativo. "Infatti, per la classificazione delle Riviste, le norme primarie non hanno considerato la *peer review* come criterio di valutazione a effetti determinativi della discrezionalità tecnica... ovvero, sotto altri termini, la soft law può riguardare gli spazi di contorno della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto"³². Il provvedimento di classificazione

²⁹ In questo senso TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 20 dicembre 2016, n. 12632 (che decide il ricorso per l'annullamento del provvedimento con cui ANVUR ha negato alla Rivista trimestrale di diritto dell'economia l'inserimento nella classe A) precisa che la motivazione fa riferimento a un criterio costruito *ex post* dall'ANVUR e non *ex ante* e quindi in base a una procedura valutativa non immune dal pericolo di condizionamenti esterni o di influenze di scuole avverse. Anche Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 5 luglio 2017, n. 7914 afferma che "la sussistenza delle condizioni legali per la catalogazione delle Riviste di Area giuridica in classe A andava verificata con preregolati canoni e metodi di analisi oggettivi e compatibili rispetto ai criteri di legge e in relazione alla concreta situazione degli aspetti di complessiva valutazione tecnico-discrezionale."

³⁰ Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2015, n. 3737 che conferma la sentenza TAR Lazio n. 9402/2014 di annullamento il provvedimento con cui la Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale era stata esclusa dalla classe A.

³¹ Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584.

³² Il giudice precisa che l'art. 5, comma 2, lett. d), del citato d.m. n. 76/2012, ai fini della valutazione della collocazione editoriale dei prodotti scientifici presentati dai candidati, prevede che "il sistema di revisione tra pari" sia applicato da "editori, collane o riviste di rilievo nazionale o internazionale che utilizzino procedure trasparenti di valutazione della qualità del prodotto da pubblicare". Invece, come traspare dalle dette Relazioni dei Gruppi di lavoro, risulta che le Riviste siano state valutate e classificate in "retrospettiva" sulla base di procedure e specifiche tecniche *ex post*, nell'assenza di "parametri e metodi consolidati nella comunità scientifica di riferimento" (si è cioè effettuata una classificazione per "traslazione" sulla base di un giudizio diretto del pubblicato con il criterio della *peer review*).

deve offrire un'applicazione oggettiva dei parametri, che deve trovare espressi riferimenti e appigli nella motivazione offerta dall'Agazia.

Il tema è, dunque, la mancata predisposizione da parte di ANVUR di canoni tecnici, tali da consentire, da un lato, di verificare l'uniformità del metro di giudizio verso tutte le Riviste e ciascuna di esse e, al contempo, offrire corretta attuazione dei parametri generali contenuti del d.m. n. 76. Anche in altra nota controversia, riguardante la collocazione della Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale³³, è stata censurata l'incongruità e la soggettività dell'interpretazione del criterio della diffusione offerta da ANVUR nel caso di specie, "laddove la sua applicazione induca a negare l'elevato livello di diffusione di una rivista fra gli studiosi del settore per come attestata da indici inequivoci, quali la presenza in biblioteche giuridiche estere di certo rilievo, la tiratura comparativamente elevata e la vasta diffusione nelle biblioteche nazionali".

Il giudice amministrativo già aveva sottolineato la delicatezza della questione in riferimento alle riviste giuridiche e comunque in ogni caso in cui non vi sia una metodologia condivisa a livello internazionale per l'area giuridica e non vi sono banche dati affidabili "(tali non sono, per l'area giuridica, quelle di ISI e Scopus) né criteri e metodologie condivisi dalla comunità scientifica"³⁴.

Non sarebbero soltanto le scelte tecnico-discrezionali compiute da ANVUR a venire in questione, ma i presupposti logici dell'attività amministrativa vera e propria, l'assenza di autolimiti alla discrezionalità amministrativa e l'eccessiva elasticità dei criteri, che non sono in grado di fungere da parametri nella motivazione della valutazione compiuta. La mancanza della pubblicazione di un Regolamento prima della valutazione e classificazione delle Riviste ha così comportato l'accoglimento dei ricorsi che lamentavano che i criteri per la qualificazione della eccellenza della rivista previsti in via generale nel d.m. n. 76 non fossero poi stati adeguatamente riempiti di significato univoco, oggettivamente predeterminati, adeguatamente esternati e pubblicizzati da ANVUR³⁵; la costruzione di indici ex ante per la valutazione è apparsa essenziale per identificare la soglia e per misurarne gli scostamenti³⁶.

ANVUR, da parte sua, ha successivamente fatto proprie le censure del giudi-

³³ Di cui alla già ricordata decisione Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2015, n. 3737.

³⁴ Come si legge nella decisione Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 2004.

³⁵ Con riferimento alla Rivista giuridica dell'edilizia si veda la decisione TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 203, ma già nello stesso senso la ricordata decisione TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 324 e TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 14 dicembre 2016, n. 12506.

³⁶ Non meno importante è stata, inoltre, ritenuta la conoscibilità dei criteri, soprattutto in fase di prima applicazione della disciplina. Così TAR Lazio, sez. III, 11 ottobre 2012, n. 8408 ritiene illegittimo il diniego di ANVUR all'accesso a documenti del procedimento quando ancora si trattava di una prima fase provvisoria e sperimentale della classificazione. Per un commento si rinvia a S. FRESA, *Diritto d'accesso e ranking delle riviste scientifiche: un problema tutto italiano*, cit.

ce e ha adottato specifici Regolamenti per delimitare in modo compiuto il procedimento di valutazione e classificazione delle Riviste.

Anzi proprio in relazione a tali Regolamenti deve osservarsi che all'approvazione della delibera nel 2012, oggetto di più di una delle controversie ricordate, è seguita l'adozione l'11 novembre 2015 di un primo Regolamento, cui è seguito un secondo Regolamento qualche mese dopo, nel luglio 2016, modificato nel maggio 2017, con relativi chiarimenti nel 2018. Da ultimo, il 20 febbraio 2019, è stato adottato un nuovo Regolamento sempre sullo stesso oggetto.

La successione di così tanti atti in così poco tempo è stata senz'altro causa di incertezza tra i destinatari delle regole e, al contempo, è indice di interventi non sufficientemente ragionati che hanno, di conseguenza, richiesto continui aggiustamenti, correzioni, integrazioni o chiarimenti per la difficoltà nell'applicazione.

L'incertezza delle regole e l'approssimazione della disciplina hanno comportato anche una più facile censura delle valutazioni derivanti dalla loro applicazione. Così le decisioni in merito alle classificazioni compiute da ANVUR sono state criticate anche in ragione dei pareri di associazioni di studiosi delle diverse aree scientifiche di contenuto contrario alla valutazione di ANVUR.

In merito il giudice ha sempre affermato, in via di principio, che i pareri tecnici e le indicazioni delle associazioni non sono vincolanti per ANVUR, altrimenti attribuendosi alle associazioni la sostanziale facoltà di indirizzare in maniera incontestabile la classificazione. È perciò sempre possibile che ANVUR si discosti dal parere, a patto che le motivazioni a sostegno della diversa collocazione siano ragionevoli e argomentate³⁷. Proprio in punto di adeguatezza e ragionevolezza della motivazione del provvedimento di classificazione della rivista, tuttavia, troppo spesso ANVUR non si è dimostrata in grado di offrire un solido percorso logico in grado di giustificare pienamente la propria valutazione difforme da quella dell'Associazione scientifica: così, ad esempio, la classificazione della Nuova Rivista Storica è stata annullata a causa dell'assenza di valutazioni volte a smentire i giudizi quasi unanimi delle principali società scientifiche favorevoli invece all'inserimento in classe "A"³⁸ oppure si è rilevato il difetto di motivazione e la carenza di istruttoria nel provvedimento relativo alla rivista *Comparazione e Diritto civile* che si discostava dal parere dell'Associazione degli

³⁷ Nella decisione del TAR Lazio, Roma, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 324 si ritiene che le conclusioni dell'associazione dei professori di un settore scientifico non siano "vincolanti per l'Anvur – altrimenti attribuendosi all'AIPDA la sostanziale facoltà di indirizzare in maniera incontestabile la classificazione in questione – se, come nel caso di specie, le motivazioni a sostegno di una diversa collocazione appaiono sostenute da elementi di giudizio esenti da vizi di legittimità ...". Nello stesso senso TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 luglio 2013, n. 6539 in relazione alla rivista "Mediterranea-ricerche storiche" e TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 20 dicembre 2016, n. 12632.

³⁸ Nella sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 febbraio 2013, n. 1709. Per un commento E. CARLONI, *Le procedure di abilitazione di fronte al giudice amministrativo*, cit.

Studiosi del settore di riferimento (AIDC) senza giustificare con “perspicue e analitiche motivazioni”³⁹. Ancora il giudice ha annullato il provvedimento di ANVUR con cui si negava la collocazione in classe A alla Rivista d’arte senza tener conto del parere favorevole del CUNSTA (Consulta Universitaria Nazionale per la Storia dell’Arte)⁴⁰ e il provvedimento relativo alla “Rivista giuridica dell’edilizia” che disattende il parere di AIPDA (Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo) senza adeguatamente motivare quanto alla scelta di attribuire maggior rilievo al diverso parere del gruppo di esperti della VQR⁴¹.

Ne risulta, allora, che la giurisprudenza afferma, in astratto, che ANVUR debba compiere la propria valutazione in piena autonomia di giudizio, ma, in concreto, ritiene poi sempre insoddisfacente la motivazione proposta da ANVUR per giustificare la soluzione contraria a quella dell’associazione scientifica di riferimento.

Il ragionamento, tuttavia, non si ritiene il frutto di una mera contraddizione, ma, al contrario, offre una soluzione che tenta di far salvo un sistema, di per sé non ben congegnato. Come, infatti, si è ricordato, con la delibera di classificazione ANVUR esercita un potere amministrativo che si impone nel suo risultato alla comunità scientifica di riferimento. Tuttavia, la delibera si basa sull’attività istruttoria che è compiuta non da funzionari di ANVUR direttamente, ma dal Gruppo di lavoro, composto da alcuni studiosi, che rappresentano, almeno da un punto di vista numerico, una esigua minoranza della comunità scientifica e sono nominati su base volontaristica. I pareri delle Associazioni sono, invece, l’espressione della indicazione della intera comunità nello specifico settore di riferimento, sicché, al di là delle affermazioni di principio della giurisprudenza, non si comprenderebbe come e per quali ragioni la valutazione dell’amministrazione, che di fatto non è dell’amministrazione ma di alcuni studiosi della disciplina in questione, dovrebbe prevalere sul contrario parere espresso dall’associazione di settore e, come tale, maturato all’interno dell’intera comunità scientifica.

³⁹In merito si ricordi Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 5 luglio 2017, n. 7922 ove si legge che “Trattandosi di un parere tecnico proveniente da un organismo altamente qualificato del settore del diritto comparato e essendo espresso all’unanimità, il provvedimento che intendeva discostarsene o non tenerne affatto conto (come è avvenuto) avrebbe dovuto giustificare il proprio contrario giudizio con perspicue e analitiche motivazioni, atte a dar conto della diversa valutazione”.

⁴⁰Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 11 novembre 2016, n. 11173.

⁴¹Tar Lazio, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 203.

4. *L'attuale Regolamento sulla classificazione delle riviste: i dubbi collegamenti con i risultati della VQR di un'attività sempre più rigidamente e complessivamente disciplinata*

Il più recente Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, che si è ricordato è stato adottato nel febbraio 2019, contiene la disciplina oggi vigente, che va richiamata all'attenzione perché innova, ancora, rispetto alla disciplina precedente e, soprattutto, pur con qualche aggiustamento, conferma un discutibile collegamento tra classificazione delle riviste e valutazione qualitativa della ricerca (di seguito VQR), introdotto nel 2017 e già oggetto di critica⁴².

In particolare, con il regolamento si prevede che ai fini della qualificazione della rivista in classe A la valutazione possa essere correlata alla quantità e qualità dei prodotti sottoposti alla VQR.

Già il d.m. n. 120/2016 ("Criteri e parametri per il conseguimento dell'ASN") dispone, all'allegato D, che ANVUR verifichi, ai fini della classificazione in classe A di una rivista, il rispetto di almeno uno tra due requisiti. Il primo di questi requisiti considera, appunto, la relazione tra contributi pubblicati e loro giudizio nella VQR, mentre il secondo è assai più generale e si riferisce semplicemente al significativo impatto della produzione scientifica.

Come si legge nella premessa, l'obiettivo del Regolamento del 2019 è "ridefinire il ruolo delle valutazioni VQR ai fini della classificazione" e "meglio specificare i criteri alla base della classificazione, in coerenza con le migliori pratiche esistenti a livello internazionale".

La ragione della correlazione è stata individuata da parte della dottrina⁴³ negli arresti della giurisprudenza, che, come ricordato nel paragrafo precedente, ha in più occasioni sottolineato l'esigenza di correlare la classificazione della rivista a risultati il più possibile obiettivi⁴⁴, ma la disciplina che ne risulta sembra il frutto di una cattiva interpretazione delle suggestioni del giudice.

In particolare, l'art. 8 del Regolamento articola la procedura di valutazione in due fasi: una fase preliminare, relativa all'accertamento dei requisiti minimi, cui segue una seconda fase destinata alla verifica dei requisiti di processo e di prodotto.

La valutazione preliminare si incentra sull'implementazione, da parte della rivista in valutazione, di procedure di revisione tra pari, oggi più semplicemente

⁴² Si rinvia alle osservazioni di A. SANDULLI, *La classificazione, op. cit.*, che ragionava sulla disciplina del Regolamento del 2016, come emendato nel 2017, che per prima ha introdotto il collegamento tra VQR e classificazione.

⁴³ A. SANDULLI, *La classificazione, cit.*, 439.

⁴⁴ Si ricordi ancora la decisione del Cons. Stato, sez. VI, 12 maggio 2015, n. 3737 in merito alla classificazione della Rivista della Cooperazione giuridica internazionale.

anche a singolo cieco (c.d. *single blind*), nel rispetto dei principi di “trasparenza, autonomia dei revisori, e in generale, assenza di conflitti di interessi”.

Superata la fase preliminare, si accede alla seconda in cui occorre, anzitutto, verificare che sussista uno dei due criteri individuati dal d.m. n. 120/2016 che disciplina l’abilitazione. D’immediata evidenza è che si tratta di un procedimento complesso e articolato e certo questa tortuosità non giova alla trasparenza e agevole conoscibilità della procedura, che pure emerge come elemento rilevante nella giurisprudenza in precedenza esaminata. La lettura delle disposizioni del Regolamento che precisano i requisiti non è di semplice comprensione.

In particolare, vengono specificati in dettaglio entrambi i due diversi criteri.

Quanto al primo criterio, relativo alla qualità dei prodotti scientifici raggiunta nella VQR dai contributi pubblicati, si prevede che superano la valutazione preliminare le riviste i cui articoli “sottoposti all’ultima VQR hanno un numero nonché una quota di valutazioni eccellenti e elevate superiori a quelli medi delle riviste di Classe A dell’Area o dei Settori di riferimento per le quali siano stati sottoposti a valutazione prodotti”.

Pur non essendovi, ancora, controversie a riguardo, già la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi criticamente in ipotesi analoghe di riferimenti incrociati, ovvero di casi in cui gli esiti della VQR sono stati utilizzati per la valutazione di singoli ricercatori⁴⁵ o anche al fine di escludere studiosi dai finanziamenti alla ricerca⁴⁶. Il giudice amministrativo, anzi, ha, in passato, espressamente indicato la chiara distinzione tra classificazione delle riviste e VQR⁴⁷, precisando che, se pure la classificazione delle riviste può avvenire sulla base di due distinti percorsi istruttori legati ai diversi contesti, “la classificazione delle riviste ai fini dell’abilitazione scientifica nazionale costituisce una procedura indipendente rispetto a quella operata ai fini della valutazione della qualità della ricerca. Infatti, nella abilitazione è diverso l’insieme di partenza, che è costituito dalla lista di tutte e sole le riviste su cui hanno pubblicato gli studiosi italiani e non dall’insieme di tutte le riviste di un certo settore. È diverso l’orizzonte tempora-

⁴⁵ In merito nella sentenza del Tar Umbria, Perugia, sez. I, 6 dicembre 2018, n. 657, si precisa che non può essere qualificato come ricercatore inattivo ed escluso dalla possibilità di presentare domanda di finanziamento per la quota premiale per il sostegno alla ricerca di base il professore universitario che, pur non avendo conferito il numero di prodotti attesi richiesto per la valutazione ai fini del processo della VQR 2011-2014, aveva comunque elaborato e inserito nell’apposita banca dati almeno due pubblicazioni, corrispondenti alle tipologie riconosciute dall’ANVUR per il menzionato processo.

⁴⁶ Nella decisione del Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 10 gennaio 2018, n. 10, si annulla un bando per l’assegnazione di fondi destinati a nuovi progetti di ricerca universitaria, che escluda indistintamente dal finanziamento dei nuovi progetti tutti coloro che a suo tempo non avevano conferito le proprie opere scientifiche per la VQR, qualora tale rifiuto si sia realizzato come forma di protesta sindacale e come manifestazione del legittimo esercizio del diritto di sciopero.

⁴⁷ Nella decisione del Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584.

le, che nella VQR è definito dal settennio 2004-2010, mentre per la abilitazione si estende al decennio precedente il bando.”

La scelta ministeriale di estendere i risultati della VQR al di fuori del contesto suscita, dunque, non pochi dubbi, sia alla luce del precedente orientamento giurisprudenziale, sia ove si consideri che i prodotti sottoponibili alla VQR sono sempre contingentati e affidati alla scelta arbitraria dei singoli ricercatori.

Il criterio, come si diceva, coesiste ed è alternativo⁴⁸ al secondo, diverso e distinto criterio afferente al “significativo impatto della produzione scientifica”, la cui disciplina nel Regolamento suscita ulteriori dubbi. In proposito, infatti, si prevede, da un lato, che il requisito “si considera soddisfatto se la rivista è in possesso dei requisiti di processo e di prodotto” e, d’altro lato, che il criterio “è valutato sulla base di una valutazione informata derivante da una analisi dei principali indicatori bibliometrici disponibili”. Ora, nel primo caso, si tratta di requisiti ulteriori, che andrebbero a rigore valutati in un momento successivo, nel secondo, si fa riferimento a indicatori bibliometrici per la classificazione di riviste di settori che a tali indicatori non sono stati sottoposti, sicché qualche dubbio di coerenza sussiste.

In aggiunta, non vi è alcuna indicazione su come operi il regime di alternatività tra i criteri, ovvero se verificata l’insussistenza dell’uno, l’altro possa comunque supplirvi.

Riconosciuta l’esistenza di uno dei due requisiti, il procedimento prosegue con la valutazione quanto alla sussistenza degli ulteriori indicatori di processo e prodotto, che sono precisamente individuati. Si tratta, in particolare, di valutare:

- a) la regolarità delle pubblicazioni (art. 11 Regolamento ANVUR);
- b) la composizione degli organi delle riviste (art. 12);
- c) la diffusione nella comunità scientifica di riferimento (art. 13);
- d) l’accessibilità dei contenuti (art. 14);
- e) il carattere scientifico dei contenuti (art. 15);
- f) l’apertura internazionale (art. 16).

L’elenco mostra come ciascuno dei criteri, anche in aderenza alle indicazioni giurisprudenziali in precedenza esaminata, trovi enunciazione in una specifica disposizione. Poiché il Regolamento prevede che l’accertamento della sussistenza degli indicatori, nella misura rispettivamente richiesta per i fini della scientificità o della classe A, è sempre necessario per concludere i giudizi con esito posi-

⁴⁸In proposito con la Delibera n. 201 del 12 settembre 2018, avente ad oggetto “Chiarimenti ai Gruppi di Lavoro in ordine alla valutazione delle riviste”, il Consiglio Direttivo dell’ANVUR già aveva precisato che, “alla luce del D.M. 120/2016 i due criteri da verificare per la classificazione delle riviste di classe A ai sensi dell’allegato D, punto 5, del DM 120 del 2016, sono enucleati come alternativi, con la conseguenza che è sufficiente il soddisfacimento di uno solo di essi affinché siano superate le verifiche preliminari richieste dall’art. 6 comma 2 del Regolamento sulla classificazione 6 delle riviste e sia dunque possibile procedere successivamente all’accertamento del possesso dei requisiti di processo e di prodotto di cui al capo III del regolamento stesso”.

tivo, sembrerebbe che, per un principio di efficienza e celerità dell'azione amministrativa, ANVUR, ovvero il Gruppo di lavoro incaricato, debba limitarsi a condurre l'istruttoria sugli stessi, posto che proprio dalla loro esistenza è possibile senz'altro ricavare anche la sussistenza del requisito del significativo impatto della produzione scientifica, richiesto per la classe A. In questo caso, infatti, la verifica del rispetto di tutti gli indicatori dovrebbe attestare anche la sussistenza del significativo impatto della produzione scientifica. Se la lettura proposta fosse corretta, finirebbe per essere priva di rilievo concreto la clausola relativa ai risultati della VQR, che richiederebbe solo un procedimento più complesso e una verifica ulteriore.

5. *Resta una domanda: la classificazione delle riviste finisce per comprimere gli spazi della ricerca?*

Dalla rassegna della giurisprudenza e dall'esame della evoluzione della disciplina della classificazione delle riviste emerge chiaramente come i procedimenti e i metodi per la valutazione siano diventati sempre più strettamente regolamentati con disposizioni di non semplice lettura, che hanno richiesto continui aggiustamenti e interventi di chiarificazione, contribuendo senz'altro a dar vita a quella che è stata chiamata l'amministrativizzazione della valutazione, tale per cui il giudice amministrativo finisce per assumere il ruolo di decisore ultimo ogni volta che sorgano delle controversie⁴⁹.

Basti qui ricordare ancora una volta le controversie relative alla rivista Diritto e processo⁵⁰ e alla Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale⁵¹.

In entrambe le vicende, pur senza negare la discrezionalità tecnica che caratterizza l'espressione delle valutazioni di ANVUR, la classificazione operata non è stata ritenuta, in due gradi di giudizio, rispettosa e congruente con i criteri del

⁴⁹ Come già precisava S. CASSESE (nella Relazione all'incontro promosso da Roars su "*Il sistema dell'Università e della Ricerca. Fatti leggende futuro*", Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 15 novembre 2012 reperibile al link <https://www.roars.it/online/lanvur-ha-ucciso-la-valutazione-viva-la-valutazione/>) "L'Anvur, burocratizzando misurazione e valutazione, si sta trasformando in una sorta di Minosse all'entrata dell'Inferno o di Cortei dei conti con straordinari poteri regolamentari, ma ignorando le conseguenze della amministrativizzazione della misurazione e della valutazione: la scelta degli esaminatori, la selezione dei docenti, lo stesso progresso della ricerca saranno decisi non nelle università, ma nei tribunali.". Ne è prova la sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 08408/2012 dell'11 ottobre 2012, che ordina all'ANVUR l'esibizione dei documenti preparatori della classificazione delle riviste e ne è un segno premonitore il Documento di lavoro CUN del 24 ottobre 2012 che elenca le questioni aperte circa i criteri di valutazione per le procedure di abilitazione. L'Autore già presagiva quello non fosse che l'inizio.

⁵⁰ Cfr. TAR Lazio, n. 2740/2016, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2016. n. 3046.

⁵¹ Cfr. TAR Lazio, n. 9402/2014 confermata da Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2015, n. 3737.

d.m. n. 76. Le nuove delibere successivamente adottate dall’Agenzia, in entrambi i casi, sono state valutate in elusione del giudicato. Ciò ha comportato, nella prima controversia, la sostituzione del giudice ad ANVUR con l’ordine di provvedere ad iscrivere la rivista *Diritto e processo* nella classe A⁵², nella seconda, la sostituzione ad ANVUR di un Collegio, composto dai Presidi delle Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma ‘La Sapienza’, dell’Università degli Studi di Roma Tor Vergata e dell’Università degli Studi Roma Tre, con il compito di valutare la corretta collocazione della ‘Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale’⁵³.

Non solo: per rispondere alle critiche della giurisprudenza in merito alla natura non arbitraria della valutazione non regolamentata, i procedimenti per la classificazione delle riviste e i criteri utilizzati sono diventati sempre più complessi. Così come nell’esercizio della valutazione degli atenei l’Agenzia ha imposto attività sempre più onerose, gravando di un peso eccessivo le scarse forze delle università italiane⁵⁴, allo stesso modo i Regolamenti sulla classificazione richiedono ai comitati di direzione un continuo aggiustamento formale per adeguarsi a regole adottate senza mettere in atto un confronto dialogico e dialettico con i soggetti coinvolti.

La stessa scelta della classificazione operata dal MIUR potrebbe essere in parte la conseguenza di un diverso filone di interventi della giurisprudenza, questa volta in tema di procedure per l’abilitazione e concorsi per il reclutamento⁵⁵, come tentativo di assicurare le “auspiccate caratteristiche di oggettività, equità e razionalità di svolgimento delle procedure di abilitazione”⁵⁶.

E tuttavia l’analisi della giurisprudenza mette in luce come, in qualche modo, il giudice medesimo abbia consapevolezza delle criticità e fallacità del sistema della classificazione. Nelle decisioni esaminate, infatti, in via di principio è fatto salvo il potere implicito di ANVUR, limitando il sindacato alla logicità e ragionevolezza delle scelte compiute, ma, in concreto, le delibere in cui l’amministrazione offra una soluzione non condivisa dalla comunità scientifica di riferimento, come si è visto in relazione ai pareri delle associazioni o alla specificazione dei criteri di valutazione, vengono tutte annullate. Non solo, come si faceva cenno in precedenza, il giudice, laddove ANVUR non si conformi o continui a discostarsi dalla valutazione della comunità scientifica, finisce per attribuire maggior rilievo a quest’ultima.

⁵² Come si legge nella decisione Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 53.

⁵³ Nella già citata decisione Cons. Stato n. 3737/2015.

⁵⁴ S. CASSESE, *L’Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione! Lo stato delle Università e la valutazione della ricerca*, in *www.roars.it*.

⁵⁵ Sul punto si rinvia senz’altro al contributo di B. RABAI in *questo Volume*.

⁵⁶ E. BALLETTI, *La classificazione delle riviste e le altre sedi editoriali in relazione alle procedure di abilitazione scientifica nazionale*, in *Lavoro nelle pubbl. amm.* 2016, 399.

Restano, dunque, non poche perplessità.

L'impostazione, mirante a predeterminare la qualità della rivista a monte e non a coglierla a valle, può comportare, come è stato precisato⁵⁷, una perdita della qualità: per esempio, in quanto spinge una rivista a sostituire la linea editoriale (sempre risultato di scelte né neutre né obbiettive) con una concezione omogenea – e stagnante, ma soprattutto a bene guardare infondata – della scientificità. La scelta di criteri di classificazione sempre più neutrali ed oggettivi, in risposta alle istanze del giudice, può implicare una standardizzazione, dar vita all'adozione di comportamenti strategici indotti dalle regole adottate e così condannare di fatto la pluralità di metodi e prospettive che rappresentano, invece, un indubbio valore aggiunto per il progresso della qualità della ricerca. Il rilievo assoluto che il sistema per come congeniato attribuisce alle riviste di classe A ha senz'altro l'effetto di scoraggiare eventuali iniziative editoriali: almeno per un triennio, se non per un periodo lungo stante l'azione non troppo efficiente di ANVUR, tali riviste faticeranno a raccogliere le pubblicazioni di studiosi interessati. Infatti, chi si trova ad inizio carriera vedrebbe attribuito uno scarso valore alla pubblicazione su una rivista non di classe A ai fini dell'abilitazione e chi è ormai professore non potrebbe comunque far valere lo scritto ai fini del conteggio delle mediane per commissario.

Anche il rapporto tra contenitore e contenuto, tra la rivista e i contributi pubblicati, come già si accennava, è senz'altro aspetto su cui ancora occorre ragionare. Si tratta, infatti, di stabilire se vi è (o se vi deve essere) assoluta corrispondenza tra la qualità del primo e la qualità del secondo. La questione è rilevante, anzitutto per i revisori, per la valutazione di loro pertinenza, poiché è chiaro che, in caso di risposta affermativa, dovrebbero adeguare gli standard di valutazione dei contributi proposti per la pubblicazione alla qualità della rivista che li dovrebbe ospitare⁵⁸. Nelle riviste delle c.d. scienze dure, per cui valgono gli indicatori bibliometrici, i revisori ricevono compensi monetari per la valutazione degli articoli ai fini della pubblicazione, mentre questo sistema è del tutto sconosciuto alle scienze sociali.

L'opera di classificazione delle riviste, in quanto effettuata da un'agenzia pur tecnica, ma senz'altro soggetta all'indirizzo governativo, può verosimilmente minare in radice la libertà scientifico-culturale dell'accademia e l'autonomia universitaria, costituzionalmente garantita, che consiste in quella delle singole Università, così inevitabilmente finendo per pregiudicare la loro funzione critica.

⁵⁷ V. PINTO, *Valutazione della ricerca: tecnologie invisibili e pasticcerie manifeste*, in *Riv. critica dir. priv.* 2012, 107, qui 117. L'Autrice aggiunge anche che l'uso forzato delle riviste come strumenti di valutazione in concorrenza tra loro ne trasforma la natura da mezzi di confronto – e certo anche contesa, persino militante – tra studiosi, a strumenti di ricompensa o sanzione di individui o gruppi.

⁵⁸ Similmente V. GASPARINI CASARI, *op. cit.*, 683.

Già da altri si è ritenuto⁵⁹ che non sia condivisibile classificare le riviste allo scopo di influenzare i concorsi universitari e la valutazione dei candidati e della loro produzione scientifica, perché ciò finisce per comprimere la capacità delle comunità scientifiche di svolgere il proprio compito ontologico. ANVUR poi affida la classificazione al Gruppo di lavoro che è composto da studiosi che, pur di elevato profilo, non sono, anche per come nominati, sicuramente rappresentativi dell'intera comunità scientifica.

Questo vale tanto più ove la classificazione venga collegata alla VQR, che nasce con tutt'altri fini e intenti. Il legame che si è così creato finisce per acuire la credenza che i risultati della VQR rappresentino una fonte affidabile di misurazione, nonostante le evidenti criticità della valutazione proprio nelle aree non bibliometriche⁶⁰, prima tra tutte l'anonimato del revisore e l'irresponsabilità che se ne ricava.

In questo quadro, tanto più meritevole e condivisibile è la proposta avanzata in dottrina⁶¹ di rendere più severo e stringente l'accesso alla qualificazione della scientificità di una rivista, ma eliminare la ripartizione in classi delle riviste.

Senz'altro la classificazione presenta alcuni effetti benefici, tra cui si possono annoverare i controlli svolti dalla direzione delle riviste e l'adozione di parametri utili a migliorare il livello complessivo dei contributi scientifici pubblicati. Tali effetti, però, sarebbero ugualmente assicurati all'interno di un'unica categoria.

⁵⁹ Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*, 5.

⁶⁰ Già attentamente messe in luce da M. RAMAJOLI, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 313.

⁶¹ A. SANDULLI, *La classificazione*, cit.

IL NUMERO CHIUSO E L'AMMISSIONE AI CORSI DI LAUREA

Nadia Spadaro

SOMMARIO: 1. Le limitazioni al diritto allo studio universitario tra evoluzione normativa e prospettive di riforma. – 2. Il diritto allo studio e la limitazione all'accesso ai corsi di laurea nella prospettiva sovranazionale. – 3. L'esenzione dall'esame di ammissione per il trasferimento ad anni successivi al primo da università estere. – 4. L'esenzione dall'esame di ammissione per i possessori di titoli particolari. – 5. La limitazione all'accesso ai corsi di laurea ad opera dei singoli atenei. – 6. Conclusioni.

1. Le limitazioni al diritto allo studio universitario tra evoluzione normativa e prospettive di riforma

Il primo testo normativo che regolamentava la moderna università, la c.d. legge Casati del 1859¹, prevedeva delle significative limitazioni di accesso ai corsi universitari, riservandoli agli studenti che provenissero dal liceo, ad eccezione della facoltà di scienze fisiche, matematiche e naturali alla quale potevano iscriversi anche i diplomati dell'indirizzo fisico-matematico dell'istituto tecnico. In sostanziale continuità con l'impostazione della legge Casati, la riforma Gentile del 1923² poneva limitazioni ancor più stringenti, laddove consentiva l'accesso a qualsiasi corso universitario solo a coloro che avessero conseguito il diploma di maturità classica; ai diplomati del liceo scientifico era concesso iscriversi alle facoltà di scienze e di medicina e chirurgia e gli altri diplomati, ad esempio di istituti tecnici, potevano accedere alle sole facoltà di economia, agraria e statistica.

¹ Il Regio decreto legislativo 13 novembre 1859, n. 3725 del Regno di Sardegna recante "riordinamento della pubblica istruzione e del personale insegnante", entrato in vigore nel 1860 fu esteso con l'unificazione a tutta Italia. Si veda E. ANSOVINI, *La legge Casati*, in *www.treccani.it*.

² Il r.d. 30 settembre 1923, n. 2102 recante "ordinamento dell'istruzione superiore" fu successivamente trasfuso nel testo unico sull'istruzione superiore approvato con il r.d. 31 agosto 1933, n. 1592.

L'adozione della Costituzione rappresentò un'importante svolta, stabilendo espressamente, all'art. 3, comma 1, che la "scuola è aperta a tutti", e, al terzo e quarto comma del medesimo articolo, il diritto allo studio universitario per "i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi", per i quali "la Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso". Tale disposizione è considerata un'importante specificazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., in quanto garantisce la parità di trattamento per tutti gli studenti capaci e meritevoli e, dunque, la pari possibilità di accesso all'istruzione universitaria anche per chi sia privo di mezzi³.

Nonostante l'importanza dell'affermazione di principio, l'effettiva "liberalizzazione" dell'accesso all'università si ebbe solo a seguito delle contestazioni studentesche della fine degli anni sessanta del secolo scorso. Fu, infatti, solo la legge 11 dicembre 1969, n. 910, c.d. legge Codignola, ad estendere la possibilità di accedere al sistema universitario a tutti i diplomati, senza più alcuna differenziazione in base alla provenienza da un liceo o da un istituto tecnico o alcun condizionamento determinato dal percorso di studi secondari seguito.

L'adozione della legge Codignola produsse, come effetto immediato, un aumento esponenziale del numero degli iscritti agli atenei⁴, tale da creare delle oggettive difficoltà di gestione in relazione alle strutture e alle risorse di cui disponevano le università. A fronte di un numero molto elevato di iscritti, infatti, le attrezzature e i laboratori scientifici disponibili, il personale docente e quello tecnico, gli essenziali servizi di assistenza e tutorato e la capienza delle aule divennero insufficienti.

Il rapporto tra il numero di iscritti ai corsi universitari e le risorse disponibili raggiunse un livello talmente sproporzionato nel 1980⁵ che il legislatore dovette introdurre delle limitazioni all'accesso al corso di laurea in odontoiatria e protesi dentaria presso la facoltà di medicina e chirurgia, fondate sulle risorse concretamente disponibili a livello di strutture cliniche e didattiche⁶, aprendo così la

³ Si vedano S. CASSESE, A. MURA, *Art. 33-34*, in *Rapporti etico-sociali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976; F. PAOLOZZI, *Il diritto allo studio universitario e il riparto costituzionale delle competenze in Le istituzioni del Federalismo*, supplemento al n. 3, 2007, 7.

⁴ In base alle rilevazioni Istat sugli "Iscritti a scuola o all'università per livello di istruzione, sesso e anno scolastico o accademico" – anni 1861/1862-2013/2014, (consultabili in www.seriestoricheistat.it) il numero complessivo degli iscritti aumentò da 682.000 nell'anno accademico 1970/1971 ai 936.000 nell'anno 1975/1976.

⁵ In base alle medesime rilevazioni Istat citate alla nota precedente, in Italia, nell'anno accademico 1980/1981, gli studenti iscritti all'università erano 1.048.000.

⁶ Il riferimento è al d.p.r. 28 febbraio 1980, n. 135 recante "Istituzione del corso di laurea in odontoiatria e protesi dentaria presso la facoltà di medicina e chirurgia", ove all'allegata tabella XVIII-bis, ai fini dell'ammissione al corso di laurea si prevede che "nel far luogo all'istituzione del corso di laurea si deve tener conto delle strutture disponibili (cliniche e didattiche) per la determinazione del numero e delle modalità di accesso degli studenti".

strada all'introduzione di una generale regolamentazione dell'accesso ai corsi universitari per i quali sorgessero le medesime esigenze.

Nel 1997, infatti, il legislatore, anche influenzato dalle direttive europee che, nei primi anni novanta, avevano previsto *standards* di formazione minimi ai fini del mutuo riconoscimento dei titoli di studio⁷, attribuì al Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica il potere di determinare i criteri generali per la regolamentazione dell'accesso alle scuole di specializzazione e ai corsi universitari⁸, così da garantire agli studenti che accedessero all'università una formazione adeguata a raggiungere gli *standards* europei.

Tale normativa venne impugnata avanti alla Corte costituzionale in ragione dell'asserito contrasto con il principio di riserva di legge implicita negli artt. 33 e 34 nonché con gli artt. 3 e 97 Cost. A seguito della sentenza del Giudice delle leggi n. 383/1998, che rigettava l'eccezione di incostituzionalità⁹, il legislatore ritenne opportuno circoscrivere il potere dell'amministrazione tramite una disciplina di indirizzo più specifica ed emanò la legge 2 agosto 1999, n. 264, che ha rappresentato il definitivo superamento di quella totale apertura dell'accesso universitario di cui alla legge Codignola.

La legge n. 264/1999 delinea un sistema in cui risultano programmati a livello nazionale gli accessi ai corsi di laurea universitari in medicina e chirurgia, in medicina veterinaria, in odontoiatria e protesi dentaria, in architettura nonché ai corsi di diploma universitario concernenti la formazione del personale sanitario infermieristico, tecnico e della riabilitazione (art. 1, comma 1, lett. a). A questi si

⁷ Le numerose direttive europee relative al riconoscimento reciproco dei titoli di studio relativi alle professioni di medico, veterinario, odontoiatra, architetto prevedevano che tale riconoscimento fosse subordinato a *standard* di formazione minimi attestanti il possesso di specifiche conoscenze necessarie per l'esercizio delle attività professionali. Si vedano, in particolare, la direttiva 89/594/CEE (che modificava le direttive 75/362/CEE, 77/452/CEE, 78/686/CEE, 78/1026/CEE e 80/154/CEE; 75/363/CEE, 78/1027/CEE e 80/155/CEE), trasposta nel nostro ordinamento con d.lgs. 2 maggio 1994, n. 353 e la direttiva 93/16/CEE, trasposta con d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368.

⁸ Il riferimento è al comma quarto dell'art. 9 della legge 19 novembre 1990, n. 341, successivamente modificato dal comma 116 dell'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127.

⁹ Il Giudice delle leggi, con la pronuncia n. 383 del 27 novembre 1998 (consultabile in www.giurcost.org), pur ritenendo che la corretta interpretazione degli artt. 33 e 34 della Costituzione imponesse di considerare che "i criteri di accesso all'università e dunque anche la previsione del numero clausus non possono legittimamente risalire ad altre fonti, diverse da quella legislativa" (§ 4.1.1), affermò che la riserva di legge non fosse tale da esigere che l'intera disciplina della materia fosse contenuta in disposizioni di legge, ma che si trattasse di una riserva relativa, con ciò rigettando la questione di legittimità sollevata. In particolare, fu determinante, nell'argomentazione della Corte, la considerazione secondo la quale il rapporto tra la legge e l'autonomia universitaria, previsto dall'art. 33 ultimo comma della Costituzione, impone che alle previsioni di legge venga attribuito il valore di limite e non già di disposizione circostanziata al punto da "ridurre le università al ruolo di meri ricettori passivi di decisioni assunte al centro" (§ 4.1.2.).

aggiungono i corsi a numero chiuso per scienze della formazione primaria e scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (art. 1 comma 1 lett. b), per i corsi di formazione specialistica dei medici, per le scuole di specializzazione per le professioni legali e per i corsi universitari di nuova istituzione o attivazione, su proposta delle università e nell'ambito della programmazione del sistema universitario, per un numero di anni corrispondente alla durata legale del corso (art. 1 comma 1 lett. c, d, e). La programmazione nazionale comporta, secondo la disciplina dettata dalla legge, che la preliminare determinazione annuale del numero di posti a livello nazionale sia effettuata con decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e si basi sulla previa considerazione e valutazione dell'offerta potenziale del sistema universitario, nonché del fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo¹⁰.

La legge n. 264/1999 prevede, inoltre, accessi programmati direttamente dalle università per i corsi di laurea ove l'orientamento didattico imponga l'utilizzazione di laboratori ad alta specializzazione, di sistemi informatici e tecnologici o comunque di posti-studio personalizzati; per i corsi in cui il tirocinio è parte integrante del sistema formativo da svolgere presso strutture diverse dall'ateneo e per i corsi o scuole di specializzazione¹¹.

La rimessione alle singole università della determinazione dei posti disponibili è legata, dunque, solo ad una variabile interna alle stesse università, relativa alla effettiva disponibilità di strutture, aule, attrezzature e docenti. Laddove, invece, la programmazione del numero di accessi avvenga a livello nazionale, essa dipende, oltre che dalle citate variabili, anche da un elemento esterno, che considera i probabili sbocchi professionali, le richieste emergenti, i bisogni dell'utenza, le proiezioni future¹². La previsione del numero programmato si fonda, dunque, su una *ratio* ben precisa, delineabile nella necessità di garantire prestazioni di qualità ed effettiva fruibilità da parte degli iscritti delle risorse universitarie, nonché nella concreta possibilità di assorbimento (per quanto riguarda i corsi universitari a programmazione nazionale) delle figure professionali nel contesto sociale.

La conformità al dettato costituzionale della disciplina e della *ratio* della legge n. 264 è stata confermata in diverse occasioni dalla giurisprudenza, sia costituzionale¹³ che amministrativa¹⁴. I giudici hanno, infatti, rilevato che il

¹⁰ Si veda l'art. 3, comma 1, lett. a), legge 2 agosto 1999, n. 264.

¹¹ Si veda l'art. 2 della legge 2 agosto 1999, n. 264.

¹² A tale diversa *ratio*, secondo certa dottrina, deve corrispondere anche una diversa qualificazione formale dei corsi, dovendosi definire "a numero programmato" quelli a livello nazionale e "a numero chiuso" quelli per i quali la programmazione è rimessa alle singole università. Si veda, in tal senso, G.P. LOMBARDO, *Storia e modelli della formazione dello psicologo. Le teorie dell'intervento*, Milano, 1994, 215, nt. 3.

¹³ Si vedano Corte cost. 27 novembre 1998, n. 383, cit. e Corte cost. 29 maggio 2002, n. 219, in www.giurcost.org.

legislatore può limitare l'accesso agli studi, in relazione ai requisiti di capacità e di merito, anche in vista di obiettivi di utilità sociale, ma sempre in condizioni di eguaglianza¹⁵. La regolamentazione dell'accesso agli studi universitari, infatti, si pone in linea con il dettato costituzionale, laddove garantisce l'accesso agli studi superiori ai soggetti capaci e meritevoli prevedendo, per coloro che non abbiano i mezzi per proseguire gli studi, provvidenze economiche pubbliche.

Al contrario, appare in netto contrasto con la logica costituzionale ammettere l'accesso generalizzato a corsi universitari che non siano in grado di garantire ad ogni studente un livello adeguato di formazione o che formino studenti senza che poi vi sia spazio per un loro inserimento professionale. Nell'ottica della Costituente, infatti, la scuola assolve il compito di preparare culturalmente l'individuo, in modo che questi possa inserirsi con una idonea preparazione nel mondo del lavoro¹⁶. Del resto, la scelta sistematica accolta nella stesura definitiva della Carta Costituzionale relativamente ai rapporti etico-sociali vede la formazione sociale "scuola" in posizione intermedia tra la famiglia (artt. 29, 30, 31) e il lavoro (rapporti economici – art 35 Cost.), proprio per l'esigenza di seguire passo a passo la formazione della personalità del cittadino, dalla famiglia alla scuola al posto di lavoro¹⁷.

La legge 264, tuttavia, è stata, negli ultimi anni, oggetto di contestazione da parte di molte forze politiche, mosse dalla convinzione che l'esame di ammissione rappresenti uno sbarramento eccessivo per gli studenti, tale da incidere significativamente sul numero dei laureati nel nostro Paese¹⁸. Tale convinzione si è concretizzata nella presentazione di diversi disegni di legge accomunati dalla proposta di abolizione dell'esame di ammissione. Ben nove disegni di legge ordinaria attualmente all'esame della Commissione cultura della Camera, propongono, infatti, l'abolizione del test d'ingresso, prevedendo, in alcuni casi, la sua sostituzione con strumenti alternativi di selezione, da introdurre nei primi anni dei corsi universitari e la fissazione di quote minime di esami di profitto da superare per ciascun anno del corso di laurea. Allo studente che

¹⁴ TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 ottobre 2005, n. 9269, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 novembre 2009, n. 1009, *ivi*; TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 ottobre 2017, n. 10129, *ivi*; TAR Lazio, Roma, sez. III, 3 giugno 2019, n. 7119, *ivi*.

¹⁵ Si veda, in particolare, la recente pronuncia TAR Lazio, Roma, sez. III, 18 marzo 2020, n. 3370, in www.osservatoriouniversità.unimib.it.

¹⁶ Si veda, sul punto, T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2017, 652.

¹⁷ Sulla sistematica costituzionale, motivata dall'esigenza indicata nel testo, e proposta in Assemblea Costituente dall'On. Aldo Moro, si veda, V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2007, 51.

¹⁸ In base ai dati Eurostat del 2018, rispetto alla media europea che supera il 40 per cento dei laureati nella fascia di età fra 30 e 34 anni, raggiungendo così l'obiettivo fissato per l'anno 2020, l'Italia conta solo 27,8 per cento dei laureati nella medesima fascia d'età (si veda Eurostat, *Educational attainment statistics*, 2018, in <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics>).

non superi questa quota minima di esami per anno accademico si precluderebbe, in particolare, la possibilità di iscriversi agli anni successivi, fino alla perdita del diritto all'iscrizione, anche al primo anno, allo stesso corso in altri atenei¹⁹. Da altra prospettiva si propone, similmente, di seguire l'impostazione del sistema universitario francese, sostituendo l'esame di ammissione con una valutazione dei risultati conseguiti nel corso dell'anno accademico precedente, secondo graduatorie formate sulla base del numero degli esami sostenuti e della media dei voti riportati dallo studente²⁰; oppure si propone, solo per i corsi di laurea di area sanitaria, l'introduzione di un test di verifica da sostenere al termine del programma di studi previsto per il primo anno ai fini dell'ammissione agli anni successivi tramite il raggiungimento del «punteggio minimo d'accesso» e per un limite massimo di posti pari al fabbisogno del Servizio sanitario nazionale²¹.

Per perseguire gli obiettivi di qualità ed efficienza del sistema universitario, è, però, imprescindibile che non si ammetta un numero di soggetti illimitato ad usufruire di risorse limitate. Se la volontà politica, come emerge dalle numerose proposte di riforma, è quella di ritornare ad un accesso completamente libero a tutti i corsi universitari, introducendo una selezione più incisiva durante il percorso universitario, si renderà imprescindibile un preliminare stanziamento economico idoneo a rendere quelle risorse (strutture, attrezzature, aule) potenzialmente usufruibili da tutti, piuttosto che, a bilancio invariato, aumentare i possibili fruitori di risorse già scarse. La concreta fruibilità di risorse universitarie e di insegnamenti di qualità da parte degli iscritti è, del resto, imprescindibile per l'adeguata formazione di determinate figure professionali, segnatamente in ambito sanitario. Esigenza, quest'ultima, che non può essere sacrificata neppure a fronte dell'aumento della capacità di assorbimento delle professioni sanitarie in ambito sociale, che potrebbe verificarsi e concretamente si è verificata nei periodi di emergenza sanitaria²².

¹⁹In tal senso, la proposta di legge n. 542, presentata il 18 aprile 2018 recante «modifiche alla legge 2 agosto 1999, n. 264, concernenti l'abolizione del numero chiuso o programmato per l'immatricolazione presso le università, e altre disposizioni per la regolazione dell'iscrizione ai successivi anni di corso».

²⁰Si veda la proposta di legge n. 1301, presentata il 24 ottobre 2018 recante «modifica all'articolo 4 della legge 2 agosto 1999, n. 264, recante norme in materia di accessi ai corsi universitari».

²¹Si veda la proposta di legge n. 812, presentata il 28 giugno 2018 recante «disciplina dell'accesso ai corsi universitari».

²²L'attuale emergenza da Covid 19 e il carattere particolarmente diffuso dell'epidemia hanno determinato l'esigenza di un massiccio incremento di personale del Servizio sanitario nazionale, per fronteggiare la quale sono state adottate svariate misure normative volte, ad esempio, a riscrivere le regole per l'abilitazione all'esercizio della professione medica (art. 102 d.l. 17 febbraio 2020, n. 18), per l'ammissione ai concorsi delle scuole di specializzazione in medicina (art. 237

2. Il diritto allo studio e la limitazione all'accesso ai corsi di laurea nella prospettiva sovranazionale

Dal punto di vista sovranazionale, il diritto allo studio trova importanti riconoscimenti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il diritto allo studio e, più precisamente, il diritto all'istruzione, è espressamente riconosciuto all'art. 2 del primo Protocollo addizionale della CEDU che lo declina in negativo, prevedendo che "il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno".

La portata del diritto allo studio, a discapito della formulazione negativa della prima parte della norma, è stata sempre intesa dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in senso ampio, riconoscendogli il valore di un vero e proprio diritto universale. In particolare, la Corte di Strasburgo lo ha interpretato come diritto ad un'educazione effettiva: affinché il diritto all'istruzione produca degli effetti utili, infatti, la Corte ritiene che l'individuo, che ne sia titolare, debba avere la possibilità di trarre beneficio dall'insegnamento seguito e, conseguentemente, anche di ottenere il riconoscimento ufficiale degli studi effettuati, in conformità alle regole vigenti in ciascuno Stato contraente²³.

Con specifico riferimento al diritto di accesso all'istruzione, il diritto all'educazione, di cui all'art. 2 del Protocollo n. 1, è stato inteso dalla Corte come diritto di accedere alle istituzioni educative esistenti in un dato momento storico sul territorio degli Stati contraenti²⁴, quale presupposto indispensabile della trasmissione del sapere e dello sviluppo intellettuale²⁵. Tale principio è stato affermato dalla Corte in relazione tanto all'istruzione primaria²⁶ quanto a quella secondaria²⁷ e superiore²⁸.

La Corte di Strasburgo, pur affermando che gli Stati non possano negare il diritto all'istruzione nell'ambito degli istituti scolastici che hanno deciso di isti-

comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34) o per il riconoscimento delle qualifiche di professionisti che intendono esercitare sul territorio nazionale una professione sanitaria conseguita all'estero in base alle direttive UE (art. 13 d.l. 17 febbraio 2020, n. 18).

²³ Corte EDU, *Caso linguistico belga*, nn. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 luglio 1968, in *budoc.echr.coe.int*, §§ 3-5.

²⁴ Corte EDU, *Caso linguistico belga*, cit., § 4.

²⁵ Corte EDU, *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, nn. 7511/76; 7743/76, 25 febbraio 1982, in *www.budoc.echr.coe.int*.

²⁶ Corte EDU, *Sulak c. Turchia*, (dec.) n. 24515/94, 17 gennaio 1996, in *www.budoc.echr.coe.int*.

²⁷ Corte EDU, *Cipro c. Turchia*, n. 25781/94, 10 maggio 2001, in *www.budoc.echr.coe.int*, § 278.

²⁸ Corte EDU, *Leyla Şahin c. Turchia*, n. 44774/98, 10 novembre 2005, in *budoc.echr.coe.int*, § 141; Id. *Mürsel Eren c. Turchia*, n. 60856/00, 3 luglio 2006, *ivi*, § 41; Id. *Irfan Temel e altri c. Turchia*, n. 36458/02, 3 giugno 2009, *ivi*, § 39.

tuire o autorizzare, a tutti i livelli, specifica, tuttavia, che il diritto all'istruzione non è assoluto, in quanto, per sua stessa natura e come altri diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione²⁹, richiede di essere regolamentato dallo Stato³⁰. Conseguentemente, le autorità nazionali godono, in questa materia, di un certo margine di discrezionalità nell'imporre delle restrizioni, purché prevedibili e volte a perseguire un fine legittimo, rispetto al quale si pongano in un rapporto di proporzionalità. Pertanto, se uno Stato instaura un sistema scolastico statale, può legittimamente limitare l'accesso ai gradi più elevati di educazione solo a coloro che abbiano le capacità per trarne effettivo vantaggio³¹.

Con specifico riferimento alla previsione di esami di ammissione con numero chiuso ai corsi di laurea, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di pronunciarsi recentemente proprio in un caso riguardante l'Italia³², ove, confermando l'orientamento sopra esposto, ha ritenuto che la disciplina italiana sul numero chiuso presentasse tutte le caratteristiche ritenute indispensabili affinché una restrizione al diritto di accesso all'istruzione potesse considerarsi legittima. In particolare, la Corte ha considerato sussistente il requisito della prevedibilità, nella misura in cui la disciplina del numero chiuso contenuta in specifiche disposizioni normative, quali la legge n. 264/1999, persegue la finalità legittima di raggiungere alti gradi di professionalità assicurando livelli di istruzione minimi e adeguati e si svolga tramite strumenti, quali i test di ammissione, che siano proporzionati rispetto all'obiettivo di garantire un livello di istruzione minimo e adeguato. La Corte di Strasburgo ha, dunque, avallato il sistema italiano di accesso a determinati corsi universitari tramite test di ingresso a numero chiuso, non considerandolo in contrasto col diritto all'istruzione come previsto e garantito dall'art. 2 del primo Protocollo addizionale alla CEDU.

Il contenuto di tale disposizione viene ripreso dall'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che estende il diritto all'istruzione

²⁹ Il riferimento è al diritto di accesso alla giustizia come tutelato dall'art. 6, comma 1, della Convenzione EDU. Si vedano, in particolare Corte EDU *Golder c Regno Unito*, n. 4451/70, 21 febbraio 1975, in *www.budoc.echr.coe.int* e Id., *Fayed c Regno Unito*, n. 1710/90, 21 settembre 1990, *ivi*.

³⁰ Si veda Corte EDU *Caso linguistico belga*, cit., § 5; Id., *Altinay c Turchia*, n. 37222/04, 9 ottobre 2013, in *www.budoc.echr.coe.int*, § 33; Id., *X c Regno Unito*, (dec.) n. 8844/80, 9 dicembre 1980, *ivi*.

³¹ Si vedano Corte EDU *Altinay c Turchia*, cit., § 34; Id., *Leila Sabih c Turchia*, cit., § 154; *X c Regno Unito*, cit.; Id., *X c Austria*, (dec.) 5492/72, 16 luglio 1973, in *www.budoc.echr.coe.int*; Id. *Lukach v. Russia* (dec.), n. 48041/99, 16 novembre 1999, *ivi*.

³² Si veda sentenza Corte EDU, *Tarantino e altri c/Italia*, nn. 25851/09, 29284/09, 64090/09, 2 aprile 2013, in *www.budoc.echr.coe.int*. Per un commento alla sentenza si vedano, in particolare, M. DE BENEDETTO, *Il numerus clausus per l'accesso all'università*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2013, 1046 ss.; M. CASTELLANETA, *Università: la decisione di inserire un numero chiuso non viola il diritto all'istruzione garantito dalla Cedu*, in *Guida al diritto*, 11 maggio 2013, n. 20, 102 ss.

alla possibilità di accedere alla formazione professionale obbligatoria e continua e prevede espressamente il principio di gratuità dell'istruzione obbligatoria.

Anche il Trattato sul funzionamento dell'Europa (TFUE), dedica un'attenzione particolare all'istruzione, riprendendo quanto già previsto dal Trattato di Maastricht (artt. 126 e 127). Il titolo XII del TFUE, relativo a *Istruzione, formazione professionale e gioventù*, definisce, agli artt. 165 e 166, gli impegni dell'Unione per lo sviluppo e la promozione di un settore in cui la stessa esercita una competenza complementare, e quindi di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri. Sulla scorta di tali impegni, l'Unione ha adottato programmi volti a favorire lo scambio tra docenti e studenti, il superamento delle barriere linguistiche ed il riconoscimento dei titoli di studio³³, nonché numerose raccomandazioni volte all'incentivazione del coordinamento tra Stati membri in tale ambito³⁴.

Gli artt. 165, n. 1 e 166, n. 1, TFUE garantiscono che il diritto dell'Unione non arrechi pregiudizio alla competenza degli Stati membri per quanto riguarda l'organizzazione dei propri sistemi di istruzione e di formazione professionale. Il che significa, con specifico riferimento all'istruzione universitaria, come chiarito a più riprese dalla giurisprudenza di Lussemburgo³⁵, che gli Stati membri sono liberi di optare per un sistema fondato sul libero accesso, senza porre limiti numerici per l'iscrizione, ovvero per un sistema fondato su un accesso regolato che selezioni gli studenti.

³³ Tra le varie iniziative adottate dall'Unione, meritano di essere ricordati il programma Erasmus, finalizzato ad agevolare la mobilità degli studenti iscritti all'università (decisione 1720/2006/CE del Parlamento e del Consiglio del 15 novembre 2006 in GUCE, L 327, 24 novembre 2006) e ai corsi di dottorato di ricerca in Europa (decisione 87/327/CEE del Consiglio del 15 giugno 1987 in GUCE L 166, 25 giugno 1987); il programma Lingua, per lo studio, l'apprendimento e la valorizzazione delle lingue straniere (decisione 89/489/CEE del Consiglio del 28 luglio 1989, in GUCE, L 239, 16 agosto 1989); il programma Gioventù per l'Europa, poi rinominato Gioventù e successivamente Gioventù in azione, durato fino al 2013 con lo scopo di promuovere gli scambi tra giovani nell'ambito della Comunità (decisione 1031/2000/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 2000, in GUCE, L 117, 18 maggio 2000); il programma Socrates (decisione 819/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 1995, in GUCE, L 87, 20 aprile 1995), che ha poi assorbito i programmi Erasmus, Lingua e altri ancora.

³⁴ Si vedano, in particolare, la Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 sulla promozione di valori comuni, di un'istruzione inclusiva e della dimensione europea dell'insegnamento (2018/C 195/01) e la Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 relativa alle competenze chiave per l'apprendimento permanente (2018/C 189/01) sostitutiva della precedente Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, relativa a competenze chiave per l'apprendimento permanente (2006/962/CE).

³⁵ CGUE, 11 settembre 2007 C-76/05, *Schwarz e Gootjes – Schwarz c Finanzamt Bergisch Gladbach*, in www.curia.europa.eu; CGUE, 23 ottobre 2007, cause riunite C-11/06 e C-12/06, *Morgan c. Bezirksregierung Köln e Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, *ivi*: CGUE, 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol, Chaverot e altri c. Gouvernement de la Communauté française*, *ivi*.

La libertà degli Stati membri nel settore dell'istruzione universitaria trova, tuttavia, dei condizionamenti significativi derivanti dalla disciplina di attuazione del principio di libertà di circolazione e soggiorno, come previsto dall'art. 21 TFUE e, in particolare, dalla facoltà per gli studenti di uno Stato membro dell'Unione di accedere all'istruzione superiore in un altro Stato membro, che costituisce l'essenza del principio della libera circolazione degli studenti³⁶.

Tale condizionamento è stato la fonte di numerose controversie giurisprudenziali nel nostro ordinamento. Di particolare rilevanza, per la diversità di orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sul punto è la questione della esenzione dall'esame di ammissione per il trasferimento ad anni successivi al primo da università estere, sulla quale ci si soffermerà nel successivo paragrafo.

3. L'esenzione dall'esame di ammissione per il trasferimento ad anni successivi al primo da università estere

La circostanza per la quale l'Unione riconosce autonomia agli Stati membri in materia di istruzione, consentendo agli stessi la piena discrezionalità nella scelta di stabilire o meno dei limiti per l'accesso a determinati corsi universitari, rende possibile l'evenienza che l'accesso ad un medesimo percorso di studi in alcuni Stati membri sia libero ed in altri sia, invece, subordinato al superamento di un test di ingresso. Ciò ha posto il problema della necessità o meno che studenti iscritti in università di uno Stato membro dell'Unione, per l'accesso alle quali non fosse prevista alcuna limitazione, sostenessero con esito positivo il test di ingresso presso l'università del proprio Stato di appartenenza, alla quale si volessero trasferire in un anno successivo al primo.

Il problema assumeva una particolare rilevanza laddove l'istanza di trasferimento avrebbe potuto realizzare una condotta elusiva del numero chiuso previsto per l'ammissione al corso universitario prescelto. Nella prassi, infatti, gli studenti che non avessero superato le prove di ammissione al corso universitario nel proprio Stato di appartenenza, avrebbero potuto operare la scelta opportunistica di iscriversi al medesimo corso in altro Stato membro ove non fosse previsto un test d'ingresso e, dopo il primo anno di corso, richiedere il trasferimento nell'università dello Stato di appartenenza e il contestuale riconoscimento degli esami già sostenuti, in base alla disciplina europea in tema di riconoscimento dei titoli di studio³⁷.

³⁶ CGUE, 7 luglio 2005, C-147/03, *Commissione c. Austria*, in www.curia.europa.eu; CGUE, 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol, Chaverot e altri c. Gouvernement de la Communauté française*, cit.

³⁷ A livello eurounitario, infatti, oltre alla disposizione di principio di cui all'art. 165, par. 2, com-

Sul punto si è sviluppato un acceso dibattito giurisprudenziale nel nostro ordinamento, sul quale si è di recente pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁸.

L'impostazione seguita dalla nostra giurisprudenza amministrativa sul tema era inizialmente molto restrittiva, tesa a negare recisamente l'esenzione dall'esame di ammissione per il trasferimento ad anni successivi al primo da università estere; ciò in quanto la disciplina contemplata dalla legge n. 264/1999, nel prevedere l'obbligo di sostenere il test di ammissione per determinate corsi universitari, non effettua distinzioni tra immatricolazioni al primo o ai successivi anni di corso. Pertanto, secondo questa giurisprudenza, il medesimo obbligo avrebbe dovuto ritenersi sussistente anche nel caso di domanda di accesso, proveniente da università estere, direttamente ad anni successivi al primo³⁹.

In tale quadro giurisprudenziale sono però emerse pronunce dissonanti, che riferiscono il test selettivo per l'ammissione ai corsi di laurea a numero chiuso, previsto dalla legge n. 264, alla sola immatricolazione⁴⁰. Tale impostazione, seguita soprattutto dai giudici amministrativi di primo grado, fa leva sulla imprescindibilità del riconoscimento di periodi di studio svolti all'estero dagli studenti, che, sebbene di competenza dei singoli Stati membri, deve essere esercitato nel rispetto del diritto alla libertà di circolazione e di soggiorno. In particolare,

ma 2, TFUE, che impone di tutelare la libera circolazione degli studenti anche attraverso il riconoscimento dei periodi di studio svolti in ambito comunitario, è stata adottata una normativa specifica sul riconoscimento dei titoli di formazione: si vedano, in particolare, la direttiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in GU L 255 del 30 settembre 2005 e la direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva 2005/36/CE e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno. Esiste, inoltre, la Convenzione sul riconoscimento dei titoli di studio relativi all'insegnamento superiore nella Regione Europea, stipulata a Lisbona l'11 aprile 1997, ratificata dalla legge 11 luglio 2002, n. 148 che, all'art. 2, stabilisce che la competenza per il riconoscimento dei cicli e dei periodi di studio svolti all'estero e dei titoli di studio stranieri, ai fini dell'accesso all'istruzione superiore, del proseguimento degli studi universitari e del conseguimento dei titoli universitari italiani, è attribuita alle università ed agli istituti di istruzione universitaria, che la esercitano nell'ambito della loro autonomia e in conformità ai rispettivi ordinamenti, fatti salvi gli accordi bilaterali in materia.

³⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2015, n. 1, in *www.osservatoriouniversita.unimib.it*.

³⁹ In tal senso Cons. Stato sez. VI, 10 aprile 2012, n. 2063, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2013, n. 2866, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4657, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 5015, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2014, n. 4057, *ivi*.

⁴⁰ TAR Campania, Napoli, sez. IV, 18 marzo 2010, ord. n. 613, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 22 dicembre 2010, nn. 859, 860, 861, 862, *ivi*; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 13 gennaio 2011, n. 6, *ivi*; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 maggio 2012, n. 507, *ivi*; TAR Lazio, sez. III, 12 gennaio 2013, n. 256, *ivi*; TAR Lazio, sez. III, ord. n. 3469 del 17 luglio 2014, *ivi*; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 26 novembre 2014, n. 1297, *ivi*.

questo orientamento si allinea ad un filone giurisprudenziale comunitario⁴¹, per il quale le restrizioni al riconoscimento dei diplomi e dei periodi di studio non possono essere fondate sul rischio di abuso del diritto comunitario da parte degli studenti che si trasferiscono da uno Stato all'altro, ritenendo che le condotte fraudolente debbano essere sanzionate caso per caso. Per i giudici comunitari è, invece, prioritario, a fronte del diritto degli studenti alla mobilità, che gli Stati riconoscano i diplomi e i periodi di studio svolti all'estero e garantiscano la parità di condizioni a chi accede agli studi universitari dall'interno e a chi ha conseguito il diploma in un diverso Stato.

Vi sono anche ulteriori significativi argomenti, sostenuti dall'orientamento in esame e relativi alla *ratio* della disciplina del numero chiuso, che hanno portato i giudici amministrativi di primo grado a ritenere che il test di ammissione fosse necessario per la sola immatricolazione. Si afferma⁴² che l'obiettivo della previsione dei test di ingresso consiste nell'effettuare una selezione dei soggetti più meritevoli, che dimostrino di aver acquisito nella scuola secondaria superiore un'adeguata formazione e che abbiano una reale attitudine per il percorso universitario cui aspirano. Tale obiettivo assumerebbe un senso specifico solo in relazione all'immatricolazione. Le iscrizioni agli anni successivi, infatti, riguardano studenti che hanno già svolto all'estero una parte del percorso universitario e che chiedono di rientrare in Italia nei posti divenuti nel frattempo vacanti: nei confronti di questi soggetti il merito potrebbe essere ragionevolmente valutato solo sulla base dei risultati scolastici ottenuti nell'ambito del corso di laurea e l'attitudine risulterebbe *a posteriori* dai risultati ottenuti.

Il contrasto tra l'impostazione tradizionale dalla sesta sezione del Consiglio di Stato e il nuovo orientamento seguito da numerosi TAR è stato risolto definitivamente dall'Adunanza Plenaria con una pronuncia del 2015⁴³ alla quale la successiva giurisprudenza amministrativa si è uniformata⁴⁴.

Il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha effettuato un'accurata ricostruzione del panorama normativo interno, focalizzata, in particolare, sui requisiti di ammissione ai corsi di studio e sui contenuti della stessa prova di ammissione, come previsti dalla legge n. 264, rilevando che gli stessi si fondano sulla conoscenza del programma della scuola secondaria superiore e sulla predisposizione al percorso di studi. In base alla disciplina interna, secondo l'Adunanza Plenaria, la prova è rivolta a coloro che, in possesso del diploma rilasciato

⁴¹ Si veda CGUE, 7 luglio 2005, C-147/03, *Commissione/Austria*, §§ 54-55 e §§ 67-70.

⁴² TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 26 novembre 2014, n. 1297, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴³ Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2015, n. 1, cit.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2228, in *www.giustizia-amministrativa.it*; CGARS, 16 luglio 2015, n. 550, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4557, *ivi*; TAR Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2015, n. 306, *ivi*.

dalla scuola secondaria superiore, intendono affrontare gli studi universitari, in un logico *continuum* temporale con la conclusione degli studi orientati da quei "programmi"⁴⁵, e non a coloro che hanno già una preparazione di livello superiore e hanno dimostrato una predisposizione al percorso universitario prescelto, avendone svolto già una parte all'estero. Pertanto, il superamento del test può essere richiesto per il solo accesso al primo anno di corso, e non anche nel caso di domande d'accesso da altre università direttamente ad anni di corso successivi al primo. L'assetto della normativa interna, così delineato, si pone, secondo il Collegio, in linea di compatibilità con i principi europei di libertà di circolazione e soggiorno, laddove una limitazione da parte degli Stati membri all'accesso degli studenti provenienti da università straniere per gli anni di corso successivi al primo si porrebbe in aperto contrasto con tali principi.

L'Adunanza Plenaria ha, inoltre, fornito importanti indicazioni circa l'esercizio, da parte delle università, del potere di valutazione delle istanze di trasferimento, ammettendo, in astratto, la possibilità che, nello svolgimento della propria autonomia regolamentare, esse condizionino l'accoglimento dell'istanza di trasferimento al superamento di una qualche prova di verifica del percorso formativo già compiuto. A ciò si aggiunge la chiara indicazione agli stessi atenei di prevedere le modalità di valutazione dell'offerta potenziale, ai fini della determinazione, per ogni anno accademico e in relazione ai singoli anni di corso, dei posti disponibili per trasferimenti, sulla base del rispetto imprescindibile della ripartizione di posti effettuata dal Ministero negli anni precedenti e, nell'ambito delle disponibilità per trasferimenti così individuate, di predeterminare le modalità di graduazione delle domande nonché criteri e modalità di riconoscimento dei crediti.

In definitiva, se l'impostazione seguita dall'Adunanza Plenaria sembra sposare la tesi emersa nelle indicate pronunce dei TAR, escludendo l'obbligo di sostenere il test di ingresso, in caso di domanda di trasferimento ad anni successivi al primo di corsi universitari nazionali a numero chiuso, nella sostanza, essa richiede agli atenei di esercitare *un rigido e serio controllo* del percorso formativo effettuato, consentendo il trasferimento, nei limiti dei posti disponibili, solo a studenti con una formazione che riscontri, anche all'esito di un eventuale esame, gli *standards* dell'università di nuova accoglienza.

Si tratta, dunque, di un'apertura più apparente che reale, e tuttavia condivisibile nella misura in cui consente di risolvere il problema dell'elusione dell'esame d'ammissione attraverso la prassi dell'accesso per trasferimento.

⁴⁵ Si vedano, in merito, i commenti alla sentenza Ad. Plen. 20 gennaio 2015, n. 1 di D. PONTE, *Una possibile strada per eludere l'esame di ammissione*, in *Guida al diritto*, n. 8 del 14 febbraio 2015; R. DE HIPPOLYTIS, in *Foro it.*, 2015, III, 446; E. HARRIS, *Libertà di circolazione, formazione universitaria e tutela della salute: alcune osservazioni critiche*, in *Riv. Nel diritto*, 2015, 1218; A. CARDI, *L'autonomia universitaria tra tradizione e modernità: a proposito di due recenti pronunce del Consiglio di Stato*, in *Rass. avv. Stato*, 2015, 4, 106.

4. L'esenzione dall'esame di ammissione per i possessori di titoli particolari

Il problema dell'esenzione dall'esame per i corsi universitari a numero programmato si è posto anche con riferimento al valore da riconoscere, ai fini dell'iscrizione, a determinati titoli posseduti dallo studente. La questione, anch'essa fonte di un contrasto giurisprudenziale sul quale si è di recente pronunciata l'Adunanza Plenaria⁴⁶, si è sviluppata con particolare riferimento al diploma di massofisioterapista, conseguibile, ai sensi della legge 19 maggio 1971, n. 403, al termine di un ciclo triennale di studi ai quali si accede immediatamente dopo l'obbligo scolastico e assume una particolare rilevanza nella misura in cui consente di approfondire la *ratio* della prova di ammissione ai corsi universitari a numero chiuso.

Sul punto, un primo orientamento⁴⁷ aveva ritenuto che il diploma di massofisioterapista avrebbe dovuto consentire l'iscrizione al corso universitario di fisioterapia ad anni successivi al primo, senza dover sostenere il test di ingresso. In particolare, poiché la finalità dell'esame di ammissione sarebbe quella di accertare la predisposizione del candidato per le discipline oggetto dei corsi alla cui iscrizione ambisce, l'orientamento in questione considerava tale verifica superflua, nella misura in cui il conseguimento del titolo di studio di massofisioterapista assicura già questa predisposizione. Inoltre, assumeva valore determinante, a sostegno di tale orientamento, la previsione di cui al d.m. 27 luglio 2000 che, nel disciplinare l'equipollenza dei diplomi e di attestati al diploma universitario di fisioterapia, ai fini dell'esercizio professionale e dell'accesso alla formazione post-base, equiparava espressamente il diploma di massofisioterapista al diploma universitario di cui al d.lgs. n. 502/1999, per il cui conseguimento è necessario aver già conseguito un diploma di scuola secondaria superiore di durata quinquennale.

Diversa impostazione riteneva, invece, da escludersi la possibilità di un accesso diretto agli anni successivi al primo del corso di fisioterapia per i titolari del diploma di cui alla legge n. 403/1971, in quanto la disciplina normativa sopra riferita in tema di equipollenza dei titoli prevede l'equiparazione solo ai fini dell'esercizio professionale e dell'accesso alla formazione post-base, mentre l'accesso a un corso universitario, finalizzato ad acquisire i fondamenti di una materia, non sarebbe in alcun modo equiparabile alla formazione post-base cui fa riferimento la normativa. Inoltre, per l'iscrizione universitaria al primo anno, è richiesto, in via generale, un diploma di scuola secondaria superiore di durata quinquennale, mentre il diploma di cui alla legge n. 403/1971 si ottiene all'esito di un corso di durata solo triennale.

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2018, n. 16, in www.osservatoriouniversita.unimib.it.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1102, in www.osservatoriouniversita.unimib.it; CGARS, 10 maggio 2017, n. 212, *ivi*.

Il Supremo Consesso di giustizia amministrativa, ribadendo che il possesso del diploma di scuola secondaria superiore è “il titolo imprescindibile previsto per l'ingresso nel mondo universitario”⁴⁸, sposta la problematica sulla equiparabilità del diploma di massofisioterapista a quello necessario per l'iscrizione universitaria, quale accertamento preliminare necessario per poi giudicare, in un momento successivo, se tale iscrizione possa valere per anni successivi al primo.

In merito, l'Adunanza Plenaria afferma che consentire l'iscrizione ad un corso universitario a chi sia in possesso del solo titolo triennale di massofisioterapista “rappresenta una deviazione non minima dai principi in materia, dato che per l'iscrizione universitaria al primo anno, ovvero per un'iscrizione di livello inferiore a quello per cui è processo, è richiesto un diploma di scuola secondaria superiore di durata quinquennale, e quindi di livello superiore a quello di cui si tratta”. In relazione, invece, ai casi in cui il possesso del titolo di massofisioterapista si fosse sommato a quello di scuola secondaria superiore, consentendo, dunque, inequivocabilmente l'accesso all'università, il Collegio si è interrogato se esso permettesse l'iscrizione ai corsi ad accesso programmato senza il necessario superamento della prova di cui all'art. 4 della legge 2 agosto 1999, n. 264. A tal fine il Supremo Consesso di giustizia amministrativa analizza la *ratio* della prova di ammissione ai corsi universitari a numero chiuso e rileva che essa svolge diverse funzioni, tra le quali evidenzia quelle di verificare sussistenza dei requisiti di cultura per lo studente che aspira ad essere accolto per la prima volta nel sistema universitario, di garantire l'offerta di livelli di istruzione adeguati alle capacità formative degli atenei nonché di consentire la circolazione nell'ambito dell'Unione europea della qualifiche conseguite. A fronte di tali complesse esigenze, il diploma di massofisioterapista potrebbe consentire solo di accertare la predisposizione del candidato, ma non assolverebbe alle altre funzioni per le quali, secondo l'Adunanza Plenaria, la prova di ammissione si rende indispensabile⁴⁹.

5. La limitazione all'accesso ai corsi di laurea ad opera dei singoli atenei

L'esame della *ratio* del numero chiuso e della prova di ammissione per l'accesso a determinati corsi universitari consente di nutrire dei dubbi sull'opportunità della scelta, operata in attuazione della legge n. 240/2010 (c.d. legge Gelmini), di imporre ai singoli atenei un limite numerico nel rapporto docenza/stu-

⁴⁸ Si veda, in merito, quanto già chiarito da Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2015, n. 1, cit.

⁴⁹ All'impostazione seguita dalla recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria si è poi conformata la giurisprudenza successiva. Si veda, in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2019, n. 8898, in www.osservatoriouniversita.unimib.it.

denti⁵⁰, laddove tale previsione ha, di fatto, obbligato certi atenei a introdurre il numero chiuso a prescindere dalla sussistenza in concreto delle esigenze che sottostanno alla *ratio* della legge n. 264/1999.

Come messo in luce nel primo paragrafo, l'art. 2 della legge n. 264/1999 prevede la possibilità che la limitazione dell'accesso ai corsi universitari venga disposta anche a livello locale, ovvero dai singoli atenei, laddove sussistano esigenze legate alla concreta fruibilità dell'insegnamento da parte degli studenti⁵¹ tali da rendere necessaria la predeterminazione del numero dei posti disponibili. La giurisprudenza, in diverse occasioni, ha avuto modo di chiarire che le ipotesi previste da tale disposizione sono da interpretarsi restrittivamente e che la mancanza di docenti non possa rientrare nelle ipotesi atte a giustificare la decisione dell'ateneo di estendere il numero chiuso alle facoltà umanistiche⁵². Richiamando la citata sentenza della Corte cost. n. 383/1998, i giudici amministrativi hanno, infatti, ribadito che i criteri di accesso all'università e dunque anche la previsione del numero chiuso non possano legittimamente risalire ad altre fonti, diverse da quella legislativa⁵³. Poiché la materia attiene al concreto esercizio del diritto allo studio, costituzionalmente garantito, non è possibile giustificare l'introduzione del numero chiuso con motivazioni diverse da quelle espressamente previste dalla legge n. 264/1999, e, in particolare, con l'asserita necessità didattica di limitare il numero di studenti che possono accedere alle lezioni al fine di garantire adeguati *standards* formativi.

D'altra parte, i successivi interventi normativi adottati in attuazione della legge Gelmini⁵⁴, in materia di verifica dei requisiti di docenza per l'accreditamento dei corsi di studio, hanno sanzionato gli atenei che non fossero stati in linea con il requisito di sostenibilità, rappresentato dal rapporto docenti di riferimento/studenti iscritti, mediante l'attivazione condizionata (per un solo anno) dei corsi di studio carenti e la mancata attivazione di corsi di studio nuovi⁵⁵. Il d.m. n. 987/2016, in particolare, ha attuato le previsioni del d.lgs. n. 19/2012 che ha

⁵⁰ L'art. 6, comma 1, d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19, in attuazione della delega contenuta all'art. 5, comma 1, lett. a), legge n. 240/2010, ha introdotto un sistema di accreditamento dei corsi di studio universitari fondato sull'accertamento della loro rispondenza a determinati indicatori definiti dall'ANVUR e adottati con decreto ministeriale; in attuazione del d.lgs. n. 19/2012, il d.m. 12 dicembre 2016, n. 987, (successivamente modificato dal d.m. 29 novembre 2017, n. 935), all'art. 4, comma 4, sanzionava gli atenei che non fossero in linea con l'indicatore del rapporto docenti di riferimento/studenti iscritti.

⁵¹ Si veda l'art. 2 della legge 2 agosto 1999, n. 264.

⁵² Si vedano, in particolare, TAR Lazio, Roma, sez. III, ord., 31 agosto 2017, n. 4478, in *www.osservatoriouniversita.unimib.it*; TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 giugno 2018, n. 6323, *ivi*.

⁵³ Si veda, in particolare, TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 giugno 2018, n. 6323, *cit*.

⁵⁴ Il riferimento è al d.m. 12 dicembre 2016, n. 987, emanato sulla base del d.lgs. n. 19/2012, a sua volta adottato in attuazione della legge Gelmini.

⁵⁵ Si veda l'art. 4, comma 4, d.m. 12 dicembre 2016, n. 987.

introdotto un procedimento di accreditamento iniziale e periodico sia delle sedi universitarie che dei corsi di studio e, a tal fine, ha posto, negli allegati, i relativi requisiti ed indicatori di qualità, nonché le “numerosità massime e di riferimento di studenti e relativi raggruppamenti” e gli “indicatori di valutazione periodica di sede e di corso”.

Per assicurare il rispetto dei limiti fissati dal d.m. n. 987/2016, diversi atenei hanno optato per l'introduzione dell'accesso programmato a determinati corsi di laurea del settore umanistico, mediante delibere che sono state puntualmente impugnate⁵⁶. Emblematico è il caso dell'Università degli Studi di Milano che aveva disposto, con riferimento all'anno accademico 2017/2018, la limitazione dell'accesso al primo anno dei corsi di laurea in Filosofia, lettere, Scienze dei beni culturali, Scienze umane dell'ambiente, del territorio e del paesaggio e Storia⁵⁷. Il provvedimento venne impugnato dall'UDU (Unione degli universitari) avanti al TAR Lazio che, dopo aver disposto la sospensione cautelare della prova di ammissione e aver ammesso con riserva al primo anno tutti gli iscritti alle prove di selezione, ha dovuto dichiarare il ricorso improcedibile per cessazione della materia del contendere⁵⁸. Poiché, infatti, la previsione dei test di ingresso era limitata temporalmente all'anno accademico 2017/2018, la sospensione degli stessi, in esecuzione dell'ordinanza cautelare, rendeva inutile una pronuncia sulla legittimità della scelta di introdurre il numero chiuso per quell'anno.

La questione della legittimità della delibera del Senato Accademico assunta dall'ateneo per la necessità di uniformarsi alle citate disposizioni del d.m. n. 987/2016 risultava, inoltre, superata dalla disciplina normativa sopravvenuta all'ordinanza cautelare⁵⁹, con la quale il MIUR aveva introdotto una significativa modifica alla disciplina della materia, che consentiva una maggiore flessibilità rispetto ai parametri numerici richiesti per la docenza. La nuova disciplina introdotta dal Ministero induceva l'amministrazione universitaria ad un ripensamento circa i criteri che avevano giustificato il provvedimento introduttivo del numero chiuso; in base alla disciplina normativa in vigore, infatti, non sussisteva più la necessità dell'introduzione di una limitazione numerica dell'accesso ai corsi universitari.

⁵⁶ Si vedano Cons. Stato, sez. VI, ord. 16 gennaio 2018, n. 64, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, ord. 12 febbraio 2018, n. 628, *ivi*; TAR Lazio, Roma, sez. III, ord., 31 agosto 2017, n. 4478, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 giugno 2018, n. 6323, cit.

⁵⁷ La delibera, adottata dal Senato Accademico il 23 maggio 2017, prevedeva un limite di n. 530 posti per la facoltà di Filosofia, n. 550 posti per la Facoltà di Lettere, n. 500 posti per la Facoltà di Scienze dei beni culturali, n. 230 posti per la Facoltà di Scienze umane dell'ambiente, del territorio e del paesaggio e n. 480 posti per la Facoltà di Storia.

⁵⁸ TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 maggio 2018, n. 5681, in *www.osservatoriouniversita.unimib.it*.

⁵⁹ Il riferimento è al d.m. 29 novembre 2017, n. 935, di modifica al d.m. 12 dicembre 2016, n. 987.

La vicenda è significativa dell'impatto che l'introduzione di rigidi limiti normativi in attuazione della legge Gelmini, non accompagnati dal conferimento alle università di adeguati strumenti per realizzarli, possa avere sulla garanzia di diritti costituzionalmente tutelati, come il diritto allo studio. Se, infatti, il legislatore ha ritenuto che il rapporto studenti/docenti dovesse assurgere ad indicatore della qualità dell'insegnamento tale da poter influire in modo determinante sull'accREDITAMENTO di un corso di laurea, avrebbe dovuto altresì individuare la mancanza di tale requisito come ipotesi idonea a consentire alle università di limitare l'accesso a determinati corsi di laurea. Invece, laddove le università non riescano a rispettare il rapporto numerico rigidamente predeterminato docenti/studenti non hanno concretamente alcun strumento diverso dalla chiusura di un corso di laurea per uniformarsi alla normativa, con evidente frustrazione del diritto allo studio.

6. Conclusioni

Come emerge dall'interpretazione della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, il diritto allo studio non è un diritto assoluto, bensì soggetto a regolamentazione da parte dello Stato che, nel garantire un servizio pubblico quale è l'istruzione, è tenuto, comunque, a tenere in considerazione determinate esigenze per il soddisfacimento delle quali potrebbe introdurre delle limitazioni all'accesso alle risorse educative.

In tal senso la considerazione delle esigenze poste a fondamento della legge del 1999 rappresenta un aspetto imprescindibile nel perseguimento del miglior interesse degli studenti, dell'università stessa, e, in ultima istanza, della collettività. Obiettivi, questi ultimi, dichiaratamente perseguiti anche dalla successiva legge Gelmini, che, tuttavia, operando una significativa contrazione dell'autonomia universitaria, non sembra li abbia pienamente realizzati.

A dieci anni da tale riforma, gli interventi della giurisprudenza, sullo specifico tema del numero programmato, ribadiscono la coerenza di un sistema che preveda limitazioni all'accesso ai corsi universitari purché improntate al rispetto delle concrete istanze di buon andamento dell'amministrazione universitaria. Significativa appare, soprattutto, la pronuncia n. 1/2015 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, sposando apparentemente la tesi emersa nelle pronunce dei TAR ed escludendo l'obbligo di sostenere il test di ingresso in caso di domanda di trasferimento ad anni successivi al primo dei corsi universitari nazionali a numero chiuso, rimette agli atenei l'esercizio di un rigido e serio controllo del percorso formativo effettuato, consentendo il trasferimento, nei limiti dei posti disponibili, solo a studenti con una formazione che riscontri, anche all'esito di un eventuale esame, gli *standards* dell'università di nuova accoglienza. In tal senso, emerge la piena coscienza del Supremo Consesso di giustizia

amministrativa che una limitazione all'accesso universitario, in determinati casi, persegue le esigenze di buon andamento che non possono soccombere anche a fronte delle istanze di libertà di circolazione e stabilimento degli studenti.

D'altra parte, le limitazioni imposte all'autonomia universitaria in attuazione dalla legge Gelmini, al dichiarato fine di garantire adeguati *standards* formativi, non sempre risultano coordinate al sistema normativo previgente. Come dimostra la vicenda della previsione del numero chiuso per i corsi di laurea del settore umanistico dell'Università Statale di Milano, affrontata dal TAR Lazio nel 2018, la predeterminazione del rapporto numerico docenti/studenti si scontra con le ipotesi tassativamente previste dalla legge n. 264/1999 per l'introduzione del numero chiuso ad opera degli atenei.

Se, dunque, il numero chiuso costituisce uno strumento legittimo e necessario per realizzare un sistema universitario efficiente, un consistente stanziamento economico volto ad eliminare la limitatezza di determinate risorse, quali il numero di docenti necessario a garantire il rispetto del rapporto numerico voluto dal legislatore, sembra essere l'unica misura idonea a garantire la coerenza dell'assetto normativo attualmente in vigore.

SULLA NATURA GIURIDICA DELLE UNIVERSITÀ LIBERE

Margherita Ramajoli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Nell’originario mondo delle persone giuridiche. – 3. Le prime battaglie sugli indici rivelatori della pubblicità degli enti. – 4. La centralità del ruolo della giurisprudenza di fronte alla frantumazione normativa del regime tipico degli enti pubblici. – 5. La nozione funzionale di ente pubblico tra affermazioni di principio e sue mancate applicazioni concrete. – 6. Enti privati, società di capitali, logica mercantile. – 7. Alla ricerca di un sistema universitario unitario.

1. *Premessa*

La legge 30 dicembre 2010, n. 240, non segna un cambio di paradigma per quanto riguarda la questione della natura pubblica o privata delle università libere¹. La legge Gelmini si limita a riprendere e far propria l’impostazione del testo unico sull’istruzione superiore tuttora vigente, che ha configurato un sistema universitario unitario demandandone l’attuazione a università regie e università libere (art. 1, comma 1, r.d. 31 agosto 1933, n. 1592). Per rinvenire specifiche regole nei confronti delle università non statali legalmente riconosciute occorre far riferimento alla legge 29 luglio 1991, n. 243².

Dato questo quadro normativo e in mancanza di un’espressa presa di posizione legislativa in ordine alla natura delle università libere, la giurisprudenza sia precedente sia successiva all’entrata in vigore della legge n. 240/2010 appare divisa in due distinti orientamenti. Ognuno di essi fa leva su argomentazioni diffe-

¹ Sull’espressione “università libera” cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo.

² Invero la legge Gelmini utilizza talvolta il termine “università private” (ai sensi dell’art. 28, comma 2, “Università pubbliche, private, fondazioni tra università ed enti locali” possono accedere alle risorse del Fondo per la formazione e l’aggiornamento della dirigenza presso il Ministero dell’Università), altre volte invece “università non statali legalmente riconosciute” (così è rubricato l’art. 12, volto a incentivare una correlazione tra la distribuzione delle risorse statali e il conseguimento di risultati rilevanti nel campo della didattica e della ricerca, per cui una certa quota dei contributi elargiti alle università “non statali legalmente riconosciute” è ripartita sulla base di criteri ministeriali).

renti per giungere rispettivamente al riconoscimento o alla negazione della personalità giuridica pubblica di tali università.

Ma il tema non può essere frettolosamente archiviato in questa maniera semplicistica, né risulta privo d'interesse: dai suoi albori ai giorni nostri il contesto di riferimento è mutato in ragione di alcune scelte (e non scelte) del legislatore e restano ancora oggi inevase alcune domande di senso.

Prima di procedere nell'analisi s'impongono però due precisazioni, una di carattere lessicale, l'altra relativa all'impostazione adottata. Anzitutto, università libera non è di per sé sinonimo di università fondata a seguito dell'iniziativa di soggetti privati. Dopo l'Unità d'Italia le sole università libere erano le università pontificie di Ferrara, Urbino, Camerino, Perugia, pacificamente pubbliche, ma non regie, con finanziamento essenzialmente a carico degli enti locali. All'epoca dell'unificazione le università sorte per iniziativa di soggetti privati non erano neppure ammesse. Lo diventeranno solo con la riforma Gentile (r.d. 30 settembre 1923 n. 2102), cui si deve la sistematizzazione della distinzione, poi ripresa dal già menzionato testo unico del 1933, tra università regie, da un lato, e università libere, dall'altro³.

Attualmente poi è emerso un vero e proprio "arcipelago"⁴ di università non statali, molto disomogenee le une dalle altre. Basti pensare alle università della Valle d'Aosta, di Bolzano e di Enna Kore, nate grazie all'iniziativa di soggetti pubblici non statali, incluse nell'elenco delle pubbliche amministrazioni individuate dall'Istat (art. 1, comma 2, legge n. 196/2009), nonostante che almeno una di esse (l'Università di Bolzano) si definisca espressamente libera⁵. Tuttavia, anche se la giurisprudenza qui oggetto di commento è essenzialmente relativa alle università sorte per iniziativa di soggetti privati, nel presente contributo si utilizzerà l'espressione università libere per un omaggio alla tradizione che trova ancora riscontro nelle pronunce esaminate.

Per quanto riguarda la precisazione metodologica, obbedendo all'impostazione che innerva l'intero volume si avrà riguardo solo ed esclusivamente agli orientamenti giurisprudenziali, mentre non costituiranno oggetto di riflessione né le tante pregevoli prese di posizione dottrinali, qui utilizzate solo come elemento di contesto⁶, né tantomeno s'offrirà una propria opinione personale sulla que-

³ Cfr. F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico e autonomia funzionale*, Torino, 2004, 28 ss.; dal punto di vista storico, M. MORETTI, *Piccole, povere e 'libere': le università municipali nell'Italia liberale*, in G.P. BRIZZI, J. VERGER (a cura di), *Le università minori in Europa (secoli XV-XIX)*, Soveria Mannelli, 1998, 533 ss.

⁴ Utilizzando la suggestiva espressione di A. SANDULLI, *L'arcipelago delle università non statali*, in *Munus*, 2015, 609 ss.

⁵ Sul punto cfr. F. GIGLIONI, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, in G. PIPERATA (a cura di), *L'Università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, 2014, 37 ss., spec. 44 ss.

⁶ In tema cfr., tra gli scritti più recenti, L. FERRARA, *Le Università "libere": enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, e F. MERLONI, *Università, enti pubblici di ricerca, accademie,*

stione. Infatti, nonostante il ruolo generalmente riconosciuto alla giurisprudenza amministrativa⁷, è condivisibile la critica sulla mancanza in dottrina di analisi relative alle tecniche impiegate dal TAR e dal Consiglio di Stato, a differenza di quanto avviene invece in ambito civilistico⁸.

Pertanto, s'intende evidenziare il processo attraverso cui la giurisprudenza ha elaborato o contribuito all'elaborazione di nozioni tipiche del diritto universitario, le modalità particolari in cui questa elaborazione è avvenuta, i cambi, più o meno repentini, di orientamenti e le sottostanti ragioni che guidano la selezione delle argomentazioni giuridiche.

2. Nell'originario mondo delle persone giuridiche

Per lungo tempo la giurisprudenza maggioritaria, ordinaria e amministrativa, ha ritenuto che le università libere fossero enti pubblici. Più precisamente, esse sono state qualificate enti pubblici non economici o, comunque, sono state sostanzialmente equiparate agli enti pubblici.

La loro natura di enti pubblici era ricavata utilizzando la tecnica dei c.d. indici sintomatici: "scopi", "struttura organizzativa" e "poteri amministrativi" erano considerati del tutto analoghi a quelli propri delle università statali⁹; a ciò si

entrambi in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, rispettivamente 276 ss., e 257 ss.; A. MARRA, *Trasformare le università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del d.l. 112/2008*, in *Il dir. econ.*, 2009, 645 ss.; C. BARBATI, *La natura e il regime giuridico delle Università e degli enti di ricerca*, in G. CATALANO (a cura di), *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti di ricerca: vincoli e opportunità*, Bologna, 2013, 26 ss.; ID., *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, 2019, 6 ss.; F. GIGLIONI, *Pubblico e privato nel sistema universitario*, cit., 37 ss.; A. SANDULLI, *L'arcipelago delle università non statali*, cit., 609 ss.

⁷Sulla genesi giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano e quindi pure del diritto universitario cfr., tra i tanti, M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 301 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, 124 ss.; S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, e G. PASQUINI, A. SANDULLI, *Introduzione*, entrambi in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, rispettivamente 1 ss. e 7 ss.

⁸Evidenziano quest'assenza S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore del diritto*, cit., 4 ss., e A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss., spec. nt. 24, che richiama gli studi svolti in ambito civilistico da G. GORLA, *Raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1966, IV, 50 ss. (la prima parte del saggio di Gorla è stata ripubblicata in www.foroitaliano.it). Sulla distinzione tra momento giurisprudenziale del diritto e diritto giurisprudenziale cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, ristampa inalterata, Milano, 1975, 500 ss.

⁹Cass., SS.UU., 9 novembre 1974, n. 3480; 8 gennaio 1975, n. 26; 16 febbraio 1977, n. 691; 23 febbraio 1979, n. 1189; 22 novembre 1983, n. 6992; 19 marzo 1984, n. 1858; 5 marzo 1996, n. 1733; 11 marzo 2004, n. 5054.

aggiungevano una “ingerenza” e un “penetrante controllo” statale e più precisamente del Ministro della pubblica istruzione, titolare di poteri di impulso e di vigilanza nei confronti di tali entità¹⁰.

In particolare, la giurisprudenza desumeva l'identità dell'elemento finalistico tra università statali e università libere dal già menzionato art. 1 del T.U. delle leggi sull'istruzione superiore. L'articolo, dopo avere enunciato al primo comma il principio secondo cui “l'istruzione superiore ha per fine di promuovere il progresso della scienza e di fornire la cultura scientifica necessaria per l'esercizio degli uffici e delle professioni”, dispone al secondo comma che tale istruzione è impartita sia nelle università statali (originariamente “regie”) sia nelle università libere, affidando così il perseguimento dello specifico fine “a pari titolo” alle une e alle altre¹¹.

In relazione alla struttura organizzativa e ai poteri amministrativi, la giurisprudenza riteneva che entrambe le tipologie di università fossero fornite di un identico potere di rilasciare titoli aventi valore legale. Ciò sulla base del vincolo, per le università non statali, di modellarsi secondo uno schema tipico, assumendo negli statuti norme fondamentali predeterminate. L'accento era posto su un duplice fatto: ogni università non statale doveva avere uno statuto, approvato dal Ministro competente se rispondente “all'interesse generale degli studi e dell'istruzione superiore e, in particolare, se il piano finanziario (fosse) adeguato al raggiungimento dei fini prefissi (artt. 17, 18, 200 e 201 del r.d. n. 1592/1933)¹²; alle università non statali si applicavano tutte “le norme contenute nel Titolo I, sez. I, II, III” dello stesso testo unico, relative rispettivamente all'ordinamento, al personale e agli studenti (art. 199 sempre del r.d. n. 1592/1933)¹³.

Infine, la giurisprudenza sottolineava che le università non statali, oltre a rilasciare titoli di studio avente valore legale, erano dotate degli stessi poteri certificativi, disciplinari e di polizia spettanti alle università statali e i relativi docenti potevano essere trasferiti dalle une alle altre, svolgendo “funzioni e prerogative inerenti all'ufficio” perfettamente uguali¹⁴.

¹⁰ Cass., SS.UU., 22 novembre 1983, n. 6992; 19 marzo 1984, n. 1858; Cass., SS.UU., n. 5054/2004, cit.

¹¹ Cass., SS.UU., n. 5054/2004, cit.; cfr. altresì Cass., SS.UU., 27 settembre 1984, n. 4824, che sottolineava come le Università libere operassero “per il perseguimento di finalità sociali e culturali con un'organizzazione priva dei connotati dell'impresa”.

¹² Con la chiara affermazione da parte del Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 1994, n. 1082, che “le disposizioni concernenti la formazione degli statuti universitari sia che riguardino l'aspetto organizzativo e funzionale, sia che riguardino l'ordinamento didattico, si applicano anche alle università libere”.

¹³ Salvo quanto stabilito gli artt. 200-212, disposizioni, invero pubblicistiche in senso spinto, che assumono rilevanza specie con riferimento all'istituzione e alla soppressione delle università libere. Per quanto attiene alla giurisprudenza relativa a questi specifici aspetti cfr. *infra*, par. 6.

¹⁴ Cass., SS.UU., n. 5054/2004, cit.

La principale differenza tra università era colta sotto l'aspetto finanziario, in quanto le università non statali "non grava(va)no sul bilancio dello Stato o vi grava(va)no in minor misura delle seconde". La diversità di finanziamento non costituiva però un ostacolo al riconoscimento della natura pubblica di tali università, stante la costantemente ribadita "larga coincidenza di natura e di disciplina" tra le due categorie di organizzazioni¹⁵.

Del resto, lo Stato non si è mai disinteressato del finanziamento delle università libere ed è stata proprio l'affermata natura pubblicistica delle università libere a costituire, secondo questa giurisprudenza, il presupposto indispensabile all'ottenimento di contributi statali. Sottolineava infatti la Corte dei conti che le università non statali legalmente riconosciute dovevano essere "considerate enti pubblici partecipi ... del sistema universitario", traendone espressamente il corollario che "è legittimo il decreto emesso dal Ministero per l'università e la ricerca scientifica, che ricomprende anche le Università non statali tra i soggetti destinatari di una quota delle risorse destinate alla programmazione universitaria"¹⁶.

La giurisprudenza ha sempre tratto dall'inquadramento pubblicistico varie conseguenze in termini di disciplina giuridica applicabile: il rapporto di lavoro dei dipendenti di dette università era considerato un rapporto di pubblico impiego e come tale integralmente devoluto, prima della privatizzazione, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁷, oppure erano attribuite sempre alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di prestazioni pensionistiche, corrispondenti a situazioni soggettive che trovavano titolo immediato e diretto nel cessato rapporto di impiego pubblico¹⁸, o ancora era ritenuta sussistente la giurisdizione della Corte dei conti per le controversie aventi per oggetto la responsabilità di amministratori e dipendenti¹⁹, o – tema nevralgico sul quale sarà necessario ritornare – si affermava il vincolo per le università libere all'osservanza delle regole di evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti²⁰.

¹⁵ Cass., SS.UU., 10 giugno 1998, n. 5759. In senso analogo Cass., SS.UU., 5 marzo 1996, n. 1733; n. 5054/2004, cit.

¹⁶ Corte conti, sez. controllo, 11 novembre 1999, n. 90. In tema cfr. F. GRASSI NARDI, E. TALARICO, *Il finanziamento delle università non statali e telematiche*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, Napoli, 2003, vol. II, 209 ss.

¹⁷ Cass., SS.UU., n. 6992/1983, cit.; n. 1858/1984, cit.; n. 1733/1996, cit.; n. 4825/1984, cit.; n. 5054/2004, cit.; ma cfr. anche TAR Abruzzo, 27 aprile 1977, n. 205; TAR Lombardia, Brescia, 16 marzo 1978, n. 99, con riferimento all'applicabilità dell'art. 4 del d.l. 1° ottobre 1973, n. 580, sull'obbligo della retribuzione dei nuovi incarichi.

¹⁸ Cass., SS.UU., 1° marzo 2002, n. 3033, con riferimento al fondo pensioni per il personale docente dell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹⁹ Corte dei conti, sez. reg. giurisd., 3 marzo 2010, n. 477, in relazione alla responsabilità amministrativa per l'esercizio di attività libero-professionale non autorizzata.

²⁰ Cass., SS.UU., 30 giugno 2014, n. 14742; Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 841; sez. III, 30 ottobre, 2012, n. 5522.

La monoliticità dell'orientamento giurisprudenziale discendeva da ragioni di diritto positivo e da ragioni più strettamente dogmatiche, strettamente connesse le une alle altre.

Per quanto riguarda le prime, si è già sottolineato il fatto che da principio università statali e università libere fossero sottoposte a una disciplina pubblicistica tendenzialmente uniforme e organica²¹. Così nel 1936 il Consiglio di Stato equiparava le università libere alle università regie, concependo la disciplina del testo unico come *corpus* normativo unitario in cui “se una diversa norma si fosse voluta dettare, questa doveva essere espressa: deve altrimenti dedursi che un unico regime la legge ha voluto stabilire, in questa materia, per le due categorie di università”²². Parimenti nel 1977 la Cassazione poteva fondatamente affermare che “di regola, le norme dettate per l'istruzione superiore in generale valgono anche per le Università libere”²³.

Non solo. Dall'appartenenza alla sfera pubblica discendeva automaticamente l'applicabilità di un complesso d'istituti, con la conseguenza che il regime particolare degli enti pubblici non tollerava margini di differenziazione²⁴.

Con un'importante precisazione relativa al ruolo centrale, se non assorbente, assolto in materia dalla legislazione ordinaria. Infatti, la giurisprudenza in esame risolveva la questione della natura pubblica o privata delle università libere utilizzando esclusivamente fonti di rango primario, senza fare cenno al dettato costituzionale.

Ciò partendo dal presupposto che la Costituzione non fosse in grado di assumere rilevanza in ordine alla problematica. La premessa si fondava sul dato letterale dell'art. 33 Cost.: la disposizione, ai commi 3 e 4 distingue le scuole private dalle scuole statali, mentre all'ultimo comma accomuna le università statali e le università non statali, riconoscendo a tutte le università il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabili dalle leggi dello Stato. Il silenzio del costituente era stato così interpretato come conferma della disciplina normativa preesistente e come affermazione della centralità della legislazione ordinaria per la soluzione della questione della qualificazione delle Università libere²⁵.

Come accennato, la giurisprudenza in esame non si alimenta solo di elementi di diritto positivo, ma risente anche di raffigurazioni teoriche. Nell'originario

²¹ Sul punto cfr., per tutti, U. POTOTSCHNIG, *Prospettive del pluralismo sociale oggi: problemi istituzionali*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, 121 ss., 126.

²² Cons. Stato, parere 20 ottobre 1936, in *Rivista amm.*, 1936, 325 ss., con riferimento alle disposizioni in tema di tasse di laurea e di diploma, ritenute applicabili anche alle università libere.

²³ Cass., n. 691/1977, cit.

²⁴ Per l'inquadramento del fenomeno cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, XIV, 192 ss.

²⁵ Sul punto cfr. S. CASSESE, A. MURA, *Commento agli artt. 33 e 34*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1976, 212 ss.

mondo delle persone giuridiche la distinzione intercorreva non tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private, bensì tra corpi morali e società commerciali, e, del resto, era stato lo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva a chiarire che tutte le università fossero da considerare “enti morali”²⁶. A testimonianza del fatto che la linea di demarcazione tra pubblico e privato appariva “estremamente fluida” nella categoria di corpo morale erano fatti rientrare “soggetti titolari di sovranità e dotati perciò di poteri pubblici in senso proprio; soggetti di origine privata con generica finalità pubblica, ma sprovvisti di poteri imperativi; e persino fondazioni e associazioni privatissime che sfidando l’incertezza di una normativa del tutto inesistente fossero state legalmente riconosciute dall’autorità pubblica”²⁷.

Questo impianto originario di continuo trapasso tra il confine pubblicistico e il confine privatistico delle persone giuridiche, pur avendo subito nel corso del tempo trasformazioni profonde²⁸, è stato nondimeno in grado di condizionare a lungo la nostra giurisprudenza in materia universitaria. La spiegazione va ravvisata, oltre che in un naturale fenomeno di vischiosità, anche nel fatto che i criteri di pubblicità degli enti individuati in via pretoria sono sempre stati occasionali, empirici e contingenti, tali da impedire l’individuazione di ragioni unitarie della natura pubblica degli enti²⁹.

²⁶ Cons. Stato, parere 11 settembre 1863 e parere 19 settembre 1898, entrambi menzionati da F. MIDIRI, *L’istruzione universitaria tra servizio pubblico e autonomia funzionale*, cit., 37.

²⁷ B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di “ente pubblico” nell’esperienza italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1992, 311 ss., 318.

²⁸ Per tutti cfr. O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 337 ss., con il quale la persona giuridica pubblica diviene la persona giuridica che persegue gli interessi pubblici e quindi i fini dello Stato. Di qui la successiva concezione imperante delle Università statali come organi decentrati dello Stato (“nel sistema degli enti pubblici le università statali si pongono indubbiamente tra quelli legati allo Stato da vincoli di maggiore intimità”, osserva A.M. SANDULLI, *L’autonomia delle Università statali*, in *Annali Triestini*, 1948, 61 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, vol. IV, 441 ss., 448), concezione ancora affiorante nella nostra legislazione (cfr. *infra*, par. finale), ma sconfessata a chiare lettere, tra le tante, da Corte conti, sez. contr., 13 febbraio 1995, n. 23, secondo cui le università statali sono “da annoverare fra le amministrazioni pubbliche e non tra le amministrazioni dello Stato”.

²⁹ Incidentalmente può essere d’interesse osservare che secondo una parte della dottrina le università metterebbero in crisi uno tra i pochi indici di pubblicità dell’ente definiti come “sicuri”, ossia il criterio della necessità dell’ente o, se si preferisce, dell’impossibilità per l’ente di disporre della propria esistenza, laddove invece i soggetti privati sono liberi di cessare la loro attività oppure modificarne l’oggetto (sulla centralità di tale indice rivelatore della pubblicità cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, XXII ed., 92). Si è infatti osservato (F. GOISIS, voce *Ente pubblico*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2014, vol. VII, 411 ss., 414) che le università pubbliche possono decidere di dismettere la personalità di diritto pubblico trasformandosi in fondazioni di diritto privato (art. 16 del d.l. 25 giugno 2008, n. 122, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133). A prescindere dal rilievo che è pur sempre una legge a fondare questa specifica possibilità di trasformare un soggetto pubblico in un soggetto privato (S. CIMINI, *L’evoluzione dei caratteri degli enti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA (a cura di), *L’organizzazione delle*

3. *Le prime battaglie sugli indici rivelatori della pubblicità degli enti*

In realtà l'elemento da ultimo evidenziato costituisce un fattore di perturbazione. La mancanza di sicuri, inequivoci e costanti indici sintomatici della pubblicità di un ente ha rappresentato anche il fertile terreno per il sorgere di una giurisprudenza diametralmente opposta a quella finora considerata, volta ad affermare la natura privata delle università libere.

Così per la prima volta nel 1999 la sezione lavoro della Corte di Cassazione, in occasione di una controversia previdenziale, inaugura un nuovo filone e supera il tradizionale orientamento giurisprudenziale secondo cui le università libere hanno personalità giuridica pubblica e pertanto il relativo rapporto di lavoro con i docenti è pubblico. L'emancipazione dalla posizione consolidata passa attraverso lo smantellamento dei criteri di pubblicità dell'ente utilizzati dalla pregressa costante giurisprudenza³⁰.

Le università libere sono reputeate soggetti privati grazie a due distinte argomentazioni: una individua una gradazione d'importanza all'interno dei diversi indici sintomatici rivelatori della pubblicità dell'ente, l'altra valorizza, più che il dettato costituzionale, l'interpretazione che di tale dettato ha offerto la Consulta.

Così, da un lato, la sezione lavoro della Cassazione ritiene che il criterio della genesi privatistica dell'ente sia "primario" rispetto a tutti gli altri (anche se in un passo precedente aveva solennemente affermato che "nessun indice sintomatico è, per definizione, determinante"). Di conseguenza, tutti gli altri indici sintomatici richiamati a sostegno del principio di generale pubblicizzazione delle università libere perdono, a fronte dell'origine privatistica, il rilievo ad essi attribuito.

Dall'altro lato, il giudice enfatizza il "principio di libertà della scuola di cui all'art. 33, comma 3, Cost.", sulla scorta di quanto affermato sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso dalla Corte costituzionale con riferimento alle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza. Secondo la Consulta la possibilità delle IPAB di essere riconosciute come persone giuridiche private è un corollario dell'art. 38 Cost., il quale, affermando la libertà dell'assistenza privata e conformando l'intero sistema costituzionale dell'assistenza ai principi pluralistici, sancisce il diritto dei privati di istituire liberamente enti di assistenza e, conseguentemente, il diritto di vedersi riconosciuta, per tali enti, una qualificazione giuridica conforme alla propria effettiva natura³¹.

pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea, Firenze, 2016, 365 ss., 376), la tesi segnalata è spia della difficoltà di individuare criteri indiscussi di pubblicità degli enti.

³⁰Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 1999, n. 14129, relativamente a una controversia su un decreto ingiuntivo emesso nei confronti dell'Università Luiss, su istanza dell'Inps, per omissioni contributive concernenti un proprio docente.

³¹Corte cost. 24 marzo 1988, n. 396, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 17 luglio 1890, n. 6972, nella parte in cui non prevede che le IPAB possano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano tuttora i requisiti

Questo orientamento però viene sconfessato dalle sezioni unite della stessa Corte di Cassazione, proprio con riferimento alla medesima università che aveva occasionato il contenzioso risolto dalla sezione lavoro³².

Nonostante ciò, anche una parte della giurisprudenza amministrativa inizia a staccarsi dall'orientamento tradizionale e lo fa in materia di contrattualistica pubblica. Il giudice amministrativo di primo grado, chiamato a stabilire se l'attività contrattuale di un'università libera sia assoggettata o meno alle regole dell'evidenza pubblica, riconosce all'ateneo un "inquadramento formale tra le persone giuridiche di diritto pubblico"; nondimeno esclude che quest'ultimo debba rispettare la disciplina pubblicistica in materia di contratti pubblici, in ragione del fatto che l'ente non è finanziato in modo maggioritario da soggetti pubblici e pertanto non risulta inquadrabile nella particolare categoria degli organismi di diritto pubblico³³.

Ma al nuovo orientamento espresso dal giudice di primo grado non tardano a contrapporsi sia il Consiglio di Stato sia le sezioni unite della Cassazione. Questi ultimi rimangono fermi nel ribadire la tesi tradizionale che riconduce le università libere nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, "in presenza di compiti e funzioni del tutto simmetrici rispetto a quelli demandati alle università statali, che avvalorano sul piano sostanziale la qualificazione per norma statutaria di persona giuridica di diritto pubblico"³⁴.

Vale la pena ritornare sul ragionamento seguito dal giudice di primo grado per negare la sottoposizione delle Università libere alla disciplina dei contratti pubblici. Il TAR parte dalla premessa secondo cui l'ateneo, "possedendo la qualificazione formale di persona giuridica di diritto pubblico", sarebbe tenuto nella sua attività contrattuale all'applicazione della normativa pubblicistica. Tuttavia, il giudice ritiene "l'interpretazione letterale non ... più sufficiente" e quindi da sostituire con "un'indagine di tipo logico-sistematico per la ricerca dell'effettiva volontà espressa dal legislatore ... per individuare i soggetti tenuti all'applicazione del decreto legislativo". Ricorre quindi alla nozione di organismo di diritto pubblico, che però è ampliativa e non riduttiva dell'area dei soggetti tenuti all'applicazione delle regole pubblicistiche, in quanto nasce in ambito europeo per evitare elusioni delle procedure ad evidenza pubblica³⁵. L'esito ultimo di questo argomentare è il paradossale effetto di restringere l'ambito applicativo della normativa in materia di appalti pubblici, laddove invece la nozione di or-

ti di una istituzione privata. Per quanto riguarda le ricadute di questa sentenza della Corte costituzionale sulla distinta questione della qualificazione delle università libere cfr. L. FERRARA, *Le Università "libere"*, cit., spec. 285 ss., che valorizza il fatto che le università non statali siano sorte per iniziativa di soggetti privati per affermarne la natura sicuramente privata (*op. cit.*, spec. 278).

³² Cass., SS.UU., n. 5054/2004, cit., che ha ribadito la natura pubblica dell'Università Luiss.

³³ TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 novembre 2004, n. 13574; 18 gennaio 2005, n. 351, con riferimento alla Lumsa.

³⁴ Cfr. la giurisprudenza citata *supra*, alla nt. 16.

³⁵ Su questo specifico punto cfr. *infra*, paragrafo successivo.

ganismo di diritto pubblico ha proprio il contrario scopo di estendere il raggio soggettivo delle regole dell'evidenza pubblica.

Quest'ultimo rilievo critico, preludio di una nozione funzionale di ente pubblico che vedremo dominare l'attuale giurisprudenza, traghetta la tematica della natura delle università libere su lidi più frastagliati rispetto a quelli della mera lotta e conseguente prevalenza dei vari indici sintomatici rivelatori della matrice pubblicistica dell'ente.

4. *La centralità del ruolo della giurisprudenza di fronte alla frantumazione normativa del regime tipico degli enti pubblici*

A rigore stabilire se una determinata figura soggettiva sia da considerare pubblica o meno ha un senso al fine di individuarne il relativo regime giuridico. In altri termini, la categoria degli enti pubblici dovrebbe essere sottoposta a una normativa unitaria di riferimento, valevole unicamente per essa³⁶.

Tuttavia, la linearità di questo rapporto tra causa ed effetti è smentita da una serie di scelte e di mancate scelte di diritto positivo, che rendono particolarmente complesso il quadro d'insieme.

Due logiche contrapposte attraversano l'attuale ordinamento giuridico. La prima è incarnata da una disposizione generale, invero dal tenore non particolarmente chiaro, secondo cui l'amministrazione, allorché deve emettere atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, a meno che la legge non disponga diversamente (art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990). Del resto, da tempo immemorabile soggetti sicuramente pubblici utilizzano l'armamentario di diritto privato, come testimoniato vuoi dalla risalente categoria degli enti pubblici economici, sottoposti in prevalenza al regime di diritto comune, vuoi dalla più recente categoria delle società a partecipazione pubblica³⁷. Alla tendenza a ricorrere a moduli privatistici non si sottraggono le università statali, sia per esplicito e specifico dettato normativo, sia per scelta generale compiuta nell'esercizio del proprio potere discrezionale. Si pensi, per quanto riguarda la prima ipotesi, alla previsione legislativa che attribuisce agli atenei pubblici la facoltà di trasformarsi in fondazioni di diritto privato³⁸, e, con riferimento alla seconda, al frequen-

³⁶Per tutti cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2017, III ed., 90.

³⁷Sull'esigenza di sottrarsi alle norme pubblicistiche come ragione principale della nascita degli enti pubblici economici cfr. M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss., 250; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 36 ss., 262 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, 223 ss., 233-235, nonché F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, vol. I, 3 ss., 116.

³⁸Art. 16 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133. Sulla questione cfr. A. MARRA, *Trasformare le università in fondazioni?*, cit., 645 ss.

te impiego da parte delle università statali della propria capacità di diritto privato, che ha generato un vivace contenzioso dovuto alla difficoltà di individuare il regime applicabile³⁹.

Gioca in senso diametralmente opposto la seconda direttrice di carattere generale. Esiste un nucleo di norme pubblicistiche che si estende anche a soggetti formalmente privati, come possono essere i gestori di pubblici servizi, nel caso in cui svolgano attività di rilevanza pubblicistica. Recita l'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 241/1990, che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi generali cui sono tenute le pubbliche amministrazioni, con un livello di garanzia non inferiore a quello imposto a queste ultime. Seguendo la medesima logica, l'art. 7, comma 2, c.p.a., assoggetta alla giurisdizione amministrativa anche i soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. Così, dalla (parziale) identità di disciplina sul piano sostanziale, discende l'identità di trattamento processuale in punto di giurisdizione⁴⁰.

A questo fenomeno se ne lega un altro più sottile, che ne è in parte causa e in parte effetto. Esso è costituito dalla frantumazione normativa del regime tipico degli enti pubblici. Oggi ciascuno degli enti pubblici risulta sottoposto a una legislazione sempre più singolare e individualistica. Di conseguenza la categoria giuridica dell'ente pubblico è divenuta sempre più evanescente al punto da essere talvolta addirittura negata. Si è così ritenuto che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro dell'ente pubblico muti a seconda dell'istituto o del regime normativo da applicare: riconoscere natura pubblicistica "a certi fini" a una certa entità non implica "in maniera automatica" la sua integrale sottoposizione a tutta la disciplina pubblicistica⁴¹.

Emerge chiara rispetto al passato una diversità d'approccio relativamente alla questione della qualificazione di un ente come pubblico: se prima si cer-

³⁹ Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, che ha affermato l'illegittimità di un affidamento diretto di servizi informatici da parte di un'università statale al Consorzio Cineca, non ricorrendo i requisiti del c.d. *in house*. Per una dettagliata analisi della giurisprudenza in materia si rinvia al contributo di Marco Lavatelli in questo stesso volume.

⁴⁰ D'altronde, numerose altre disposizioni del c.p.a. prevedono espressamente la devoluzione al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva di controversie promosse nei confronti di soggetti privati; si pensi all'art. 133, comma 1, lett. c) e lett. e), n. 1), oppure al combinato disposto dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 6, c.p.a. e dell'art. 23, legge n. 241/1990.

⁴¹ S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 10 ss.; M. CAMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, 16; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.; ID., *Enti pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. III, 2223 ss., 2230; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, IV ed., 319. Differente l'impostazione adottata da G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 196 ss., favorevole a individuare uno statuto disciplinare costante degli enti pubblici.

cava di risolvere tale questione allo scopo di sottoporre il soggetto a un intero pacchetto di disciplina pubblicistica, ora invece l'obiettivo è più limitato, in quanto volto ad applicare all'ente un singolo, isolato, frammento di regolamentazione speciale.

Vi è comunque un elemento che accomuna passato a presente: ancora una volta si assiste al superamento delle certezze derivanti dalle tranquillizzanti letture dicotomiche di pubblico e privato. Una prima volta, come sopra evidenziato, la linea di demarcazione tra pubblico e privato era stata resa fluida da quella zona grigia costituita dal concetto di corpo morale, ora invece dalla nuova zona grigia rappresentata dalla nozione "cangiante" di ente pubblico, altrimenti detta soggettività pubblica "a geometria variabile"⁴².

I riflessi negativi della nuova nozione imperante di ente pubblico sul principio di certezza del diritto sono chiari, con confini che si allargano o si restringono a seconda della finalità individuata della disciplina da applicare⁴³; senza considerare poi che l'obiettivo finale dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea insito nell'originaria formulazione della nozione funzionale di ente pubblico si perde nel momento in cui la nozione trasmigra dall'ambito europeo all'ambito nazionale e viene fatta propria anche dal giudice amministrativo⁴⁴.

⁴² Utilizzando la fortunata espressione di S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario*, cit., 9.

⁴³ Potrebbero esservi "tante definizioni di pubblica amministrazione quante sono le volte che c'è bisogno di esse". "Sarà un buon successo per l'uniformità del sistema giuridico europeo, ma non lo è certo né per la sua perspicuità, né per la sua certezza"; così S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 915 ss.

⁴⁴ La nozione funzionale o dinamica di ente pubblico e, più in generale, di pubblica amministrazione nasce in ambito europeo, frutto d'impostazione condivisa dal legislatore e dal giudice, tendente ad assicurare l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea. Il legislatore allo scopo di evitare l'elusione alle proprie direttive in materia d'appalti pubblici ne amplia l'ambito soggettivo di applicazione, comprendendovi anche tipologie di soggetti formalmente privati, quali sono gli organismi di diritto pubblico, che sono equiparati alle pubbliche amministrazioni ai fini dell'applicazione di questa specifica disciplina pubblicistica. In questo caso il soggetto non diviene sempre e comunque, e quindi in maniera fissa, un'entità pubblica, ma lo è solo con esclusivo riferimento al regime dell'evidenza pubblica: "quando svolge altre attività, l'organismo di diritto pubblico dismette la sua veste pubblicistica e soggiace, di regola, al diritto privato" (Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3042). Parimenti il giudice europeo, anche in questo caso al fine di assicurare un'uniforme applicazione del Trattato, rifiuta espressamente una nozione istituzionale di pubblica amministrazione e ne delinea una funzionale, che "si adatta ai bisogni della norma"; cfr., per tutte, Corte di giustizia, 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*; C-173/94, *Commissione c. Regno del Belgio*; C-290/94, *Commissione c. Repubblica Ellenica*, secondo cui la deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori prevista per gli impieghi nella pubblica amministrazione dall'art. 48, n. 4, del Trattato deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva; per stabilire se taluni impieghi rientrino nell'ambito di tale deroga si deve accertare se siano o no caratteristici dell'attività specifica della pubblica amministrazione, in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi dello Stato o delle altre collettività pubbliche.

Detto ciò in via generale, la frantumazione normativa cui si accompagna l'emergere di una nozione funzionale di ente pubblico si ritrova ovviamente anche nello specifico settore universitario. È però necessario distinguere le ipotesi in cui il legislatore si premura di precisare l'esatto ambito di applicazione della disciplina dal medesimo introdotta dalle ipotesi in cui ciò non accade. Se la prima ipotesi non crea soverchi problemi⁴⁵, nel caso in cui il legislatore nel dettare una specifica disciplina non si curi al contempo di individuare il suo campo soggettivo di applicazione risulta ancora più centrale il ruolo assolto dalla giurisprudenza. Spetta infatti all'intervento pretorio chiarire caso per caso quali siano i soggetti vincolati al rispetto di determinati segmenti di disciplina pubblicistica e questo chiarimento passa attraverso la ricostruzione dei fini assolti dalla specifica normativa.

Ciò si è verificato, ad esempio, in relazione all'applicabilità anche alle università libere della disciplina sugli obblighi di trasparenza e pubblicità valevole in generale per tutte le amministrazioni pubbliche (d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33). Alla vicenda è opportuno dare uno spazio esteso, perché più di ogni altra è emblematica dell'attuale modo di procedere del giudice amministrativo.

5. La nozione funzionale di ente pubblico tra affermazioni di principio e sue mancate applicazioni concrete

Fermo restando che le università libere sempre contestano il loro inquadramento all'interno degli enti pubblici e conseguentemente l'assoggettamento alla relativa disciplina, la dialettica in ordine alla natura pubblica o privata delle università libere con specifico riguardo all'applicabilità del decreto trasparenza non si è consumata – come sinora illustrato – tra il giudice amministrativo di primo grado e il Consiglio di Stato, oppure tra le sezioni semplici e le sezioni unite della Corte di Cassazione.

Qui lo scontro ha visto contrapporsi, da un lato, l'Autorità nazionale anticorruzione, che nel dare attuazione alla disciplina legislativa sulla trasparenza, ha incluso le università libere nel novero degli enti pubblici non economici tenuti al ri-

⁴⁵ Cfr., ad esempio, TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 6 settembre 2011, n. 2158, che nel caso d'impugnativa da parte di professori dell'Università Cattolica degli atti con cui era stato disposto il loro pensionamento alla fine dell'anno accademico nel quale avevano compiuto i settanta anni, ha fatto applicazione dell'art. 4, comma 1, legge n. 243/1991, ai sensi del quale "ai professori ed ai ricercatori universitari in servizio presso le università non statali si applica, ai fini del trattamento di quiescenza, la disciplina prevista per i dipendenti civili dello Stato dal testo unico delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato ... e successive modificazioni ed integrazioni, quando ciò sia previsto da apposita normativa" (e l'art. 46 dello Statuto dell'Università Cattolica richiamava appunto tale disposizione di legge).

spetto degli obblighi in materia⁴⁶; dall'altro, il giudice amministrativo, il quale si è mostrato compatto nel negare natura pubblica alle università libere, superando il suo precedente orientamento consolidato, sia pure a legislazione invariata.

Non così compatto il giudice amministrativo si è mostrato invece quanto ad argomentazioni impiegate. Infatti, il giudice amministrativo ha optato per la natura privatistica delle università libere talvolta basandosi sulla nozione formale di ente pubblico e sull'individuazione di indici sintomatici rivelatori della pubblicità di un ente, talvolta invece dichiarando di aderire a una nozione funzionale di ente pubblico.

In particolare, il giudice di primo grado rifiuta di ricorrere alla nozione funzionale di ente pubblico allo scopo di evitare il rischio, già sopra evidenziato, di "ingenerare margini di incertezza" ponendosi in contrasto con il principio di certezza del diritto ... soprattutto laddove non vi sia una norma chiara che ne imponga o ne escluda l'applicazione ad una determinata tipologia di soggetti giuridici⁴⁷. Dichiarando di aderire a una nozione "statica" o "formalistica" di pubblica amministrazione, il TAR va alla ricerca di indici sintomatici della pubblicità e sconfessa, o per lo meno marginalizza, quelli solitamente impiegati dalla pregressa giurisprudenza amministrativa e poi valorizzati dall'ANAC, in quanto non li considera sufficientemente solidi⁴⁸. Ritenendo condivisibile l'impostazione della già menzionata e isolata sentenza della sezione lavoro della Cassazione del 1999, reputa primario e assorbente il criterio della genesi privatistica e in questa maniera conclude per la natura privata delle università libere, che così non risultano tenute al rispetto degli obblighi di trasparenza e pubblicità introdotti dalla riforma Severino⁴⁹.

Diversa l'impostazione adottata dal giudice amministrativo di secondo grado⁵⁰. A ben vedere, differente è anche la conclusione cui approda il Consiglio di Stato, dal momento che ritenere che le università libere non siano enti pubblici

⁴⁶ ANAC, Delibera del 7 ottobre 2014, n. 144, recante obblighi di pubblicazione concernenti gli organi di indirizzo politico nelle pubbliche amministrazioni.

⁴⁷ TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 giugno 2015, nn. 8374, 8375, 8376, relativamente all'Università Bocconi, Università Cattolica, Luiss, Iulm, Lumsa, Liuc, Università Kore di Enna, Università Campus Bio-Medico di Roma, Università degli studi di scienze gastronomiche, Università Vita-Salute San Raffaele di Milano.

⁴⁸ Che vanno dal potere di rilasciare titoli aventi valore legale alla finalità pubblica dell'insegnamento, dalle modalità di reclutamento del personale docente alla disciplina del rapporto di lavoro, dall'esercizio di poteri d'indirizzo e controllo da parte dei rappresentanti dello Stato e/o degli enti locali alla qualità di pubblici ufficiali dei professori universitari, per finire con l'esistenza di un finanziamento pubblico consistente e costante.

⁴⁹ Per "escludere l'inequivocità degli indizi di pubblicità" dei soggetti in esame le sentenze aggiungono alle argomentazioni già in precedenza utilizzate dalla sezione lavoro della Cassazione il fatto che la disciplina pubblicistica propria delle università statali si applichi non in via diretta a quelle non statali, ma solo nei limiti di compatibilità (art. 1 della legge n. 243/1991).

⁵⁰ Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, nn. 3041, 3042, 3043.

ai fini del decreto trasparenza è diverso dall'affermare che le università libere non siano mai enti pubblici, come invece sostiene il giudice di primo grado.

Le sentenze del Consiglio di Stato sono emanate nel 2016 ed è dell'anno precedente una pronuncia emessa dallo stesso relatore che introduce per la prima volta in ambito giurisdizionale nazionale la nozione funzionale di ente pubblico, per risolvere la distinta questione della legittimità di un affidamento diretto a Cineca, in quanto soggetto partecipato anche da università libere⁵¹.

In questa prima occasione di applicazione della nozione funzionale di ente pubblico il giudice amministrativo, coerentemente all'impostazione generale, compie una puntuale indagine sulla *ratio* della disciplina da applicare e, in particolare, dell'istituto dell'*in house*. Sottolinea così che alla base dell'istituto vi è "la considerazione che il soggetto *in house*, nonostante la formale distinta personalità giuridica, ha nella sostanza un rapporto di immedesimazione con l'Amministrazione affidante", e che in tali casi "l'esclusione dalla disciplina dell'evidenza pubblica deriva proprio dal fatto che rispetto al soggetto *in house* non è possibile neanche ravvisare una vera e propria fattispecie contrattuale", osservando altresì che un privato "grazie all'affidamento diretto beneficerebbe di un vantaggio competitivo ottenuto senza rispetto delle regole sulla concorrenza". Ne consegue che ai fini della verifica del requisito del controllo analogo nell'ambito dell'istituto dell'*in house* l'indagine su cosa s'intenda per ente pubblico deve essere "particolarmente rigorosa e restrittiva", "dovendosi escludere la possibilità di equiparare all'ente pubblico qualsiasi soggetto che, a prescindere dai poteri, dai fini e dalla struttura organizzativa, operi grazie a capitali privati". Di qui la negazione del carattere pubblico in capo alle università libere ai fini della verifica dei presupposti dell'*in house* e l'illegittimità di un affidamento diretto a Cineca, privo del requisito della partecipazione pubblica totalitaria⁵².

Anche nelle sentenze successive, intese a risolvere la distinta questione della natura pubblica delle università libere ai fini dell'applicazione del decreto trasparenza, il Consiglio di Stato afferma a chiare lettere che l'individuazione dell'ente pubblico debba avvenire sulla base di criteri non statici e formali, ma "dinamici", "funzionali" e "cangianti". Tuttavia, il giudice d'appello, anziché procedere alla ricerca del fine perseguito dal legislatore con l'introduzione della disciplina in materia di trasparenza, intraprende una strada argomentativa differente.

Anzitutto l'esclusione della qualificazione delle università libere in termini di enti pubblici prende le mosse da una lettura particolare del dettato costituziona-

⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.

⁵² Da notare che il giudice di primo grado ben più stringatamente si era limitato a osservare, richiamando un parere dell'Autorità vigilanza sui contratti pubblici che Cineca aveva "incorporato alcuni istituti universitari aventi natura giuridica privata" (TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 luglio 2014, n. 1186). Su questo contenzioso si rinvia ancora al contributo di Marco Lavatelli nel presente volume.

le, sotto due distinti profili. Da una parte, il diritto in capo ad “enti e privati” riferito dalla Costituzione solamente alla istituzione di “scuole e istituti di educazione” (art. 33, comma 3) viene esteso dal giudice anche alla creazione di università. Dall’altra parte, dal riconoscimento a tutte indistintamente le università, statali e non, del “diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato” (art. 33, ultimo comma) il giudice ricava che ai “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”.

Dopo avere interpretato in maniera restrittiva l’autonomia universitaria costituzionalmente garantita, che viene riferita alle sole università libere, il giudice provvede ad attribuire un ruolo parimenti riduttivo alla legislazione ordinaria. La precisazione costituzionale secondo cui il diritto delle università di darsi ordinamenti autonomi deve rispettare “i limiti stabiliti dalle leggi dello Stato” è letta come se al legislatore spetti un intervento normativo esclusivamente “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 titolo di studio con valore legale”. In realtà, il testo normativo espressamente dedicato alle università non statali legalmente riconosciute non circoscrive affatto in questi termini minimalisti il ruolo del legislatore nei loro confronti. L’art. 1 della legge n. 243/1991 stabilisce che tali università siano tenute a operare nell’ambito, oltre che dell’art. 33, ultimo comma, Cost., anche “delle leggi che le riguardano”, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili. Alla luce di ciò il problema da risolvere in punto di diritto è verificare se il d.lgs. n. 33/2013 rientri o meno nella categoria delle “leggi che riguardano” anche le università libere per poi analizzare le finalità perseguite dalla complessiva disciplina.

Ma pure in questo caso il giudice amministrativo si emancipa dallo stretto dato letterale e intraprende un percorso più tortuoso. Decide di sottoporre il decreto trasparenza a un duplice test: verificare se la normativa di legge rientri o meno nella distinta categoria dei “principi generali della legislazione in materia universitaria” e, una volta effettuato tale inquadramento, appurare se essa sia compatibile con il rispetto del “principio costituzionale del pluralismo e dell’iniziativa privata nel campo dell’istruzione”. Scontato l’esito del primo test, dal momento che ovviamente la disciplina in tema di pubblicità e trasparenza non è espressione di un principio generale proprio della materia universitaria e quindi viene di per sé meno il presupposto per indagare la compatibilità di tale disciplina con i principi del pluralismo e dell’iniziativa privata nel campo dell’istruzione che il giudice amministrativo ha ricavato dal dettato costituzionale.

In definitiva, il Consiglio di Stato, dopo avere effettuato una lettura della Costituzione che svilisce l’autonomia garantita alle università pubbliche e avere fatto ricorso, sia pure in negativo, agli indici sintomatici della pubblicità dell’ente,

smontando uno per uno quelli individuati dall'ANAC⁵³, fa anche un uso improprio della nozione funzionale di ente pubblico. Infatti, manca del tutto nel ragionamento giudiziario un'indagine sugli obiettivi della disciplina a tutela della trasparenza per poi stabilire se essi reclamino un ambito soggettivo di applicazione più ampio rispetto a quello identificabile con l'amministrazione di tipo tradizionale. Risposta non scontata, se si tiene presente che la tendenza espansiva all'applicazione delle discipline pubblicistiche è stata proprio inaugurata in materia di trasparenza. Basti ricordare che negli anni Novanta del secolo scorso l'art. 22 della legge n. 241/1990 ha stabilito che il diritto d'accesso si esercita non solo nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ma anche dei "soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di interesse pubblico disciplinata dal diritto nazionale o comunitario", espressamente equiparati alle prime⁵⁴. Ma non è questa l'unica occasione in cui la giurisprudenza amministrativa non fa seguire alle affermazioni compiute a livello generale l'applicazione in concreto dei principi astrattamente proclamati.

6. *Enti privati, società di capitali, logica mercantilistica*

La discrasia tra il piano delle affermazioni astratte e il piano delle applicazioni concrete si è verificata da ultimo in relazione all'annosa problematica dell'applicazione alle università libere del regime dell'evidenza pubblica. Si è già evidenziato come per lungo tempo la giurisprudenza amministrativa fosse prevalentemente orientata a ricondurre le università libere nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici tenute all'osservanza della disciplina pubblicistica in materia di contratti. Ma più recentemente il Consiglio di Stato in sede consultiva ha inteso fare applicazione della nozione funzionale di ente pubblico per risolvere la questione e in questa maniera è giunto a ritenere squisitamente private le università libere. In realtà, il giudice amministrativo mostra qui una adesione solo formale alla nozione funzionale di ente pubblico: anziché procedere a un'ana-

⁵³ Sostenendo in particolare che il potere di rilascio di titoli di studio aventi valore legale è prerogativa riconosciuta anche a soggetti meramente privati; che i poteri statali di vigilanza, specificamente previsti da puntuali disposizioni legislative, si limitano ad assicurare il corretto assolvimento del servizio d'interesse generale cui le stesse università sono preposte; che il reclutamento del personale docente delle università non statali secondo criteri analoghi a quelli del personale docente delle università statali è unicamente a garanzia degli standard qualitativi degli atenei statali; che la presenza negli organi di governo delle università non statali di soggetti designati dal ministero dell'università è marginale, come lo è l'esistenza di fonti di finanziamento pubbliche.

⁵⁴ Sulla diversa questione se anche le università statali, in virtù della loro autonomia costituzionalmente garantita, debbano essere necessariamente sottoposte agli obblighi in tema di trasparenza, cfr. A. SANDULLI, *Autonomia "negata" e autonomia "abusata" nelle Università*, in *Munus*, 2017, XIII.

lisi specifica della *ratio* della disciplina per verificare se la funzione assoluta porti con sé un particolare ambito soggettivo di applicazione, sconfessa la logica dell'individuazione della pubblicità di un ente "a limitati fini". Infatti, nel parere si afferma che le argomentazioni usate per qualificare le università libere come soggetti privati "riferite alla diversa questione della applicabilità della disciplina in materia di obblighi di trasparenza e pubblicità", "appaiono senz'altro utili e risolutive anche per la questione ... dell'applicabilità a tali soggetti del regime dell'evidenza pubblica"⁵⁵.

In tal modo si opera però sulla base di una logica diametralmente opposta a quella caratterizzante la nozione funzionale di ente pubblico. Secondo quest'ultima la qualificazione serve solo a determinare i soggetti tenuti ad applicare una certa normativa in ragione degli specifici fini assolti dalla normativa stessa. Qui invece la qualificazione manifesta una vera e propria *vis expansiva*, tale da portare a configurare globalmente in senso pubblicistico un soggetto giuridico, raggiungendo proprio quel risultato dal quale si dichiarava di volere fuggire.

Inoltre, vale la pena di sottolineare che, nonostante l'affermazione costante dell'intenzione di abbandonare gli indici rivelatori della pubblicità, questi ultimi mantengono una perdurante centralità, in quanto continuano a essere pacificamente utilizzati. Così, nell'interrogarsi sulla riconducibilità delle università libere nella categoria di organismo di diritto pubblico, distinta ma contigua rispetto a quella di amministrazione aggiudicatrice (art. 3 del codice dei contratti pubblici), il Consiglio di Stato ricorre a diversi indici sintomatici per verificare la sussistenza del requisito dell'influenza pubblica dominante, escludendo poi che le università libere possano qualificarsi organismi di diritto pubblico⁵⁶.

La tecnica impiegata dal giudice amministrativo per risolvere la questione della qualificazione delle università libere alla stregua di organismi di diritto pubblico mostra la difficoltà di emanciparsi dall'uso degli indici sintomatici della pubblicità. Se la "frantumazione" della disciplina pubblicistica porta con sé il ricorso a una nozione di ente pubblico solo "a limitati fini", a sua volta la "frantumazione" delle figure soggettive, sempre più ibride e di difficile classificazione, porta con sé sempre e in ogni caso il ricorso a indici presuntivi della natura pubblica di tali figure. Prova della perdurante vitalità dei criteri sintomatici della pubblicità è il fatto che di recente il giudice amministrativo, di fronte a un'ec-

⁵⁵ Cons. Stato, comm. spec., parere 26 ottobre 2018, n. 2427, in relazione alla Lumsa.

⁵⁶ "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 soggetta 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" (Cons. Stato, comm. spec., parere n. 2427/2018).

cezione per difetto di giurisdizione sollevata da un'università in una controversia relativa ad una procedura valutativa, ha stabilito la natura pubblica della resistente ancora una volta facendo leva sui consueti indici rilevatori della pubblicità: costituzione su iniziativa pubblica, fine pubblico, rilascio di titoli di studio aventi valore legale, finanziamento pubblico⁵⁷.

Vi è un ulteriore aspetto da mettere in evidenza. L'orientamento da ultimo espresso dal Consiglio di Stato, che esclude le università libere dal novero degli organismi di diritto pubblico, oltre a porsi in contrasto con una giurisprudenza pregressa, frettolosamente archiviata a normativa invariata, porta con sé il corollario che le università libere possano concludere contratti di lavori, servizi e forniture senza necessità di svolgimento di gare. In questa maniera si prepara il terreno per l'ultima evoluzione della categoria delle università libere, e cioè l'assunzione da parte loro della forma giuridica delle società di capitali.

L'impiego di modelli organizzativi spiccatamente caratterizzati da logiche imprenditoriali, rispettosi delle sole disposizioni del codice civile, è reclamato dalle università c.d. telematiche. Due parole specifiche merita questa particolare tipologia di università⁵⁸.

La loro istituzione è stata consentita dall'art. 26 della legge n. 289/2002, che però nulla ha previsto in ordine alla loro osservanza o meno della ordinaria normativa già dettata per le università statali o non statali di tipo tradizionale. La disposizione si limita a stabilire che esse, per essere accreditate e dunque per rilasciare titoli di studio con valore legale, debbano disporre di adeguate risorse organizzative e gestionali. Dal canto suo, la legge Gelmini detta un regime peculiare per le università telematiche allo scopo di differenziarne la disciplina non già rispetto alle università statali, bensì rispetto a tutte le altre università private legalmente riconosciute, ma solo esclusivamente per quanto attiene alla ripartizione dei contributi statali. Infatti, l'art. 12, ultimo comma, della legge, precisa, sia pure in maniera leggermente involuta, che le università telematiche già inserite tra le università non statali legalmente riconosciute e che mantengano nel tempo i requisiti normativamente prescritti sono sottoposte al medesimo regime previsto in generale per le università non statali in relazione alla percezione di contributi pubblici, a differenza delle università telematiche di futura istituzione⁵⁹.

⁵⁷ TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, sez. I, 2 aprile 2019, n. 89, con riferimento alla Libera Università di Bolzano. Su quest'ultima università, che condivide i caratteri particolari assieme all'Università della Valle d'Aosta e alla Libera Università Kore di Enna cfr. F. GIGLIONI, *Pubblico e privato*, cit., 42-43.

⁵⁸ Per un loro inquadramento cfr. F. SCIARRETTA, *Le università telematiche tra dimensione costituzionale, diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, 2015.

⁵⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 giugno 2014, n. 6682, ha pertanto ritenuto applicabile l'art. 10 della legge n. 240/2010, che regola il procedimento disciplinare relativo ai docenti universitari, all'Università telematica "Niccolò Cusano", in quanto sottoposta alla stessa normativa di tutte le altre università.

Non è questa la sede per svolgere considerazioni di merito sulle università telematiche, che sono appunto quelle che maggiormente aspirano ad agire in base a logiche imprenditoriali. Qui conta che il Consiglio di Stato, chiamato in sede consultiva dal Ministero dell'Università a esprimere un parere in merito alla possibilità che, sulla base della disciplina vigente, le università libere acquisiscano la forma di società di capitali, ha dato risposta positiva al quesito, sul presupposto che non esiste nel nostro ordinamento un'espressa esclusione per tali università del perseguimento del fine lucrativo⁶⁰.

Resta da vedere come si concili questa logica squisitamente mercantilista con quella secondo cui l'amministrazione, nell'esercizio del potere di istituzione di nuove università libere, non è tenuta a temperare "un interesse pubblico con diritti in attesa di espansione dei privati cittadini", bensì a "valutare se l'istituzione di una nuova Università risponda all'esigenza di soddisfare un pubblico interesse"⁶¹.

⁶⁰ "Non sussistono impedimenti di principio nel nostro sistema ordinamentale a che una libera Università privata possa assumere la forma giuridica della società di capitali (pur nella perdurante rilevanza dello scopo di lucro ... come carattere essenziale del tipo della società di capitali) e nel senso che la perdurante unitarietà e forte omogeneità del sistema dell'istruzione superiore ... non osta ... alla concreta configurabilità ed operatività della costituzione (o riorganizzazione) delle libere Università private nella forma della società di capitali" (Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 14 maggio 2019, n. 1433, che poi specifica che comunque "non spetta a questo Consiglio, in sede consultiva, forgiare in positivo un ulteriore tipo speciale di società di capitali"). A seguito del parere del Consiglio di Stato è stato adottato il decreto 25 giugno 2019 (in *G.U.*, Serie generale n. 156 del 5 luglio 2019), di modifica dello Statuto, con cui si dà atto della trasformazione dell'Università telematica Pegaso mediante l'adozione della forma giuridica della società a responsabilità limitata. Sul parere in questione cfr. B. GILIBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in *Persona e Amministrazione*, 2019, 71 ss.; F. AULETTA, *L'Università come "esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili": lezioni americane su online e for-profit legal education*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1527 ss., che ricorda come negli anni Novanta del secolo scorso l'allora Ministro dell'Università Ruberti avesse proposto un disegno di legge (A.S. n. 1935), che espressamente vietava ogni finalità lucrativa per le università non statali, ma l'iniziativa era stata senza esito nel corso parlamentare.

⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 2010, n. 3291, relativamente all'Università europea degli studi non statale "Franco Ranieri". Si consideri poi che in tema di soppressione delle università statali la disciplina più recente (art. 6, comma 4, d.m. 23 dicembre 2010, n. 50) ha aggiunto alle ipotesi già previste dall'art. 212, del T.U. del 1933, il caso di valutazione negativa espressa dall'ANVUR sulle attività di docenza e ricerca. Sull'attribuzione all'autorità ministeriale di un vero e proprio potere discrezionale in materia cfr. F. GIGLIONI, *Pubblico e privato*, cit., 45 ss.; sulla necessità di considerare anche le università telematiche come istituzioni no profit cfr. F. ELEFANTE, *University business in Italy? Differenti tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi. La formazione universitaria come settore for-profit?*, in *Munus*, 2015, 168 ss.

7. Alla ricerca di un sistema universitario unitario

A conclusione di questa carrellata giurisprudenziale è del tutto legittima una sensazione di confusione e di disorientamento. Il giudice ripudia come attrezzi del passato gli indici sintomatici della pubblicità degli enti, ma, al tempo stesso, ne continua a fare un ampio utilizzo; la nozione funzionale di ente pubblico ben opera solo se vi è un legislatore che di volta in volta chiarisca quale sia l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dettata, altrimenti la giurisprudenza è chiamata ad individuare con precisione la *ratio*, pubblicistica o meno, della normativa introdotta, operazione tutt'altro che agevole, anzi spesso trascurata. Si procede caso per caso, il che significa, talvolta, all'insegna della casualità.

Si è esordito sottolineando la forte linea di continuità che lega il T.U. del 1933, secondo cui "l'istruzione superiore ha per fine di promuovere il progresso della scienza e di fornire la cultura scientifica necessaria per l'esercizio degli uffici e delle professioni" e l'art. 1, comma 1, della legge Gelmini, ai sensi del quale tutte le università sono "sede primaria di libera ricerca e di libera formazione", "luogo di apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze" e "operano, combinando in modo organico ricerca e didattica, per il progresso culturale, civile ed economico della Repubblica". Sottostante è la logica di creazione di un vero e proprio sistema universitario unitario e integrato, espressione di autonomia collettiva a base comunitaria, le cui componenti sono sottoposte a un regime giuridico pubblicistico ampiamente uniforme in ragione della funzione svolta⁶².

Vero è che lo stesso legislatore mostra talvolta una mancata consapevolezza della necessaria unitarietà, compattezza e omogeneità del sistema universitario in sé e per sé considerato. Due soli esempi, considerando i due poli estremi di questo sistema: da una parte, il legislatore accompagna e favorisce lo sviluppo di nuovi spuri modelli organizzativi come sono le università telematiche, portatrici di istanze commerciali e lucrative; dall'altra, definendo "statali" le università tradizionalmente qualificate come "degli studi" ricorre a una locuzione usata dalla normativa pre-repubblicana "che sottende una rinnovata concezione subalterna di esse"⁶³.

⁶² Si deve in particolare a F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano* (I ed. 1956), ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. I, 643 ss., 701, l'inquadramento delle università all'interno delle autonomie funzionali, formazioni sociali qualificate come autonome in ragione della funzione svolta, che presenta rilievo pubblicistico. Sullo stretto legame tra formazioni sociali e università cfr. anche U. POTOTSCHNIG, *L'Università come società*, in *Riv. giur. scuola*, 1976, 269 ss., ora anche in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 817 ss.

⁶³ F. ROVERSI MONACO, *Introduzione. Università e riforme*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, Bologna, 2013, 1 ss., 3. Sul tema dell'assottigliamento dell'autonomia universitaria cfr., da ultimo, il volume di A. MARRA (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, Roma, 2020.

Ma resta in ogni caso forte il vincolo posto dall'ultimo comma dell'art. 33 Cost., che considera sempre compattamente e indistintamente tutte le università e che per ciascuna di esse proclama il diritto di darsi ordinamenti autonomi, sia pure nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato. Anzi, è necessario spingersi ancora più in là nella raffigurazione di questo sistema unitario, perché, come è stato acutamente sottolineato, "il problema dell'autonomia viene dopo". L'università, in quanto formazione sociale, "deve poter essere, anche quando è statale ... espressione di libertà, e non soltanto di autonomia"⁶⁴.

⁶⁴ U. POTOTSCHNIG, *L'Università come società*, cit., 820.

L'UNIVERSITÀ E IL RICORSO ALLE FORME PRIVATISTICHE

Marco Lavatelli

SOMMARIO: 1. Contesto e premesse. – 2. Il ricorso ai moduli privatistici nella prospettiva dell'organizzazione universitaria. – 3. Libere università, scopo di lucro e trasformazione in società di capitali. – 4. Coordinate attuali e scenari futuri.

1. *Contesto e premesse*

Collocandosi nel corso del secondo decennio del nuovo millennio, l'attuazione della legge Gelmini ha subito tutte le tensioni di un'epoca incisa dalla crisi economico-finanziaria, evento globale che, in Italia, ha segnato il crocevia fra le politiche di riforma della Pubblica Amministrazione avviate negli anni Novanta e Duemila, quando le decisioni concernenti l'organizzazione pubblica orbitavano attorno a interrogativi del genere “se” e “come” un cambiamento vi dovesse essere, cedendo il passo a nuove problematiche, tutte riconducibili ai temi del rigore finanziario e del pareggio di bilancio.

Quest'ultimo piano di discussione ha imposto l'adeguamento dell'amministrazione a un nuovo ruolo, vincolato sicuramente dalla necessità di migliorare l'efficienza e l'efficienza della propria azione, in un momento storico in cui, però, da più parti si rivendicavano una maggiore attenzione verso le esigenze dei cittadini, delle famiglie e soprattutto delle imprese, una migliore qualità e personalizzazione dei servizi forniti alla collettività, istanze che non possono essere soddisfatte unicamente con la ristrutturazione e razionalizzazione degli apparati burocratici, finanche con la totale eliminazione delle sacche di inefficienza e immobilismo.

Si è reso quindi necessario individuare una nuova *mission* per le istituzioni, allo scopo di definire programmi e promuovere azioni tese a perseguire una maggiore snellezza organizzativa delle strutture, un livello più apprezzabile di qualità nei servizi pubblici, in un'ottica più complessiva di rivalutazione del ruolo dell'organizzazione dello Stato e delle altre Amministrazioni; da un lato, concedendo maggiore spazio all'iniziativa privata, dall'altro, favorendo l'emersione di modelli di *governance* sempre più ispirati alla managerialità.

Nel quadro di una più generale influenza del diritto europeo sull'ordinamento nazionale, la Pubblica Amministrazione, come noto, ha assunto un assetto organizzativo che ha condotto a una progressiva "ibridazione" tra la sfera pubblica e quella privata¹, favorendo l'assottigliamento della presenza dell'attore statale nell'erogazione dei servizi di interesse generale. A questa tendenza, sul fronte opposto, è corrisposta l'affermazione della capacità dei privati di svolgere autonomamente attività di interesse generale, tendenze che hanno concorso al rafforzamento di una connotazione in senso sempre più oggettivo dell'amministrazione pubblica².

L'abbandono delle rigidità di confine che avevano tradizionalmente contraddistinto la dicotomia tra dimensione pubblicistica e privatistica³ ha lasciato spa-

¹ Per un'analisi generale del fenomeno nel suo complesso, sia consentito rinviare a: G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato, nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 75 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, 345 ss.; ID., *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; F.G. SCOCA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. giur. aggiorn.*, Milano, 2002, VI, 108 ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006, 15 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 308; C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 542; N. PECCHIOLO, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 649; E. FOLLIERI, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, in *Giur. it.*, 2014, 1801 ss.

² Si noti, in proposito, che una parte della dottrina ritiene ormai esclusa la soggettività dal catalogo degli elementi essenziali costitutivi il provvedimento. Cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, III, 45; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 342; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 80; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 225; B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, 30; A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000, 253; per una ricognizione completa sul tema, nonché per l'ampia bibliografia riportata, si veda R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 226 ss.

³ L'essenza del diritto amministrativo, perpetuamente diviso fra influenze del diritto privato e pubblico, ha in realtà tendenze pendolari: la concezione privatistica ha segnato l'evoluzione dei rapporti amministrativi fino alla pubblicizzazione avutasi a fine Ottocento, per poi tornare a una nuova, attuale, fase di riespansione del diritto comune. Sul punto si confrontino S. PUGLIATTI, (voce) *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 696 ss.; M. D'ALBERTI, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI e D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Bologna, 1987, tomo II, 433 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 56 ss.; C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Guarino*, vol. II, Milano, 1998, 375 ss., spec. 395, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.

zio a una nuova prospettiva, in cui le Pubbliche Amministrazioni possono far ricorso a strumenti del diritto privato per perseguire i propri scopi – eventualità che non esclude peraltro l'esistenza di un uso discrezionale di tale capacità – e ove, viceversa, soggetti formalmente privati possono adottare atti qualificati come provvedimenti amministrativi.

Questo progressivo assestamento ha portato al manifestarsi di considerevoli problematiche interpretative che interessano tanto il diritto sostanziale, quanto la sfera della tutela giurisdizionale, contribuendo a definire un quadro generale difficilmente sistematizzabile a priori. Significativi elementi di complessità sono giunti con la creazione di nuovi enti pubblici mediante l'attribuzione *ope legis* della natura pubblicistica a entità e organizzazioni preesistenti, nonché con la diffusione del modello delle società pubbliche, che, a partire dagli anni Novanta, ha caratterizzato in modo significativo l'azione amministrativa rispetto a certe sue funzioni⁴.

La nuova necessità di conformare l'attività di diritto privato e dei soggetti privati a una logica finalistica e ai regimi propri dell'azione amministrativa, ha però determinato una sostanziale pubblicizzazione dei rapporti sottostanti, ciò anche e soprattutto in ragione di una interpretazione della “funzionalizzazione” dell'attività amministrativa sganciata dalle considerazioni in ordine al privilegio della capacità e dei poteri speciali riservata ai soggetti pubblici.

Come è già stato notato⁵, dal momento in cui il fattore fondante della fun-

⁴ Il fenomeno delle società pubbliche è stato costituzionalmente legittimato dal combinato disposto degli artt. 41 e 43 Cost., ma era contemplato già dagli artt. 2449 ss. c.c., sostituiti soltanto nel 2016 dalle disposizioni dell'attuale Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, ossia il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, poi integrato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100. Per il necessario raccordo rispetto a vari passaggi storici precedenti il Testo Unico, in un panorama pressoché sconfinato, si vedano, su tutti: N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla s.p.a. (profili storico-giuridici)*, in MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995, 366 ss.; F. G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 5-6, 999; M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi – amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253 ss.; ID., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, spec. 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, spec. 30-33, 35 ss.; C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le “società pubbliche”*, Torino, 2011; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 7, 855 ss.

⁵ Sul punto si confronti G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., spec. 78 ss., secondo cui la logica della funzionalizzazione dell'attività avrebbe consentito l'avvio di un processo di privatizzazione apparente che “moltiplica le specialità degli istituti civilistici e, allo stesso tempo, allarga l'ambito delle discipline pubbliche”. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 348, ha sottolineato che tale tendenza si sarebbe manifestata in una certa propensione della giurisprudenza a svilire o ridurre le opzioni interpretative in senso privatistico effettuate dal legislatore, a favore invece della valorizzazione della sostanziale

zionalizzazione si è spostato dal profilo autoritativo del potere a quello della necessità del regime amministrativo che tutela specifiche esigenze dell'ambito pubblico, non solo per i rapporti di natura autoritativa, ma anche per l'attività consensuale, piuttosto che privatizzare le forme e l'organizzazione degli enti pubblici ha portato a una trasformazione in chiave funzionale-pubblicistica dell'attività, delle forme e dei soggetti di diritto privato.

In questo quadro, anche il sistema universitario, tanto nella realtà pubblica quanto in quella privata, ha assistito al decentramento di funzioni amministrative e didattiche prima gestite a livello centralizzato, cui si sono correlati una maggiore autonomia dal punto di vista contabile e patrimoniale, ma anche sempre minori risorse economiche. La “destatalizzazione” dell'offerta del servizio d'istruzione superiore ha avuto una propria singolare evoluzione, come accaduto per altri Servizi di Interesse Generale non economici – si pensi, su tutti, al sistema sanitario – che deriva anche dalle specifiche peculiarità che contraddistinguono il settore⁶.

Risalendo all'origine del sistema, si deve anzitutto notare come le università statali e private abbiano sempre convissuto, in Italia come nella gran parte dei Paesi occidentali. Non fondate, né legittimate dall'ordinamento, sono invece state riconosciute come formazioni sociali originarie (*ex art. 2 Cost.*), cui l'art. 33 Cost. ha riconosciuto il diritto di darsi ordinamenti autonomi, seppur “nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato”, ciò in piena realizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Secondo l'impostazione più risalente, le università sono quindi state per lungo tempo considerate enti pubblici non economici, aventi autonomia funzionale e tenuti in posizione di alterità rispetto allo Stato, spettando però a quest'ultimo il ruolo di regolatore e accertatore del buon andamento del sistema.

La necessità di assicurare l'efficienza delle funzioni che le università sono chiamati ad assolvere nonché la qualità delle prestazioni e dei servizi pubblici che devono erogare ha giustificato l'uniformità normativa che ha per lungo tempo caratterizzato il sistema, connotato anche da una certa rigidità organizzativa⁷.

natura pubblica del rapporto, o comunque nella preferenza a ricorrere a discipline intermedie o modelli giuridici ibridi tra diritto pubblico e diritto privato. Se il timore di M. NIGRO, *La giurisdizione dei pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1631 ss. era che il ricorso sempre più frequente a moduli istituzionali e operativi privatistici nell'organizzazione amministrativa avrebbe favorito la “fuga nel diritto privato”, paradossalmente, invece, ha portato a un'estensione della disciplina pubblicistica, atto a far valere la “vera natura pubblica della cosa”, come ebbe a scrivere F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss.

⁶Per una chiave di lettura sul tema, si faccia riferimento a G. AJANI, R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *L'Università: un'amministrazione pubblica particolare*, in *Federalismi*, 2017, 14, 1-16.

⁷Sul punto, alla vigilia della Riforma Gelmini, si vedano le osservazioni di A. POLICE, *Verso nuovi strumenti di governance dell'università?*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, 2009, 101 ss.; per

Benché sia sempre stata pacifica l'inesistenza di un monopolio pubblico dell'istruzione superiore, anche gli interventi riformatori più recenti hanno assecondato questa propensione "tradizionale", confermando l'estensione di larga parte della disciplina concernente gli atenei statali alle libere università, tendenza canonizzata nell'emblematico art. 1 della legge n. 240/2010, che indica, come scopo unitario, il perseguimento di finalità di interesse pubblico quali apprendimento, ricerca, crescita culturale⁸.

Le disposizioni contenute nel titolo I della Legge Gelmini hanno infatti fornito una disciplina pubblicistica di dettaglio, che ha lasciato poco spazio alla capacità di auto-organizzazione degli atenei, influenzando profondamente la revisione degli statuti, di cui ha vincolato obiettivi e modelli, tanto nel pubblico quanto nel privato⁹. La sostanziale parificazione della disciplina ha riguardato le modalità di istituzione, soppressione, nonché accreditamento di sedi e corsi di studio, così come i principi relativi al diritto allo studio, le procedure di reclutamento di docenti e ricercatori, l'autorizzazione al rilascio di titoli di studio di pari valore legale, senza dimenticare la sottoposizione all'attività di controllo da parte del MIUR, lasciando all'origine dei contributi finanziari il più significativo elemento di differenziazione.

Questo ambiguo accostamento, all'interno di un quadro giuridico di per sé complicato, ha dato luogo a interpretazioni non sempre coerenti della giurisprudenza, innescando una certa magmaticità della materia, specialmente con riferimento all'inquadramento della natura giuridica degli atenei non statali, questione che, allo stato, rimane non del tutto risolta¹⁰.

In un'altra prospettiva, però, il fatto che università pubbliche e private siano state ricondotte allo stesso monolitico quadro normativo ha trasformato la realtà delle libere università in un significativo banco di prova del cambiamento, se non addirittura nel suo volano, fermo restando che il principale motore pare possa essere individuato in questioni di ordine finanziario.

Le libere università, che in una prima fase si erano adeguate ai modelli di *governance* offerti dal legislatore, per quanto fossero vincolate unicamente al rispetto

uno sguardo *ex post*, si rinvia ai contributi raccolti in G. PIPERATA (a cura di), *L'Università e la sua organizzazione: questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014.

⁸ Rispetto a questo profilo, si noti che la Riforma Gelmini ha ricalcato l'impostazione del R.D. 31 agosto 1933, n. 1592, ove, all'art. 1 comma 1 era enunciato il principio secondo cui "l'istruzione superiore ha per fine di promuovere il progresso della scienza e di fornire la cultura scientifica necessaria per l'esercizio degli uffici e delle professioni", specificando, al comma secondo, che essa è impartita parimenti nelle università "statali" e in quelle "libere", disponendo nel comma terzo che entrambe le categorie "hanno personalità giuridica e autonomia amministrativa, didattica e disciplinare, nei limiti stabiliti dal presente T.U. e sotto la vigilanza dello Stato".

⁹ Per un commento "a caldo" delle principali linee della riforma, si veda F. MERLONI, *La riforma dell'Università – La nuova governance*, 2011, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 4, 353 ss.

¹⁰ A tale questione, è dedicata l'ampia analisi svolta nel capitolo immediatamente precedente, cui non può che farsi integrale rinvio.

della configurazione delle strutture di vertice, godendo di una più ampia autonomia finanziaria, hanno potuto sperimentare modelli e strutture che rispondono alla necessità di ricercare maggiore autonomia ed efficienza organizzativa.

Anche le università statali, secondo il disegno riformatore del 2010, avrebbero dovuto godere di una certa autonomia finanziaria, ma questa è stata di fatto ingabbiata dalle riduzioni del fondo stesso, poi dal congelamento della contribuzione studentesca, cui è stato imposto un tetto massimo proporzionale al fondo medesimo¹¹.

Per quanto riguarda l'autonomia organizzativa, con buona pace dell'art. 33 della Costituzione, la stessa è stata saldata al principio di responsabilità, in ossequio alla logica del *New Public Management*, prevedendo che solo le realtà più virtuose avrebbero potuto dotarsi di modelli funzionali e organizzativi diversi da quelli predeterminati dall'art. 2 legge n. 240/2010. Tali previsioni, però, sono rimaste immobilizzate sulla carta, in attesa di un Decreto Ministeriale che definisca quali siano le università che hanno conseguito la stabilità e sostenibilità del bilancio, nonché risultati di elevato livello nel campo della didattica e della ricerca, poiché saranno le sole che potranno beneficiare della flessibilità organizzativa promessa dalla riforma¹².

¹¹ Tale vincolo è disposto dall'art. 5, comma 1, d.p.r. n. 306/1997, norma in relazione alla quale sono peraltro già sorte controversie innanzi alla giurisprudenza amministrativa, laddove alcuni Atenei pubblici hanno calcolato l'aumento fissato nel massimo del 20% del FFO riferendo l'aliquota non al finanziamento ordinario erogato dal MIUR all'Università, ma piuttosto al FFO teorico, ossia alla quota spettante al singolo Ateneo in base al criterio di riparto di questo tra tutte le Università statali. Il Consiglio di Stato (sez. VI, sent. 27 settembre 2018, n. 5552.) ha censurato questa interpretazione, ritenendo che la contribuzione studentesca non possa eccedere il 20% dell'importo del finanziamento ordinario annuale dello Stato, a valere sul fondo di cui all'articolo 5, comma 1, lett. a), e comma 3, legge 24 dicembre 1993, n. 537.

¹² Tributarie di questa nuova autonomia "di serie A" saranno le università con indicatori di bilancio stabili e sostenibili, che hanno raggiunto con risultati di elevato livello nel campo della didattica e nel campo della ricerca, ossia un risultato almeno pari a "B – Più che soddisfacente" certificato da ANVUR. I risultati di alto livello nella ricerca fanno riferimento sia ai parametri VQR, sia agli indicatori relativi a vincitori ERC/Horizon e numero di brevetti. Per una lettura di questi rapporti fra valutazione e autonomia, si vedano, *ex multis*: M. TURRI, *L'università in transizione. Governance, struttura economica e valutazione*, Milano, 2011; S. BATTINI, *La nuova governance delle Università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2011, 359 ss.; E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, 2013; G. VESPERINI, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2013, 947 ss.; L. AZZENA, *L'università italiana, l'attuazione del disegno costituzionale tra tecnica e politica*, Napoli, 2013; M. RAMAJOLI, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3, 2014, p. 313-3214; G. VESPERINI, *Sulla valutazione della ricerca e il finanziamento delle Università*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2014, 7 ss.; G. VESPERINI, *L'ANVUR nella governance del sistema universitario*, in *Giornale dir. amm.*, 4, 2017, 431 ss.; D. BORRELLI, M. STAZIO, *La «grande trasformazione» dell'università italiana*, in *Riv. trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1, 2018, 1-19; C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, 2019.

2. Il ricorso ai moduli privatistici nella prospettiva dell'organizzazione universitaria

Stante l'incomprimibilità di molte delle voci passive di bilancio, posto che la necessità di ricorrere a forme di finanziamento estranee allo stanziamento statale si è accompagnata anche alle difficoltà d'accesso alle erogazioni liberali, causate da una legislazione in materia spesso contraddittoria e che non presenta effettivi vantaggi per i donatori, gli Atenei hanno dovuto concentrarsi sull'individuazione dell'unica alternativa che consentisse di incrementare le poste attive, ossia l'offerta sul libero mercato dei prodotti più appetibili della ricerca.

Per promuovere questo tipo di iniziative, anche nel contesto universitario si è assistito a uno sviluppo nella direzione della promozione di forme di collaborazione istituzionalizzata con *partner* privati, quanto da quello della possibilità di procedere alla creazione di nuove entità soggettive aventi veste privata.

Gli schemi organizzativi messi a disposizione dall'ordinamento giuridico e suscettibili di essere adottati per lo svolgimento in forma associata dell'attività di ricerca sono molteplici e vanno dalle società ordinarie o cooperative, ai consorzi¹³, alle società consortili, ai Gruppi Europei di Collaborazione Territoriale¹⁴, passando per le fondazioni, associazioni, di diritto comune o di diritto speciale. Il ventaglio di opzioni messe a disposizione delle università per articolare forme organizzative "private" è molto ampio, ben più delle fattispecie di cui si darà effettivamente conto nel presente contributo, dal momento in cui l'indagine è circoscritta dal titolo e dal taglio dell'opera in cui si inserisce, che volutamente pone l'accento sugli aspetti "giurisprudenziali" di maggiore interesse, cioè, in definitiva, giunte all'attenzione delle sedi processuali, perché fonte di contenzioso o specifiche vertenze.

A ulteriore precisazione, si tenga presente che tra i temi esclusi dall'oggetto d'indagine vi sono ipotesi in cui la partecipazione di un ente o più enti universi-

¹³ La possibilità di costituire, da parte delle Università, consorzi con enti e privati, è stata prevista originariamente dal T.U. delle leggi sull'istruzione superiore, approvato con r.d. n. 1592/1933. L'art. 60 di tale decreto prevedeva, infatti, la partecipazione delle Università a consorzi tra enti pubblici e privati, con o senza il concorso dello Stato, al fine di un migliore funzionamento e mantenimento delle stesse. Attualmente, inoltre, si registra l'esistenza di ulteriori Consorzi universitari costituiti a termini dell'art. 31 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. enti locali), ovvero del precedente Ordinamento delle autonomie locali, *ex art.* 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142.

¹⁴ Per alcuni spunti provenienti dalla dottrina in tema di GECT, *ex multis*, si rinvia a M. PERTILE, *Il GECT: verso un organismo di diritto comunitario per la cooperazione transfrontaliera?*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1/2005, 120 ss.; M.R. ALLEGRI, *Cooperazione transnazionale fra enti substatuali: dalla Convenzione di Madrid al GECT*, in *Le Regioni*, 2, 2009 5-54; L. D'ETTORRE, *Le strategie macroregionali dell'Unione europea: tra cooperazione territoriale europea e multi-level governance*, in *federalismi.it*, 21/2018; ID., *GECT, Euroregioni e Comunità di lavoro nel quadro della cooperazione territoriale europea*, in *federalismi.it*, 23/2018.

tari non determina la nascita di uno schema organizzativo a sé stante, ovvero di problematiche peculiari – è il caso della forma “consortile”, che costituisce un attributo dell’oggetto sociale, ma non altera la sottoposizione ai rigidi schemi legislativamente previsti e regolati per la tipologia di società di riferimento – mentre si è tentato di dare risalto a quei casi in cui, almeno tendenzialmente, le peculiarità del sistema universitario hanno imposto o anche solo suggerito la necessità di ricorrere a strumenti interpretativi specifici.

Partendo con ordine, recuperando l’aggancio alla necessità concreta che si è posta, da un certo momento in poi, di promuovere forme di collaborazione istituzionalizzata con *partner* privati, anzitutto si deve evidenziare come, ancora nella vigenza della cosiddetta “Legge Ruberti”¹⁵, che aveva segnato un significativo superamento del precedente modello retto da una uniformazione organizzativa molto penetrante¹⁶, il legislatore abbia riconosciuto agli atenei la possibilità di ampliare il proprio ruolo nell’ambito della cosiddetta “terza missione”, “al fine di rafforzare la competitività tecnologica dei settori produttivi e di accrescere la quota di produzione e di occupazione di alta qualificazione, nel quadro del programma nazionale per la ricerca (...)”, nonché dei programmi europei, affiancando alla didattica e alla ricerca il trasferimento tecnologico mediante società “finalizzate all’utilizzazione industriale dei risultati della ricerca”, ossia i cosiddetti “*spin-off*”¹⁷.

L’assetto operativo delle università è stato cioè ampliato concedendo agli atenei di operare nell’ambito imprenditoriale, destinando i risultati della ricerca universitaria allo sfruttamento economico, o, comunque, rendendo disponibili servizi e strutture dipartimentali, oltre che la partecipazione del proprio personale (di ruolo e non), nonché degli studenti, favorendo la cooperazione con il tessuto produttivo e l’attivazione di *partnership* funzionali al soddisfacimento di specifiche esigenze di carattere tecnologico e industriale¹⁸.

¹⁵ Il riferimento va alla legge 9 maggio 1989, n. 168, in particolare, all’art. 6, ove si riconosceva agli atenei “autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile”.

¹⁶ Per una panoramica sull’evoluzione dell’autonomia universitaria si vedano, tra gli altri, F. MERLONI, *Commento all’art. 6*, in ID., (a cura di), *Il Ministero e l’autonomia delle università e della ricerca*, Bologna, 1989, 82 ss.; A.M. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; F. MERLONI, *Università*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, vol. VI, Milano, 2006, 6103 ss.; M. DUGATO, G. PIPERATA, (voce) *Università degli studi. I) pubbl.*, in *Enc. giur.*, 2007, 1 ss.; F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, 2008, 739 ss.

¹⁷ Il riferimento va al d.lgs. 27 luglio 1999, n. 297, genericamente rubricato “Riordino della disciplina e snellimento delle procedure per il sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, per la diffusione delle tecnologie, per la mobilità dei ricercatori”. La premessa citata è parte dell’art. 1 dello stesso decreto legislativo. Le disposizioni del d.lgs. 297/1999 sono state successivamente abrogate dall’art. 63 d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁸ Per una definizione dei contorni del fenomeno, si vedano: ZANELLI, *Nuovi percorsi della ricerca*

Con la legge Finanziaria del 2001¹⁹ è stato altresì previsto che gli atenei possano costituire, anche assieme ad altre università, nonché con la partecipazione di altri enti e amministrazioni pubbliche, o perfino di soggetti privati, fondazioni di diritto privato con il compito di svolgere “attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca” a favore e per conto delle università di riferimento. Più in particolare, la disciplina faceva riferimento alla possibilità di “realizzare l’acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato”, potendo le fondazioni costituite, in ogni caso, perseguire i propri scopi “con tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica” e “operando nel rispetto di principi di economicità della gestione”, ferma restando la non ammissibilità della distribuzione degli utili, dovendo eventuali proventi o rendite essere utilizzati interamente per perseguire gli scopi della fondazione.

Secondo l’idea del legislatore, le fondazioni costituite sarebbero dovute servire a “promuovere la costituzione o partecipare a consorzi, associazioni o fondazioni che condividono le medesime finalità, nonché a strutture di ricerca, alta formazione e trasferimento tecnologico in Italia e all’estero, ivi comprese società di capitali strumentali a dette strutture”, pur precisando che, in quest’ultimo caso, la partecipazione non potesse comunque superare il cinquanta per cento dell’intero capitale sociale.

La scarsa disciplina si chiudeva infine con l’enunciazione del principio secondo cui le fondazioni avrebbero dovuto agevolare la partecipazione alla propria attività di enti e amministrazioni pubbliche e di soggetti privati, “sviluppando ed incrementando la necessaria rete di relazioni nazionali ed internazionali funzionali al raggiungimento dei propri fini”.

Sempre nell’ottica della valorizzazione della terza missione, in sede di ripartizione delle risorse finanziarie previste per la programmazione del sistema universitario relativa al triennio 2004-2006 dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, con proprio decreto il MIUR ha istituito specifici finanziamenti a favore di progetti di incentivazione alle azioni per la valorizzazione e la diffusione dei risultati di ricerca e il loro utilizzo nei processi produttivi caratterizzati da alto indice di innovazione, nonché a favore di società di recente costituzione ovvero da costituire, finalizzate all’utilizzazione industriale dei risultati della ricerca²⁰.

dell’impresa: l’esperienza di spin-off intrapresa dall’Università di Bologna, in *Contr. impr.*, 2000, III, 1461 ss.; M. GRANIERI, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori. Il trasferimento tecnologico dal mondo universitario all’industria e la nuova disciplina delle invenzioni di azienda*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, 1, 76 ss.; G. ANTONELLI, *Organizzare l’innovazione. Spin off da ricerca, metaorganizzazioni e ambiente relazionale*, Monza, 2004, 20 ss.; M. BORZAGA, *Ricerca scientifica pubblica, proprietà intellettuale e rapporti di lavoro*, in R. CASO (a cura di), *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, Bologna, 2005, 172 ss.; in prospettiva più ampia, L. DEGRASSI (a cura di), *La ricerca scientifica tra Stato e mercato. Ipotesi di collaborazione*, Napoli, 2014.

¹⁹ Legge 23 dicembre 2000, n. 388, spec. art. 59, comma 3.

²⁰ Decreto Ministeriale del 5 agosto 2004, n. 262.

Il favore del legislatore rispetto alla promozione di queste realtà si è confermato negli anni successivi, in particolare nella Riforma Gelmini che, dal canto proprio, si è però essenzialmente preoccupata di precisare e disciplinare, all'art. 6, il regime del personale universitario che partecipi a un'iniziativa di *spin-off* o *start up* universitario, definendo la salvezza di tali posizioni rispetto agli ordinari regimi di incompatibilità²¹.

Se i connotati peculiari del fenomeno, inizialmente, si limitavano al necessario coinvolgimento di almeno un membro accademico, un oggetto sociale costituito da un preciso e innovativo progetto di trasferimento di tecnologie, ovvero di sviluppo di determinati risultati delle attività di ricerca scientifica, il quadro è stato completato dal Decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca del 10 agosto 2011, n. 168, che ha posto in evidenza, all'art. 3, la possibilità di partecipazione al capitale sociale delle società *spin-off* per gli Atenei, ovvero di costituire *start up* universitarie correlate ai medesimi obiettivi imprenditoriali.

A differenza dei brevetti, che consentono un'utilizzazione soltanto marginale del potenziale economico dei risultati della ricerca, gli *spin-off* dovrebbe così permettere uno sbocco diretto e naturale sul mercato, consentendo di superare il tradizionale regime di divieto di assunzione di cariche in società costituite a fini di lucro riferito all'ufficio di pubblico dipendente rivestito dal docente universitario e, appunto, consentendo la partecipazione azionaria delle università nella compagine sociale. Quest'ultima, peraltro, non è essenziale, ma è stata di norma garantita per facilitarne l'avvio e il primo sviluppo dell'impresa, quantomeno fino al superamento della prima fase "di formazione", tendenzialmente anche con un successivo utilizzo dei diritti di proprietà industriale in capo all'ente.

Lo sviluppo di queste disposizioni così specifiche ha portato gli atenei a dotarsi di uffici dedicati con il compito di occuparsi delle attività di trasferimento tecnologico, procedendo, nel contempo, alla regolamentazione della partecipazione universitaria al capitale delle società *spin-off*, disciplinandone le condizioni di partecipazione, anche in ragione dell'autonomia universitaria riconosciuta dalla legge n. 168/1989, ma, soprattutto, in virtù di quanto stabilito all'art. 6, comma 9, della legge n. 240/2010, con riferimento alla possibilità che le singole università completino il quadro normativo emanando una propria disciplina specifica.

²¹ Incompatibilità prevista dall'art. 60 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, regime confermato anche dall'art. 6 della legge 240/2010, che sancisce un'oggettiva e insuperabile incompatibilità tra le posizioni di professore o ricercatore universitario con l'esercizio di attività commerciali e industriali, fatte salve le possibilità concesse dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. 27 luglio 1999, n. 297, Riordino della disciplina e snellimento delle procedure per il sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, per la diffusione delle tecnologie, per la mobilità dei ricercatori.

Poiché *spin-off* e *start up* universitari risultano strutturalmente riconducibili all'attività esercitata in forma di partecipazione in società di capitali, la rinnovata attenzione del legislatore rispetto alla necessità di razionalizzare e ridimensionare la galassia delle partecipate pubbliche ha riguardato anche gli atenei.

Laddove la principale preoccupazione del legislatore, come già notato, sembra essere stata quella di ridimensionare il più possibile le responsabilità e conseguenze finanziarie collegate alle partecipazioni acquisite dagli enti pubblici, senza particolari distinzioni di sorta tra *spin-off*, *start-up* o diverse forme partenariati, gli interpreti più accorti avevano invece già focalizzato la propria attenzione sul piano istituzionale, evidenziando maggiori perplessità con riguardo al ruolo costituzionale degli enti universitari, alle relative finalità di diffusione e trasferimento della conoscenza, nonché alla compatibilità della ricerca scientifica con l'attività economica posta in essere secondo tali modalità.

Pur essendo innegabile che attraverso le società *spin-off* si possano ricavare utili che contribuiscono allo sviluppo economico della ricerca e avvicinare il mondo della ricerca a quello dell'impresa, sensibilizzando indirettamente il sistema territoriale sulle potenzialità della ricerca scientifica e sulle possibilità di sviluppo di una nuova cultura imprenditoriale, è evidente che, divenendo impresa, l'università rischi di tradire la propria inderogabile funzione²². D'altro canto, se la missione della ricerca dovrebbe essere quella di contribuire e adoperarsi per rendere accessibili a chiunque i risultati raggiunti, garantendo il progresso della conoscenza dell'umanità, viceversa, l'attività d'impresa si basa sulla segretezza e sull'esclusività dello sfruttamento del *know-how* acquisito²³.

In una prospettiva non secondaria, si deve tener presente che l'attività d'impresa degli *spin-off* determina necessariamente un ampliamento degli impegni assunti dall'università e, in particolare, dai docenti e ricercatori che, promuovendo anche attività in conto terzi, potrebbero essere sviati dall'obbligo di far ricadere gli effetti della propria attività scientifica sui dipartimenti di afferenza²⁴,

²² Rileva A. COSTA, *Competitività e spin-off. Analisi di alcuni casi italiani ed esteri*, Bari, 2000, 33, "all'interno dei centri di ricerca pubblici e privati i dipendenti possono acquisire esperienze professionali di livello elevato tali da spingerli a portare avanti propri progetti innovativi e ad ottenere sempre maggiore riscontro nel mercato. Questi soggetti sono spinti, non di rado, a sottovalutare le reali aspettative della clientela e le dimensioni dei mercati di sbocco dei propri prodotti; così finiscono per essere eccessivamente orientati verso la ricerca delle soluzioni tecnicamente migliori, anche se non richieste dai clienti"; in linea con questa impostazione anche E. SALVADOR, *Il finanziamento delle imprese Spin-off. Un confronto fra Italia e Regno Unito*, in Ceris – Cnr, Working Paper n. 12, 2006, 20; più propositivo, invece, S. DE BLASI, *Ricerca scientifica pubblica, brevetti per invenzioni industriali e spin-off: nozioni di base ed esperienze di riferimento*, in R. CASO (a cura di), *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, Bologna, 2005, 107-108.

²³ M. PASSALACQUA, *Università e mercato. Il difficile «equilibrio» delle società partecipate*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Competizione e accountability nel governo dell'Università. Il finanziamento dell'Università*, Napoli, II, 2013, 423.

²⁴ F. GIGLIONI, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, in G. PIPERATA (a cura di),

rischio rispetto al quale sono state poste proprio le regole che limitano la facoltà di assumere incarichi esterni.

Il problema di definire i rapporti tra l'attività che l'amministrazione universitaria intende svolgere concretamente assumendo la partecipazione in un veicolo societario e il principio di funzionalizzazione si è però posto sul piano istituzionale, piuttosto che su quello del personale docente²⁵.

Della questione, segnatamente, è stata investita l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁶, chiamata a esprimersi in ordine alle legittimità dell'iniziativa promossa dall'Istituto Universitario di Architettura di Venezia (IUAV) che, dopo aver acquisito tutte le quote di una società privata proprietaria di un complesso immobiliare destinato alla didattica e ad altri servizi universitari, ne aveva modificato l'oggetto sociale per includervi anche le attività di studio, ricerca, progettazione e lo svolgimento di servizi di *engineering*. Più in particolare, lo IUAV, in forza delle delibere degli organi accademici e della società, aveva scisso le attività di gestione immobiliare dalle attività di *engineering*, per cui aveva costituito una nuova società a socio unico, conferendo a quest'ultima il ramo di azienda relativo alle attività di progettazione architettonica, urbanistica, pianificazione territoriale e costruzione. La società "madre" era stata poi trasformata in una Fondazione universitaria (profilo su cui ci si soffermerà nel prosieguo). A fronte di questa operazione, gli Ordini professionali degli Ingegneri della Provincia di Venezia e degli Architetti delle altre Province del Veneto hanno chiesto l'annullamento degli atti dello IUAV mediante i quali era stata deliberata l'operazione di scissione e il conferimento alla neocostituita società.

L'Adunanza Plenaria, sciolte le questioni preliminari concernenti la legittimazione processuale degli ordini, ha inquadrato la questione ritenendo di doversi pronunciare sulla possibilità per l'ente universitario di costituire una società avente per oggetto l'erogazione di servizi contendibili sul mercato, esorbitanti

L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi, Napoli, 2014, 37-85, spec. 70, evidenzia che "(...) la ricerca applicata risponde a esigenze diverse da quella di base e comunque gli spin off consentono di reperire risorse aggiuntive per gli studiosi universitari utili a progredire negli studi di ricerca, alimentando così un circuito positivo tra studio e apparato produttivo".

²⁵ In prospettiva generale, su questi profili si veda C. MARZUOLI, *L'università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 287 ss.

²⁶ Ad. Plen., sent. 3 giugno 2011, n. 10, su rimessione da parte della sez. VI, ord. 16 febbraio 2011, n. 970. La sentenza è stata ampiamente commentata. Si vedano, *ex multis*: M. GRANIERI, *Di università imprenditoriale, società «spin-off» e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it.*, 2011, 7/8, 365 ss.; D. DELL'ORO, L. CARBONE, M. D'ADAMO, *Società possedute dalle Università e partecipazione a gare*, in *Corr. giur.*, 2011, 9, 1214 ss.; S. SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urb. app.*, 2011, 12, 1461 ss.; L. CARBONE, R. VICARIO, *Delibere pubbliche sulla costituzione di una società pubblica e invalidità derivata del successivo negozio giuridico privato*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, n. 8, 882 ss.; F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1351 ss.

dalle finalità istituzionali, non essendo invece contestata la possibilità che l'ente universitario potesse acquisire le quote di una società privata o costituirla per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, in attuazione della propria autonomia organizzativa. L'operazione di scissione societaria è stata invece contestata sotto lo specifico punto dello scopo di lucro collegato all'attività di *engineering*, attività che non sarebbe rientrata tra i fini istituzionali dell'Ateneo.

La questione rimessa all'apprezzamento della formazione plenaria del Consiglio di Stato discende dal quadro normativo non univoco creato dal legislatore, che, da una parte, nel 1999 ha previsto la possibilità per le università di costituire società commerciali, facoltà peraltro recepita nella Legge Gelmini e oggetto di uno specifico decreto attuativo²⁷. Tale ultimo intervento normativo è stato però successivo alla prima "codificazione" del disfavore di carattere generale nei confronti della costituzione da parte delle amministrazioni pubbliche di società con scopo di lucro per lo svolgimento di attività che esulino dai propri compiti istituzionali²⁸, come ricordato, intervenuta con la legge finanziaria del 2008.

Lo IUAV, resistente, aveva quindi offerto una propria lettura della questione, ipotizzando che la possibilità di costituire *spin-off* fosse concessa anche in deroga rispetto al quadro normativo generale, così come rappresenterebbe un'eccezione all'incompatibilità stabilita per i professori e i ricercatori universitari rispetto all'esercizio del commercio e dell'industria.

La Plenaria, all'esito di una specifica analisi della disciplina di riferimento, soffermandosi in particolare sull'interpretazione riguardante la possibilità di ricondurre la fattispecie concreta alla tipologia delle società di *spin-off*, ha ritenuto possibile anche per le università, enti privi di fini di lucro, la costituzione di società commerciali, escludendo però che queste ultime possano svolgere attività lucrativa fine a sé stessa. Ha cioè chiarito che il rapporto tra oggetto sociale dell'attività di *spin-off* e *mission* istituzionale degli atenei debba porsi in rapporto di funzionalità del primo rispetto alla realizzazione della seconda.

²⁷ Art. 6, comma 9, legge 30 dicembre 2010, n. 240, attuato con decreto MIUR n. 168/2011.

²⁸ Si fa riferimento, in particolare, all'art. 27, comma 3, legge 24 dicembre 2007, n. 244, modificato dall'art. 18, comma 4-*octies*, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 e, successivamente, dall'art. 71, comma 1, lett. b), legge 18 giugno 2009, n. 69, a norma del quale: "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, 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 partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale e supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza".

Ha quindi ribadito che l'impresa in *spin-off* debba essere costituita da un soggetto giuridico che, in una logica commerciale, si fa carico del completamento dello sviluppo di un prodotto o di un servizio innovativo, concepito all'interno di un'unità di ricerca o di un dipartimento universitario, e della sua successiva commercializzazione²⁹, ma l'attività industriale deve avere alto contenuto tecnologico ed essere connessa allo sfruttamento dei risultati della ricerca, avendo una inequivoca funzionalizzazione al completamento dei risultati della ricerca nella fase dello sviluppo e del successivo sfruttamento su scala industriale, o quantomeno – come affermato in una sorta di *obiter dictum* – a procacciare risorse economiche da destinare alla ricerca e all'insegnamento.

A ben vedere, quindi, si può affermare che l'Adunanza Plenaria non si sia limitata a cristallizzare un divieto, ma abbia piuttosto fornito delle coordinate utili a definire la cornice entro cui l'azione autonoma delle università può trovare svolgimento, anche e soprattutto al fine di reperire fondi e risorse economiche da destinare alle proprie finalità istituzionali.

Da questa interpretazione fornita dal Consiglio di Stato si è però tratta l'idea che dal novero degli *spin-off* accademici debbano essere escluse tutte quelle società costituite dalle università che, benché serventi rispetto agli scopi propri e funzionalizzate, svolgono attività di pura consulenza e di fornitura di servizi³⁰.

Questo tipo d'impostazione, per quanto coerente con gli sviluppi del quadro nazionale ed europeo, seppur partendo dal principio di funzionalizzazione, sposta significativamente il problema nella direzione dell'applicazione del principio di libera concorrenza, ossia di quelle norme che presidiano la necessità di ridurre il più possibile le interferenze fra l'autonomia organizzativa degli enti pubblici e il libero mercato, in definitiva, quindi, con i temi dell'affidamento dei servizi a soggetti costituiti e controllati dagli atenei.

È pur vero che sebbene il contesto normativo inizialmente sembrasse sostenere e favorire l'assunzione di partecipazioni in società *spin-off* da parte delle università, i più recenti approdi normativi – in particolare l'intervenuta abrogazione del d.lgs. n. 297/1999 a opera del d.l. n. 83/2012 – sembrano aver invertito questa rotta, ponendo queste tipologie peculiari di partecipazione sullo stesso piano delle società partecipate di altra natura.

²⁹ Questa è la definizione desumibile dall'art. 3, comma 1, lett. b), n. 1, d.lgs. n. 297/1999, in punto si confronti M. GRANIERI, *La gestione della proprietà intellettuale nella ricerca universitaria. Invenzioni accademiche e trasferimento tecnologico*, Bologna, 2010, spec. 204.

³⁰ Sul punto, si veda M. GRANIERI, *Di università imprenditoriale, società «spin-off» e finalità istituzionali dell'ente*, cit., 1287, che, alla luce della citata giurisprudenza, ha espresso seri dubbi in ordine alla legittimità degli *spin-off* di consulenza o di servizi, tipologia peraltro piuttosto diffusa, in ragione del fatto che “le attività ad alto contenuto di tecnologia presuppongono un risultato della ricerca suscettibile di utilizzazione industriale, eventualmente previa attività di sviluppo della quale spetta alla *spin-off* di farsi carico”.

La stratificazione di interventi legislativi che si sono cumulati nel settore, incardinandosi in un contesto di per sé già confuso, come quello che ha riguardato il Testo Unico delle partecipazioni pubbliche, ma anche il Codice appalti, ha reso di fatto molto difficoltoso per gli atenei inquadrare correttamente quali siano le disposizioni normative che li riguardano, con evidenti ricadute sulla corretta programmazione annuale e triennale delle attività di trasferimento tecnologico.

A confermare l'ipotesi che anche *start up* e *spin-off* universitari possano ricadere nel campo delle norme concernenti in generale le partecipazioni possedute dagli enti pubblici, con una trasposizione geometrica delle regole relative, ci ha pensato anzitutto l'ANAC, che ha ritenuto che anche il socio privato di *spin-off* o *start up* universitari, così come accade ormai per tutte le società miste, debba essere selezionato mediante una procedura a evidenza pubblica³¹, trattandosi di società di capitali con partecipazione di soci privati, come previsto dall'art. 5, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

Secondo l'Autorità, più in particolare, in assenza di un'esplicita esclusione che riguardi la fattispecie d'interesse, la citata norma rinvierebbe integralmente all'art. 7, comma 5, d.lgs. n. 175/2016, ai sensi del quale “nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, la scelta di questi ultimi avviene con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016”.

Quest'interpretazione, invero piuttosto rigida, non sembra però tener conto del fatto che lo stesso istituto delle società miste sia stato ampiamente circoscritto dalla già citata giurisprudenza, che lo ha individuato come “modulo non ordinario di gestione”, delimitazione peraltro confermata dal legislatore del Testo Unico che ne ha vincolato l'oggetto societario all'affidamento di un contratto di appalto o di concessione, per la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica ovvero per l'organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale. Oggetto che, a rigore, non sembra ontologicamente sovrapponibile con il carattere innovativo, le qualità tecnologiche e scientifiche del progetto di sviluppo industriale della ricerca universitaria che sono richiamati dall'art. 3 del Decreto attuativo del MIUR n. 168/2011, che ne disciplina il procedimento di costituzione.

Analoghi problemi di sovrapposizione o sovrapponibilità tra disciplina generale concernente gli enti pubblici, in particolare in materia d'evidenza pubblica, e soggetti riconducibili all'orbita universitaria hanno riguardato le attività svolte dal CINECA, consorzio interuniversitario istituzionalmente privo di

³¹ Con nota pervenuta in data 26 marzo 2018 e acquisita al prot. n. 27059, il Consiglio Nazionale delle Ricerche ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine all'applicabilità della procedura prevista dall'art. 7, comma 5, d.lgs. n. 175/2016 ai fini della costituzione delle società *spin-off* da parte delle università e degli enti di ricerca, questione cui l'ANAC ha risposto con delibera n. 620 del 4 luglio 2018.

scopo di lucro, cui aderiscono sessantanove università italiane, otto Enti nazionali di ricerca, due Policlinici, partecipato inoltre dall'ANVUR e dallo stesso MIUR.

Il consorzio, in particolare, è stato oggetto di due distinte segnalazioni da parte dell'AGCM al MIUR³², con cui l'autorità ha evidenziato lo svolgimento di una attività sostanzialmente imprenditoriale da parte del CINECA, circostanza di per sé incompatibile con l'assenza di scopo di lucro e, soprattutto, ostativa per l'applicazione del regime in deroga concesso alle società *in house*.

In una successiva segnalazione, giunta in risposta a una richiesta di parere da parte del Consiglio di Stato, l'*Antitrust* ha evidenziato il nuovo ingresso nel consorzio di alcune università private – nella fattispecie, Bocconi, Cattolica e IULM – ulteriore circostanza ostativa rispetto alla legittima possibilità di ricevere affidamenti diretti dai consorziati, secondo il modello dell'*in-house providing*.

In un primo frangente, seppur in sede consultiva³³, il Consiglio di Stato – nonostante le perplessità manifestate dall'ANAC³⁴ – ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto dei servizi informatici prestati a favore delle università partecipanti da CINECA, ritenendo il consorzio qualificabile come “strumento organizzativo del MIUR” e, contemporaneamente, legittima la configurazione “frazionata” del *provider*, stante il dettaglio delle norme contenute nell'articolo 12 della Direttiva n. 2014/24/UE, che ne avrebbe giustificato l'immediata applicazione, anche in assenza del recepimento da parte degli Stati membri.

A distanza di pochi mesi, però, lo stesso Consiglio di Stato ha avuto occasione di tornare sull'argomento in sede giurisdizionale³⁵, dovendo decidere sulla legittimità dell'affidamento diretto dei servizi informatici relativi all'attivazione del sistema U-GOV e ESSE3 disposto dall'Università della Calabria a favore di CINECA.

³² Segnalazione del 10 settembre 2010 (AS755) e del 27 agosto 2013 (AS1075).

³³ Cons. Stato, sez. II, parere n. 298/2015, del 30 gennaio 2015.

³⁴ L'Autorità anticorruzione, all'epoca AVCP, si era già espressa in tal senso con il parere n. AS1075 del 27 agosto 2013, reso su quesito del MIUR in data 9 luglio 2013, ritenendo che “la nuova configurazione del consorzio CINECA – avendo incorporato, a seguito della fusione dello scorso luglio, alcuni istituti universitari aventi natura giuridica privata (tra cui, ad esempio, l'Università commerciale Luigi Bocconi e lo I.U.L.M. – risulta (...) ostativo alla sussistenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria e pertanto alla legittimità di un affidamento diretto da parte del MIUR secondo il modello dell'*in house*”.

³⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660. Per un'analisi dettagliata dei contenuti della sentenza e della natura *in house* del Consorzio, si veda L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 787 ss.; G. VELTRI, *In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE*, in *Urb. app.*, 2015, 655 ss.; M. NUNZIATA, *Gli affidamenti al Cineca tra concorrenza e in house providing: ulteriori sviluppi pro-concorrenziali dello scenario universitario*, in *Foro amm.*, 2015, 2133 ss.; A. SAU, *Dubbi e certezze sulla natura in house providing del Cineca*, in *Munus*, n. 2/2015, 465 ss.; A. DONATO, *Affidamenti in house e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del Cineca*, in *Foro amm.*, 2016, 503 ss.

Il Supremo consesso ha quindi ribaltato l'orientamento proposto dalla Sezione seconda, confermando la decisione del Giudice di prime cure³⁶, non rinvenendo in capo al consorzio i requisiti posti dalla giurisprudenza europea per il legittimo affidamento diretto. Segnatamente, laddove il Tar calabrese aveva escluso l'esistenza di controllo analogo, il Giudice d'appello, seppur giungendo alla medesima conclusione, si è soffermato sulla mancanza di partecipazione pubblica totalitaria, in quanto il Consorzio CINECA risultava ormai partecipato da enti universitari ai quali riteneva di non poter accordare natura pubblicistica, nonostante certa giurisprudenza le avesse in passato assimilate a enti pubblici "(...) dando rilevanza agli scopi, alla struttura organizzativa e ai poteri amministrativi ritenuti del tutto analoghi a quelli delle Università statali (così testualmente, ad esempio, Cass. Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5054 riferita alla LUISS)".

Particolarmente significativa per i temi qui d'interesse, però, è l'osservazione del Collegio secondo cui "la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può, infatti, ritenersi fissa ed immutevole", poiché "occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime "amministrativo" previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica (...)". In altri termini, la natura privata riconosciuta (incidentalmente) in capo ad alcune università partecipanti costituirebbe un ostacolo insormontabile rispetto alla valutazione dell'esistenza del "controllo analogo", una volta stabilito che "la nozione di ente pubblico che viene in rilievo ai fini della verifica del requisito del controllo analogo nell'ambito dell'istituto dell'*in house* sia particolarmente rigorosa e restrittiva, dovendosi escludere la possibilità di equiparare all'ente pubblico qualsiasi soggetto che, a prescindere dai poteri, dai fini e dalla struttura organizzativa, operi grazie a capitali privati".

Si tenga in debita considerazione il fatto che, a seguito di tale pronuncia, il legislatore è intervenuto ritenendo di poter superare i punti fermi individuati da quella giurisprudenza³⁷, anticipando sostanzialmente i contenuti con cui avreb-

³⁶ TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 luglio 2014, n. 1186.

³⁷ Art. 9, comma 10 ss., d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito in legge 6 agosto 2015, n. 125, che prevedeva che le norme di cui all'art. 8 d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517, e successive modificazioni si applicassero "anche alle università non statali che gestiscono policlinici universitari attraverso enti dotati di autonomia personalità giuridica di diritto privato, senza scopo di lucro, costituiti e controllati dalla stessa università attraverso la nomina della maggioranza dei componenti dell'organo amministrativo", precisando poi che le disposizioni di cui all'art. 1, comma 377, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, continuano ad applicarsi "anche ove le strutture indicate al presente comma modificano la propria forma giuridica nei termini previsti dall'articolo 8, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 517 del 1999". I commi 11-*bis* e *ter*, prevedevano che il Consorzio interuniversitario CINECA operasse senza scopo di lucro e fosse sottoposto alla vigilanza del MIUR, nonché delle persone giuridiche pubbliche o private che svolgono attività nel settore

be dovuto recepire la già citata Direttiva n. 2014/24/UE, dichiarata non *self-executive* dalla pronuncia n. 2660/2015.

Ciò non di meno, i successivi pareri dell'AGCM³⁸, datati 29 marzo 2017, hanno confermato l'impostazione offerta dal Consiglio di Stato nel 2015, nonostante la sopravvenuta modifica normativa e l'approvazione di nuovi Statuti da parte del CINECA. Ne è sorto un nuovo filone di contenzioso, riguardante l'impugnazione da parte della stessa autorità dei provvedimenti di affidamento diretto dell'Università di Firenze³⁹. Nonostante il parere positivo della Corte dei Conti⁴⁰, che auspicava unicamente la sottoposizione a controllo contabile dei finanziamenti provenienti dal MIUR, il Consiglio di Stato ha però ribadito nuovamente l'illegittimità della qualificazione di CINECA come società *in house* rispetto ai propri consorziati, in quanto la "posizione di supremazia" del MIUR, desumibile "anzitutto (d)all'art. 61 del Regio Decreto 31 agosto 1933, n. 1592, formalmente non abrogato, che attribuisce tuttora al MIUR il potere di approvare lo statuto del Consorzio" e dallo statuto stesso, impedirebbe di ritenere integrato il requisito del controllo analogo in capo all'ateneo fiorentino, circostanza che avrebbe perciò reso superflua la verifica del requisito dell'attività prevalente.

Il Consiglio di Stato, infine, ha avuto ulteriore occasione di pronunciarsi sulla natura dei servizi offerti da CINECA a seguito della controversia instaurata da una società operante nel mercato dei servizi informatici, che si riteneva diretto *competitor* del consorzio, e che chiedeva l'annullamento del decreto che erogava a

dell'istruzione, dell'università e della ricerca, secondo quanto previsto dallo Statuto, circostanze rispetto a cui si specificava "Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e le altre amministrazioni consorziate esercitano, congiuntamente, sul Consorzio interuniversitario CINECA un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, previo adeguamento, ove necessario, dello statuto del Consorzio medesimo". Il comma 11-*quater* chiudeva il quadro dell'affidamento dei servizi informativi strumentali, prevedendo che i soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca potessero svolgere direttamente o per il tramite di enti "anche con personalità giuridica di diritto privato", purché fossero rispettate le condizioni (a) della prevalenza (oltre l'80% dell'attività svolta per conto delle controllanti o delle controllate), (b) dell'assenza di partecipazione diretta di capitali privati, a meno che non comportino potere di controllo o veto, né costituiscano influenza determinante, (c) dell'esistenza del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi in capo alle amministrazioni partecipanti.

³⁸ Il riferimento in particolare va al parere n. AS1382, reso su istanza dell'Università degli Studi di Firenze e aventi a oggetto l'affidamento diretto di servizi informatici al consorzio interuniversitario CINECA, cui hanno fatto poi seguito i pareri nn. AS1383, AS1384 e AS1385, nei confronti dell'Università degli Studi di Foggia, sul medesimo tema.

³⁹ Contenzioso che si è concluso con la pronuncia Cons. Stato, sez. VI, sent. 30 aprile 2018, n. 2583, che ha accolto l'impostazione offerta dall'AGCM, confermando la sentenza favorevole pronunciata da TAR Toscana, 7 dicembre 2017, sent. 1521, su ricorso dell'autorità garante, proposto ai sensi dell'art.21-*bis*, legge n. 287/1990.

⁴⁰ Corte dei Conti, Deliberazione 6 ottobre 2015, n. 7/2015/G, *Attuazione del piano per la dematerializzazione delle procedure amministrative in materia di istruzione, università e ricerca*.

quest'ultimo un contributo per l'anno 2015, quantificato in € 11.000.000,00 per il "supercalcolo" e in € 18.700.000,00 per il funzionamento dei servizi messi a disposizione del MIUR e del sistema universitario, ritenendo che la misura economica erogata a favore di CINECA avesse la natura di aiuto di Stato.

La società concorrente contestava quindi sia la violazione dell'art. 107, par. 1 e 3, TFUE, per inosservanza delle condizioni e dei criteri che consentono di considerare compatibili con il mercato interno le misure pubbliche volte a promuovere progetti di ricerca, sviluppo e innovazione, sia la violazione dell'art. 108 TFUE e del regolamento UE n. 659/1999, che impongono agli Stati membri che intendano erogare aiuti di Stato di notificare preventivamente la misura alla Commissione europea, e di non darvi esecuzione finché la Commissione lo abbia debitamente autorizzato, dichiarandone la compatibilità con il mercato interno (ossia il cosiddetto obbligo di *standstill*)⁴¹.

La valutazione della qualificabilità come aiuti di Stato dei contributi versati al CINECA – che avrebbe dato luogo a un vizio di illegittimità anche solo per l'omessa preventiva notifica alla Commissione – ha portato il giudicante a distinguere i fondi versati per il supercalcolo da quelli per il funzionamento dei servizi messi a disposizione dello stesso MIUR e del sistema universitario.

Con specifico riferimento ai secondi, il giudicante ha ritenuto che si trattasse di servizi tecnologici normalmente offerti sul mercato e, in quanto tali, acquisibili tramite procedura di evidenza pubblica. Ha escluso in radice, invece, quanto sostenuto dalla difesa del CINECA, che riteneva si trattasse di esercizio di pubblici poteri, ritenendo invece d'esser di fronte a semplici attività strumentali all'esercizio di tali poteri. Esclusa la possibilità di qualificare il consorzio, all'epoca dei fatti, quale società *in house*, ha giudicato irrilevante tale qualificazione, poiché comunque non esimente rispetto all'applicazione delle disposizioni in materia di aiuti di Stato, trattandosi, nel caso dei servizi informatici, di prestazioni iscritte in un mercato ove esiste, o potrebbe esistere, una situazione di concorrenza⁴².

Il Consiglio di Stato è invece giunto all'opposta conclusione in relazione al contributo per il supercalcolo, servizio rispetto a cui ha escluso la sussistenza di un'attività economica in capo al consorzio, ricordando che la normativa sugli

⁴¹ Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2018, n. 6009, che ha confermato quanto già deciso da TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 27 febbraio 2017, n. 2922. Per un'ampia contestualizzazione della materia, nonché per l'inquadramento della stessa pronuncia, sia rinvia a R. CARANTA, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2019, 72 ss.

⁴² Secondo il giudicante, nello specifico, occorre "scongiurare i potenziali effetti distorsivi della concorrenza connessi all'operare di società a partecipazione pubblica che possano godere di una posizione di mercato privilegiata, in quanto si avvantaggiano di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. In una tale situazione, gli ulteriori contratti stipulati permettono la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione".

aiuti di Stato non impedisce agli Stati membri di finanziare la ricerca di base compensando “fallimenti del mercato” dipendenti dalla non immediata remuneratività delle attività di ricerca, sviluppo e innovazione, richiamando altresì la Comunicazione della Commissione europea sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione⁴³.

È piuttosto evidente come questi orientamenti acuiscono i dubbi che si sono già sollevati in ordine all’equiparazione del regime di scelta del *partner* degli *spin-off*, ciò soprattutto in relazione agli orientamenti che hanno sostenuto la necessità di ripensare la qualificazione della natura giuridica di determinate realtà soggettive e, ancora, gli approdi riguardanti il supercalcolo, attività rispetto a cui il Consiglio di Stato è giunto a invocare i principi europei che garantiscono la possibilità di elargizioni a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, derogando all’ordinaria disciplina in materia di aiuti di Stato.

Non è cioè chiaro come il richiamo operato dall’ANAC alla disciplina delle società miste, per quanto possa sembrare coerente con il quadro del Testo Unico, possa essere coordinato con la necessità di salvaguardare i profili di specialità che riguardano le istituzioni universitarie e la ricerca scientifica, tenendo comunque presente che proprio quest’ultima, per quanto si possa essere avvicinata al mondo imprenditoriale – su espresso invito del legislatore – rimane, per definizione, attività non immediatamente remunerativa. Ciò, a maggior ragione, dal momento in cui gli atenei hanno in larga parte avviato e anche compiuto la razionalizzazione delle proprie partecipazioni, motivo per il quale eventuali controversie si potranno porre in massima parte in relazione alla costituzione di nuove entità riconducibili agli *spin-off* o alle *start up*, con quel che ne potrebbe conseguire sul piano dell’appetibilità dei progetti, nella fase di ricerca dei *partner* industriali.

Restano poi aperte alcune considerazioni in ordine all’ampiezza dell’autonomia negoziale di cui godono le università per operare avvalendosi della gamma degli strumenti e delle forme offerte dal diritto privato.

Va da sé che gli stretti ranghi individuati dalla giurisprudenza – che ha dimostrato di interpretare in modo rigoroso, spesso più di quanto non abbia fatto il legislatore, tanto i vincoli che discendono dal diritto europeo, quanto quelli derivanti dalle discipline generali attuative – pongono gli atenei di fronte a scelte organizzativo-imprenditoriali tutt’altro che ampie, influenzando sugli sforzi diretti al procacciamento di risorse economiche da destinare alla ricerca e all’insegna-

⁴³ Comunicazione della Commissione, Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, n. 2014/C 198/01, ove si afferma che “gli aiuti per la costruzione e l’ammodernamento di infrastrutture di ricerca possono risultare compatibili con il mercato interno, in quanto per aprire nuovi orizzonti alla ricerca è sempre più necessario disporre di infrastrutture di ricerca di alta qualità, che attraggono ricercatori di talento da tutto il mondo e sono indispensabili per le nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione e per le principali tecnologie abilitanti”.

mento, ampliando i sempre più stringenti limiti del fondo di finanziamento ordinario.

Il rischio, a fronte delle incertezze che si sono finora registrate, è che le necessità di inseguire una crescente autonomia, nelle more dell'attuazione dell'impianto autonomistico "congelato" della riforma Gelmini, porti gli atenei a percorrere strade finora poco battute, i cui approdi, però, sarebbero difficilmente reversibili.

Il riferimento, in particolare, va alle disposizioni inserite nell'art. 16 della legge Finanziaria del 2008⁴⁴, ove il legislatore, con l'auspicata finalità di conseguire una maggiore integrazione nei rapporti con il tessuto economico-sociale di riferimento, nell'ottica di assicurare una più proficua competizione a livello nazionale e internazionale tramite il ricorso alle più flessibili regole del diritto privato nell'espletamento delle proprie funzioni tipiche, ha previsto che le università, pubbliche e private, possano deliberare la propria trasformazione in fondazioni di diritto privato.

La procedura di trasformazione richiede una delibera del Senato Accademico, da adottare a maggioranza assoluta, poi approvata con decreto del MIUR, di concerto con il Ministero dell'Economia e Finanze, all'esito della quale gli atenei possono iscrivere nel fondo di dotazione iniziale i beni pubblici, mobili, immobili (nel caso, mediante decreto di trasferimento dell'Agenzia del demanio), materiali e immateriali già di proprietà dell'università, subentrando altresì "in tutti i rapporti attivi e passivi e nella titolarità del patrimonio dell'università".

Il legislatore del 2008 ha stabilito che le università costituite in fondazioni, pur potendo godere di una più completa autonomia finanziaria, gestionale, didattica e scientifica, assumano la natura giuridica di "enti non commerciali", chiamate a perseguire i propri scopi secondo le modalità loro consentite, operando "nel rispetto dei principi di economicità della gestione", senza alcuna possibilità di distribuzione di utili, proventi o rendite i quali, ove derivanti dallo svolgimento dell'attività svolta, avrebbero dovuto essere reimpiegati nell'espletamento delle funzioni e dei fini istituzionali dell'ente.

⁴⁴D.l. n. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133. Per una ricostruzione dettagliata del fenomeno in questione, nonché per un inquadramento nel più generale ambito delle trasformazioni degli enti pubblici, si rinvia a: F. OBERDAN, *Le università scelgono se diventare fondazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 36 ss.; e S. POLIDORI, *La trasformazione delle università in fondazioni del d.l. n. 112 del 2008*, in *Le Corti pugliesi*, 2008, 557 ss.; S. MAINARDI, *La trasformazione delle Università in Fondazioni. Profili di diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2008, 116 ss.; A. MARRA, *Trasformare le università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del d.l. 112/2008*, in *Il diritto dell'economia*, 3/4, 2009, p 645-676; P. POZZANI, *Caratteri e disciplina della (possibile) trasformazione delle Università in Fondazioni*, in F. ROVERSI-MONACO (a cura di), *Università e riforme, L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, Bologna, 2011, 187 ss.; ID., *Ancora sulla trasformazione delle università in Fondazioni. Procedure e regime amministrativo dei soggetti trasformati*, in *www.giustamm.it*, 7/2012.

Fermo restando il sistema di finanziamento pubblico, benché l'entità dei finanziamenti privati di ciascuna fondazione costituirebbe rilevante elemento di valutazione a fini perequativi, è stato altresì stabilito che le fondazioni siano sottoposte al controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei Conti, che dovrebbe anche riferire annualmente al Parlamento. Tale controllo, peraltro, non esaurisce le forme penetranti di vigilanza statale che sono state previste, poiché, oltre alla rappresentanza del MIUR e del MEF che devono essere garantite nel collegio sindacale, possono spingersi fino all'ipotesi di commissariamento della fondazione, qualora il Ministro dovesse riscontrare gravi violazioni di legge relative alla corretta gestione da parte degli organi di amministrazione o di rappresentanza.

L'asciutta disciplina predisposta nella Finanziaria 2008, quindi, piuttosto che legittimare una via d'uscita dal diritto pubblico sembra confermare la volontà del legislatore dei primi anni Duemila di restringere l'autonomia dei soggetti che deriverebbero dalla trasformazione, sottoposti a forme di controllo e vigilanza cui nemmeno le università pubbliche soggiacciono⁴⁵. Impostazione peraltro pienamente confermata dalla norma di chiusura con cui è stato disposto un rinvio "esterno" a tutte le disposizioni vigenti per le università statali, in quanto compatibili sia con l'art. 16, sia con la natura privatistica delle fondazioni medesime, disposizione che fonda quindi l'ipotesi della necessità di una interpretazione "pubblicisticamente orientata" delle norme civilistiche in materia di fondazioni⁴⁶.

Il rischio che si vuole quindi rappresentare è che la laconicità ed evanescenza delle disposizioni in discussione, che hanno finora reso poco appetibile l'architettura pensata dal legislatore del 2008⁴⁷, possano trasformarsi in un nuovo veicolo –

⁴⁵ Sul punto si confrontino, in particolare, F. OBERDAN, *Le Università scelgono se diventare fondazioni*, cit., 38-40; e S. POLIDORI, *La trasformazione delle università in fondazioni*, cit., 560-565.

⁴⁶ Come efficacemente rappresentato da A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. amm.*, 2005, 473 ss., "la riconsegna dello schema fondazionale al mondo della complessità impone di ricercare le possibili costanti disciplinari, e dunque, i nuovi «modelli», non già all'interno del «tipo» fondazione, ma nelle realtà ad esso sottostanti. La considerazione che dietro la maschera fondazionale possano celarsi interessi fortemente diversificati (d'impresa; pubblici; associativi) spinge infatti a risolvere in senso atomistico la disciplina delle fondazioni, anche di quelle «di diritto amministrativo», che quindi dovrebbero avere statuti giuridici differenziati, e dar vita a corrispondenti modelli disciplinari, a seconda che in esse si esprimano un ordinamento giuridico privato (come nel caso delle ex-IPAB e di almeno alcune fondazioni bancarie), ovvero un interesse che è affidato alla cura del fondatore-pubblica amministrazione (si vedano, per tutte, le fondazioni universitarie), ovvero ancora un fenomeno che, quale che ne sia la base e la natura intrinseca, opera su scala così ampia da sollecitare comunque l'interesse delle comunità politiche e degli enti che ne sono espressione (si veda il caso, sotto molti aspetti unico e non accomunabile ad altri, delle fondazioni «bancarie»)».

⁴⁷ Un unico tentativo di dare attuazione a quanto previsto dall'art. 16 legge n. 112/2008 si è registrato in Toscana, ove nel 2009 è stata avanzata una proposta di protocollo di intesa tra la Re-

o una nuova “*no man's land*”, per usare un'espressione cui si è già fatto riferimento – per un tentativo d'evasione dall'*impasse* creato dalla riforma Gelmini, che ha lasciato sospesa l'attuazione dell'impianto autonomistico che aveva progettato, bloccando sostanzialmente la capacità di autodeterminazione delle università pubbliche⁴⁸.

Ferme restando le osservazioni svolte in ordine alle forme di controllo (soprattutto contabile-finanziario) cui sottostanno le fondazioni *ex art.* 16 legge 112/2008, che sono anche state dichiarata *ope legis* la natura d'ente pubblico, alcuni dubbi permangono in ordine all'essenza del modello⁴⁹ cui le stesse sarebbero riconducibili, al pari delle fondazioni universitarie di partecipazione introdotte nel 2001, che pare essere quello delle “fondazioni autorizzate o a costituzione facoltativa a disciplina speciale”⁵⁰.

gione Toscana e gli atenei di Firenze, Siena e Pisa, basato sulla trasformazione delle tre università in fondazioni, con conseguente ingresso dell'ente territoriale nell'amministrazione di vertice. Tale progetto, formalizzato nella delibera 19 ottobre 2009, n. 919, del 28 ottobre 2009, prevedeva che fossero introdotti meccanismi di *governance* basati sulla separazione tra l'attività di programmazione didattica e di ricerca e la gestione amministrativa, economico-finanziaria, che assicurino il costante equilibrio di bilancio, permettendo alla Regione di assumere un ruolo importante sulle scelte programmatiche dell'università oltre che sulla correttezza della gestione finanziaria. Il protocollo di intesa non ha alla fine visto la luce, restando solo formalizzato in forma di schema, nel bollettino ufficiale della Regione Toscana n. 43 del 2009.

⁴⁸Sul punto, si confronti F. MERLONI, *La riforma dell'Università – La nuova governance*, cit., spec. 356, il quale ritiene confermato il carattere “se non punitivo, almeno tutorio della imposizione del nuovo assetto degli organi” scelto dalla riforma Gelmini. In particolare, aggiunge l'Autore: “Visto che gli statuti non hanno prodotto i risultati attesi, con legge lo Stato impone a tutti una stretta veste uguale per tutti. Per le università “virtuose” è consentita la fuoriuscita dall'uniformità. In tal modo, però, si ammette che è proprio la possibile differenziazione delle soluzioni organizzative a costituire il fondamento e lo scopo dell'autonomia universitaria e che attraverso la ricerca di propri e diversificati modelli organizzativi si possono conseguire quei risultati di eccellenza”.

⁴⁹Per un'analisi critica del processo di trasformazione degli enti pubblici in fondazioni, riassuntivamente, senza pretese di completezza, si vedano: F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss.; ID., *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000, *passim*.

M. IMMORDINO, *Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato*, in *Nuove aut.*, 2005, 913; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa, Atti del Convegno di Palermo*, 13 maggio 2005, Torino, 2006, 66 ss.; M. OCCHIENA, *Le fondazioni Irccs, soggetti pubblici tra «merit system» e mecenatismo privato*, in *Foro it.*, 2007, 2354 ss.; G. PALMA, P. FORTE (a cura di), *Fondazioni: tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, 2008.

⁵⁰Così P. POZZANI, *Caratteri e disciplina della (possibile) trasformazione delle Università in Fondazioni*, cit., 207, che rammenta invece l'esistenza di modelli di trasformazione in fondazione a costituzione obbligatoria o perfino coattiva *ope legis*, ai quali sembra applicarsi per lo più la disciplina speciale pubblicistica e solo in via integrativa anche quella del codice civile. Al riguardo, si confrontino le riflessioni di C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, I/2001, 464; e V. GIOMMI, *Stabilità economica e privatizzazioni. Profili giuridici*, Torino, 2006, 318 ss.

Alla luce di una disciplina che ha aperto nella direzione di una – seppur controllata – privatizzazione⁵¹, restano però da chiarire i contorni del regime delle fondazioni immaginate dal legislatore del 2008 e come la relativa disciplina possa coordinarsi con il più ampio contesto nazionale ed europeo, laddove i più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa sembrano suggerire la necessità di contenere il più possibile il *quantum* di disciplina speciale pubblicistica, non senza qualche arresto inatteso⁵².

Non si può inoltre non considerare l'esistenza parallela di una precedente e diversa figura normativa di fondazione universitaria che, pur non essendo perfettamente sovrapponibile, sembra presumibilmente riconducibile all'identica *ratio*, ossia la necessità di sollecitare la partecipazione finanziaria di altri soggetti, pubblici o privati, che possano sopperire alla contrazione del finanziamento pubblico.

Si aggiunga, infine, che la competizione fra università pubbliche e private rischia oggi di essere inquinata dai più recenti approdi cui è giunta la giurisprudenza, che sta aprendo alle istanze di differenziazione provenienti dalle libere università, trovando anche un certo seguito nelle intenzioni dell'esecutivo, come si avrà cura di evidenziare nel prosieguo.

⁵¹ Ancor più cauto A. MARRA, *Trasformare le università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del d.l. 112/2008*, cit., *passim*, ma spec. 663, che, in un quadro precedente la riforma Gelmini, rilevava come la trasformazione in realtà si risolvesse “in un'operazione puramente nominalistica inidonea a mutare la sostanza pubblicistica dell'ente trasformato”.

⁵² Il riferimento, in particolare, va alla recentissima sentenza del Tar Lombardia, 8 giugno 2020, n. 1006, con la quale il Tribunale Amministrativo, seppur pronunciandosi in ambito non del tutto sovrapponibile a quello della ricerca universitaria, ha escluso che l'accordo stipulato tra la Fondazione Policlinico San Matteo e la Diasorin S.p.A., avente per oggetto una “proposta di collaborazione (...) per la valutazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2” potesse essere ricondotto alla figura degli accordi di collaborazione scientifica tra le Fondazioni I.R.C.C.S. con soggetti privati, finalizzati a trasferire i risultati della ricerca in ambito industriale, di cui all'art. 8, comma 5, d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288. Partendo dalla natura di ente pubblico delle Fondazioni, nonché da una lettura rigorosa della disciplina predisposta dal legislatore nel 2003, iscritta in un momento storico in cui ricorso al modello gestorio della società miste era ampiamente favorito e non ancora puntualmente delimitato, il TAR ha desunto che la Fondazione resistente non avesse libera disponibilità del patrimonio umano, materiale e immateriale messo a disposizione dell'operatore privato (personale, dipendente e non, laboratori, *know how*). Ritenendo che l'intenzione dei contraenti fosse quella di dar vita a un rapporto negoziale diretto a consentire non la produzione su scala industriale di un risultato scientifico conseguito nell'ambito dell'attività di ricerca del Policlinico, ma piuttosto la creazione di prodotti e invenzioni nuovi la cui titolarità e commercializzazione resterà riservata all'operatore economico privato, ha quindi affermato la fondatezza delle censure sollevate dal competitor di Diasorin, Technogenetics s.r.l. Il TAR ha infatti concluso affermando che “il contratto è stato affidato in violazione dei principi interni e comunitari, a mente dei quali i rapporti di cui si tratta, ancorché attivi per l'amministrazione, devono essere affidati sulla base di una procedura coerente con i principi di trasparenza, proporzionalità, pubblicità, imparzialità, parità di trattamento che sostanziano il proprium delle procedure ad evidenza pubblica; principi del tutto disattesi nel caso di specie, con acquisizione di un indebito vantaggio competitivo, con conseguente disparità di trattamento e alterazione della concorrenza”.

3. Libere università, scopo di lucro e trasformazione in società di capitali

La sovrapposizione che ha caratterizzato con una certa continuità la disciplina e i modelli organizzativi che vincolavano università statali e non ha fatto sì che i limiti normativi e gestionali scontati dalla realtà pubblica si riflettessero in larga parte anche sulla autonomia delle libere università. Queste ultime, infatti, per lungo tempo sono state qualificate come enti pubblici⁵³, poiché non si ritenevano rintracciabili significativi elementi di differenziazione, ovvero, laddove tali differenze erano rintracciabili, le stesse sono state considerate non rilevanti ai fini di una diversa qualificazione della natura giuridica degli atenei privati.

Il progressivo favore dimostrato dal legislatore rispetto alla possibilità che anche nell'ambito del servizio di istruzione superiore si potesse far ricorso a strumenti organizzativi di diritto privato ha però dato progressivamente agio alle aspirazioni delle libere università, ulteriormente rafforzate dall'ingresso nel sistema delle università telematiche, naturalmente più proiettate verso le logiche d'impresa.

Se sembra chiaro che attraverso le aperture del legislatore che hanno riguardato *spin-off* e fondazioni universitarie non si sia concretizzata una vera e propria "privatizzazione" del sistema universitario, una spinta più decisa pare esser giunta invece con il favore della giurisprudenza amministrativa che, dopo anni d'incertezze, ha recentemente deciso di porre in seria discussione la possibilità di qualificare gli Istituti liberi di istruzione superiore come enti pubblici non economici⁵⁴, appianando le questioni sorte in ordine ai profili di assimilazione tra atenei statali e non, in precedenza valorizzati per affermare appunto la natura comunque pubblicistica delle libere università.

D'altronde, l'esistenza di indici rivelatori del carattere pubblico delle attività svolte dalle libere Università legalmente riconosciute, come già ricordato, è in qualche modo inscritta nella legge n. 240/2010, che equipara gli scopi istituzionali delle Università pubbliche e private, sebbene sia stata anche messa in discussione, talvolta per escluderne la natura di organismo di diritto pubblico⁵⁵ –

⁵³ Si confronti, *ex multis*, Cass., SS.UU., n. 5759/1998, ove si affermava: "la natura dell'Università cattolica del Sacro Cuore è stata da tempo (SS.UU. 16 febbraio 1977, n. 691) individuata in quella propria di un ente pubblico non economico [...] con scopi, struttura organizzativa e poteri amministrativi del tutto analoghi a quelli delle università statali. (...). La principale differenza tra le università "libere" e quelle statali si coglie sotto l'aspetto finanziario, (...), ma per il resto esiste una larga coincidenza di natura e di disciplina nel senso suindicato".

⁵⁴ Tesi invece strenuamente difesa in una serie di pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 5054/2004, ma prima ancora, n. 180/2001), come precedentemente ritenuto anche dallo stesso Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III, 16 febbraio 2010, n. 841 e 20 ottobre 2012, n. 5522) e confermato dalla più recente pronuncia SS.UU., 30 giugno 2014, n. 14742.

⁵⁵ Sul tema della inapplicabilità del Codice dei Contratti Pubblici alla Fondazione Universitaria che non abbia natura di organismo di diritto pubblico, si confronti la recente pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 24 novembre 2017, n. 11733.

e quindi restringere la portata applicativa del diritto europeo in tema di procedure d'affidamento – talaltre, come si è visto con riferimento alle controversie relative al Consorzio CINECA, viceversa, per affermare l'applicazione dei regimi pro-concorrenziali, sempre di matrice europea.

Preso atto di tali aperture, che hanno rimesso in discussione l'orientamento precedente che qualificava le libere università come enti pubblici non economici, per quel che qui specificamente interessa rappresentare, a tale percorso di riconfigurazione della natura degli atenei non statali ha fatto immediatamente seguito l'ipotesi che gli atenei privati potessero assumere la veste di società di capitali, posto che non sarebbe più di ostacolo lo scopo lucrativo tipico del regime societario, una volta esclusa in radice la necessità di verificare l'esistenza di qualsiasi nesso di funzionalizzazione.

Sebbene, come già sottolineato, non ci sia finora stata una perfetta linearità fra i fattori posti in campo dalla giurisprudenza, lo stesso MIUR, sul finire del 2018 – forse considerando anche le specifiche esigenze degli atenei privati, in particolare quelle delle università telematiche, che ambiscono a costituirsi con forme giuridiche più consone ai propri scopi (anche) lucrativi – ha ritenuto necessario investire il Consiglio di Stato di una richiesta di parere concernente proprio la possibilità che le libere università possano acquisire la forma di società di capitali, alla luce dell'attuale quadro normativo, nazionale e comunitario⁵⁶.

In una nota interlocutoria successiva, lo stesso Ministero ha peraltro chiarito di considerare non incompatibili la natura societaria e le finalità pubblicistiche di cui sono investite le università non statali, “anche in considerazione dell'espressa congiunzione tra tali due finalità che emerge nell'istituto dell'impresa sociale, disciplinata dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112”, considerato che le università riconosciute “già rispondono a logiche di mercato nell'offerta di servizi formativi, pertanto la loro eventuale configurazione societaria non inciderebbe in modo visibile sul segmento di economia sociale di mercato costituito dall'attività di ricerca e di formazione superiore, stante la suddetta vigilanza del Miur (...)”.

Preso atto dell'esistenza di un vuoto normativo sulla specifica questione, dopo aver approfonditamente ricostruito il quadro giuridico di riferimento, la Sezione interpellata ha risposto affermativamente al quesito, ammettendo la possibilità che le università non statali possano acquisire la forma di società di capitali, ritenendo invece non ammissibile la seconda domanda contenuta nella richiesta di parere, in ordine alle eventuali limitazioni alle quali dovrebbero essere sottoposte le università che dovessero assumere tale veste.

Il Supremo consesso della giustizia amministrativa ha quindi dovuto chiarire che non gli possa essere attribuito il compito di “forgiare in positivo” uno

⁵⁶Nota prot. n. 0005652.

statuto speciale di società di capitali, caratterizzato da particolari limitazioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla legislazione vigente, al libro V c.c. Ciò non di meno, ha posto in evidenza la necessità che il legislatore provveda alla specificazione delle limitazioni e caratterizzazioni che discendono dalla disciplina di settore, ritenendo che non sia da sottovalutare il rischio che, in mancanza di un'apposita disciplina normativa di adattamento, le nuove Università private società di capitali possano incontrare problemi applicativi nella prassi operativa, con chiaro riferimento alla possibilità di sovrapposizione con la disciplina dei soggetti atipici del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica.

Alla luce di queste considerazioni, nel corso dell'ultima legislatura, nella procedura di conversione del decreto legge "Semplificazione" 2019 è stato proposto un emendamento sul tema, poi non approvato, ma ripresentato in relazione al disegno di legge n. 1074 (semplificazione fiscale), passato in discussione alla Camera, riformulato a opera della maggioranza.

Con il cambio di Governo e la soppressione del MIUR, scisso nei due dicasteri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca a opera del d.l. 9 gennaio 2020, n. 1, la proposta è stata abortita, non confluendo nel "decreto Crescita".

Ciò che deve notarsi, tuttavia, è che fra gli argomenti spesi dai proponenti a favore dell'ipotesi in esame, al primo posto è stata evidenziata la possibilità che la stessa produca impatti positivi in termini di gettito fiscale, essendo idonea a favorire l'attrazione di capitali, anche internazionali, nel settore dell'istruzione, ma soprattutto, in ragione del fatto che le università trasformate in società di capitali verserebbero maggiori imposte rispetto al gettito attuale, che vede il contributo IRES ridotto al 50%, rientrando le università nella platea degli Enti Non Commerciali che usufruiscono della riduzione delle aliquote IRES e IRAP.

Non si può mancare poi di osservare che, se è vero che una eventuale configurazione societaria delle Università non statali, permanendo il perseguimento del pubblico interesse, non possa dirsi di per sé incompatibile con gli obiettivi qualitativi di interesse pubblico – come sembra confermato dagli sviluppi più recenti registrati nella giurisprudenza – d'altro canto resta da chiedersi quale impatto potrebbe produrre sul sistema universitario una tale apertura, soprattutto laddove la stessa non dovesse essere sorretta da adeguati correttivi che vadano oltre l'attuale sistema di requisiti e controlli che si relazionano al rilascio di titoli di studio e alla loro inclusione nel sistema di accreditamento in tutte le sue declinazioni.

Se è vero che una svolta di tal genere non dovrebbe aver impatto sulle finanze pubbliche, anzi importando nuovo gettito fiscale e favorendo l'attrazione di capitali, anche internazionali, nel settore dell'istruzione, preoccupante è invece la conferma del fatto che l'evoluzione del sistema universitario sia dettata in lar-

ga parte dalla necessità di riequilibrare entrate e uscite dal bilancio dello Stato, prospettando l'ennesima evoluzione strumentale e di adeguamento alle contingenze, piuttosto che nell'ottica di un approccio metodologico volto alla autonomizzazione degli atenei e alla valorizzazione anche imprenditoriale della ricerca scientifica⁵⁷.

Si tratterebbe ancora una volta di un approccio atomistico e particellare che, come già in passato, non prendendo in considerazione tutte le componenti del sistema, non farebbe altro che aumentarne la frammentarietà e la confusione, lasciando spazio, ancora una volta, alla necessità di risolvere eventuali controverse in sede giurisdizionale, sebbene il Consiglio di Stato abbia già chiarito di preferire non farsi carico di tale incombenza.

4. *Coordinate attuali e scenari futuri*

Il quadro rappresentato restituisce l'immagine di un sistema attanagliato da tensioni contrapposte, diviso non solo fra diritto pubblico e diritto privato, ma prima ancora fra le aspirazioni di autonomizzazione e differenziazione provenienti dai suoi attori principali, ossia le università, e una normativa che non riesce a disancorarsi del tutto dai propri peccati originari.

Pare quindi fondato il timore che, in un contesto ormai caratterizzato da una frammentazione da "deflagrazione", tutt'altro che controllata, si palesi il rischio della perdita di un baricentro funzionale, in virtù del quale individuare compiti e funzioni, stabilire forme di collaborazione proficua tra pubblico e privato, ma, soprattutto, disegnare e gestire un progetto di sviluppo organico e armonico, ma non uniformante⁵⁸.

Sfumata l'originaria omogeneizzazione dei modelli che riguardano i soggetti che orbitano attorno alla *mission* universitaria, svolgendo funzioni integrative, strumentali, collaterali, l'innesto nel sistema di nuove università *for profit* potrebbe costituire un elemento di completamento di un apparato sempre più competitivo, aperto e fondato sul principio di sussidiarietà.

Allo stesso tempo, però, un ingresso non ben definito di attori aventi scopo di lucro potrebbe trasformarsi in un elemento distorsivo dell'interesse generale, innescando anzitutto una "corsa" scomposta alla ricerca di nuove forme di flessibilità finora inesplorate.

Rispetto alle realtà delle università private, si tratterà di capire in che termini queste ultime, allorquando decidano di operare assumendo non solo la veste,

⁵⁷ Queste le conclusioni a cui peraltro è già addivenuto G. CAPANO, *La politica universitaria*, Bologna, 1998, 239 ss.

⁵⁸ Sul punto si confronti la posizione di F. GIGLIONI, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit., 84 ss.

ma anche gli scopi propri della società di capitali, possano formare un mercato concorrenziale, il che potrebbe di per sé escluderli dalla possibilità di accedere a fondi pubblici.

Sul fronte delle università statali, d'altro canto, se è vero che possa ormai considerarsi pacifico che anche soggetti diversi dalle società – fra cui, appunto, fondazioni e associazioni – possano svolgere attività d'impresa e commerciale, perseguendo il cosiddetto “lucro oggettivo”, che non dà cioè luogo a ripartizione dell'utile di bilancio ai soci (lucro soggettivo), non si può nascondere il fatto che lo spostamento della competizione nella direzione della concorrenza imprenditoriale possa penalizzare anzitutto quelle realtà pubbliche che non hanno fonti di sostentamento ulteriori rispetto alla redistribuzione dei finanziamenti pubblici e alle tasse universitarie. Qualora ciò dovesse avvenire all'interno di nuovi mercati concorrenziali, sarebbe complicato, rispetto agli obblighi di diritto europeo già evidenziati, un intervento finanziario riequilibratore che sfugga alle regole che riguardano gli aiuti di Stato, a favore di realtà pubbliche o private che siano.

Sullo sfondo restano quindi due macro questioni.

La prima riguarda il rapporto tra la definizione di quale sia l'interesse generale prevalente e, conseguentemente, l'individuazione degli strumenti più idonei per il suo perseguimento, cui si collega l'ulteriore problema di capire se l'ingresso nel sistema di soggetti che agiscono con scopo di lucro possa danneggiare o meno il conseguimento degli scopi che l'ordinamento ha fissato.

Vengono poi alla luce tutti gli interrogativi che riguardano la possibilità che l'attuazione di una siffatta autonomia possa comportare – più o meno legittimamente, o più o meno in modo accettabile – il rischio di una diminuzione delle garanzie collegate al diritto allo studio e al libero accesso all'istruzione superiore e alla ricerca.

In tutto ciò, tramontata l'idea di un sistema universitario integralmente assoggettato alle norme pubblicistiche, laddove le fonti normative non offrono riscontri univoci e adeguati all'evoluzione della realtà, la dialettica tra valori costituzionalmente protetti e principi europei suscettibili di differenti interpretazioni, tra attività di ricerca e attività imprenditoriale che potrebbero essere assoggettate a diverse modalità di disciplina, rischia di trovare risposte immediate e concrete solo nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza, che non può sottrarsi alle sollecitazioni provenienti da chi opera nel sistema (che diventerà forse mercato) dell'istruzione superiore.

Qualora il silenzio assordante del legislatore dovesse perdurare, si dovrà perciò capire fino a che punto la volontà di autonomizzazione degli atenei possa essere accelerata o, al contrario, frenata dalle *autorities* (in particolare AGCM e ANAC), nonché ovviamente dalla giurisprudenza, cui non solo le università sembra sembrano guardare come a un faro che può fornire nuove certezze, ma anche lo stesso MIUR.

A quest'ultimo già una volta il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha dovuto chiarire quali sono (o dovrebbero essere) i margini del proprio ruolo, presa di posizione che porta a chiedersi fino a che punto tale *self restrain* possa essere messo a confronto con i doveri decisorî propri della sede giurisdizionale.

LA GIURISPRUDENZA SUI LIMITI DELLA CONTRIBUZIONE STUDENTESCA

Alessandro Squazzoni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La normativa sui limiti alla contribuzione. – 3. I precedenti ante 2010. – 4. La giurisprudenza del TAR Lombardia e del Consiglio di Stato. – 5. Il tema del confronto di costituzionalità. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

In un volume collettaneo dedicato agli itinerari della giurisprudenza amministrativa a dieci anni dalla riforma Gelmini, un'indagine che presti attenzione al tema dei c.d. contributi studenteschi potrebbe apparire un fuor d'opera.

Com'è noto, la legge n. 240/2010 non ha affrontato la disciplina della materia delle tasse universitarie, ritenendosi più in generale esonerata – in contrasto con la sua dichiarata vocazione riformatrice – dal rivedere radicalmente la componente finanziaria dell'ordinamento universitario¹. Il materiale normativo con cui la giurisprudenza ancora oggi lavora è pertanto costituito molto spesso da disposizioni ben meno recenti, e comunque scollegate dal disegno riformatore del 2010.

D'altro canto, dalla piana lettura delle motivazioni che i giudici amministrativi hanno elaborato in questo decennio nel contenzioso in materia di tasse universitarie non sembra emergere alcuna esplicita influenza della riforma Gelmini sull'atteggiamento di fondo con cui i giudicanti approcciano queste vicende. Si potrebbe aggiungere che gli aspetti giuridici di più percepibile interesse innescati dall'esame di questo contenzioso nemmeno sono propri e specifici del diritto dell'ordinamento universitario. Come si avrà modo di ribadire presto, infatti, l'attenzione dell'interprete che legga queste sentenze è ben più immediatamente attirata da alcuni singolari profili relativi alle tecniche processuali di tutela, quando non addirittura da interessanti esercizi sul problema dell'accesso al sindacato di costituzionalità di alcune fondamentali disposizioni che ancora governano la materia dei

¹ Su questo aspetto critico della legge n. 240/2010, cfr. per tutti, A. BRANCASI, in AA.VV., *La riforma dell'Università. Legge 30 dicembre 2010, n. 240, La finanza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 371 ss.

contributi universitari. Infine, a dirla tutta, la giurisprudenza che si passerà in rassegna nemmeno può dirsi dotata di quella carica di “nuovismo” che ammantava talune decisioni rese dal giudice amministrativo in occasione di altre vicende che hanno visto recentemente protagonista il mondo delle università², sicché ancor meno giustificato sembrerebbe l’interesse che qui le si vuol dedicare.

Cionondimeno, la rapida esposizione che ci si accinge ad effettuare in questa sede di alcuni precedenti giurisprudenziali in tema di contribuzione studentesca, pur rimanendo consapevolmente allo stadio di un esame “di superficie”, forse non è del tutto estranea all’obbiettivo del volume che la ospita.

In primo luogo perché le vicende che approdano al giudice amministrativo, con tutte le loro tensioni, quantomeno dimostrano che la carenza di un’organica rivisitazione della disciplina del sistema di finanziamento delle università nel contesto della riforma Gelmini assume davvero i tratti di un appuntamento “colpevolmente” mancato.

Di poi perché non è detto che per alcuni aspetti l’atteggiamento della giurisprudenza non finisca – anche solo inconsapevolmente – per risentire di alcune linee di fondo che hanno tracciato lo spirito di cambiamento che da qualche decennio a questa parte ha investito l’università italiana³.

2. La normativa sui limiti alla contribuzione

Benché il contenzioso amministrativo in materia di tasse universitarie non sia del tutto esaurito dalle problematiche relative all’applicazione della disciplina dei “limiti della contribuzione studentesca”⁴ dettata dall’art. 5 del d.p.r. 25 lu-

²Basti pensare alla giurisprudenza in tema di discrezionalità valutativa delle commissioni di abilitazione, analizzata nel presente volume da Beatrice Rabai. Probabilmente si potrebbero fare più esempi in cui la giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni resa in tema di università ha dimostrato una certa dose di eccentricità, ma il precedente che ha avuto più risonanza anche perché legato ad un profilo sistematico di assoluto rilievo, quale quello del rapporto tra giudicato e residua discrezionalità è Cons. Stato, sez. VI, in *Dir. proc. amm.*, 2019, con nota di S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la “riduzione progressiva della discrezionalità”. Verso un giudicato a “spettanza stabilizzata”?*, *ivi*, 1171 ss.

³Per il taglio impartito al presente contributo non è il caso di intrattenersi in indicazioni sulla vasta dottrina che si è occupata di approfondire il tema delle riforme universitarie. Ad ogni buon conto, per la riforma Gelmini, cfr. AA.VV. (a cura di E. CARLONI ed altri), *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, 2011; F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Università e riforme. L’organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010*, n. 240, Bologna, 2013. Sul tema dell’autonomia universitaria, nevralgico per ogni valutazione delle leggi di riforma, si vedano ora i vari contributi raccolti in A. MARRA (a cura di), *L’autonomia universitaria del nuovo millennio, Atti del convegno tenutosi presso l’Università degli Studi Milano-Bicocca il 1° giugno 2018*, Roma, 2020. In particolare per l’argomento qui implicato dell’autonomia finanziaria cfr. L. PISCITELLI, *L’autonomia finanziaria e contabile*, *ivi*, 73 ss.

⁴Così letteralmente la rubrica dell’art. 5 d.p.r. n. 306/1997. Vale la pena di avvertire che il te-

glio 1997, n. 306 (“Regolamento recante disciplina in materia di contributi universitari”), è indubbiamente questa la disciplina che ha dato origine alle controversie più interessanti⁵.

Ai fini di una piana illustrazione di queste controversie si impone un minimo inquadramento di detta normativa⁶.

Entro le coordinate del sistema di finanziamento delle università⁷ previsto dall’art. 5 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 si era stabilito che “gli studenti universitari contribuiscono alla copertura dei costi dei servizi universitari (...) attraverso il pagamento, a favore delle università, della tassa di iscrizione e dei contributi universitari”. La tassa di iscrizione avrebbe dovuto essere fissata dalle singole università in base al reddito, alle condizioni effettive del nucleo familiare ed al merito degli studenti, ma entro un minimo ed un massimo prefissati dalla medesima legge⁸. Alle università era contestualmente data la

ma dei limiti della tassazione universitaria a carico degli studenti non è certo prerogativa dell’ordinamento italiano essendo anzi una costante dei sistemi universitari anche stranieri. In arg., per un accenno alle varie soluzioni dettate in alcuni altri paesi europei, è sufficiente la lettura di F. PORTA, M. CATTANEO, D. DONINA, M. MEOLI, *Il finanziamento dei sistemi universitari in cinque paesi europei: uno studio comparativo*, in *Scuola democratica*, 1/2015, 103 ss.

⁵ Occorre doverosamente registrare, ad esempio, l’esistenza di un’area di controversie decise dal giudice amministrativo relative in senso lato alle pretese di esonero dalle tasse universitarie o relative alla loro commisurazione in ragione di particolari condizioni e/o posizioni individuali in cui versano i ricorrenti. Cfr., tra altre, TAR Piemonte, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 1288; TAR Calabria, Reggio Calabria, 11 giugno 2018, n. 343; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 20 aprile, 2015, n. 1084; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 29 gennaio 2015, n. 275; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 18 ottobre 2013, n. 634. È tuttavia incerto il perimetro di sussistenza della giurisdizione amministrativa in similari controversie. In arg., tra altre, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 29 marzo 2018, n. 503, ove si ritiene che il g.a. abbia giurisdizione solo ove venga in contestazione l’atto amministrativo generale conformativo del dovere di contribuzione.

⁶ Per un esame più completo del quadro normativo in tema di contribuzione studentesca, cfr. L. PISCITELLI, *L’autonomia finanziaria*, cit., 78 ss., ove si evidenzia anche che la normativa si è andata intrecciando nel tempo con quella dettata in tema di diritto allo studio e con misure di razionalizzazione della finanza pubblica, finendo peraltro per dar corpo ad una disciplina frammentata dal concorso di atti e disposizioni di livello e provenienza diversi posto che “oltre agli atti delle università, la materia è oggetto di interventi regionali, di fonte primaria e secondaria, e statali, di livello ministeriale, governativo e legislativo”.

⁷ Il fine davvero contenuto e limitato che qui si persegue esonera da considerazioni in merito alla disciplina del sistema di finanziamento delle università, sistema entro il quale, ovviamente, andrebbe collocata la componente delle c.d. tasse universitarie. In argomento, anche in relazione alle effettive ricadute delle modalità di finanziamento previste dal sistema normativo, cfr. G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell’Università. II Il finanziamento della Università*, Napoli, 2013; A. BANFI, G. VIESTI, *Il finanziamento delle università*, in G. VIESTI (a cura di), *Università in declino. Un’indagine sugli atenei da Nord a Sud*, Roma, 2016, 277 ss. Quanto al Fondo di finanziamento ordinario, cfr. anche A. SANTORO, *Modalità di distribuzione del FFO e implicazioni sulla governance*, in A. MARRA (a cura di), *L’autonomia universitaria del nuovo millennio*, cit., 65 ss.

⁸ Si veda il comma 14, art. 5, legge n. 537/1993: “Per l’esercizio 1994-1995, la tassa minima è

possibilità di “stabilire contributi di importo variabile secondo le fasce di reddito (...) finalizzati al miglioramento della didattica e, per almeno il 50% del loro ammontare, dei servizi di cui alla legge 2 dicembre 1991, n. 390” cioè per i servizi del diritto allo studio. Ma pure tale potere di determinazione dei contributi nasceva limitato nel *quantum* posto che “l’ammontare dei contributi e delle tasse non può superare il quadruplo della tassa minima”⁹.

Successivamente la materia era oggetto di c.d. delegificazione indotta dall’art. 20, comma 8, lett. c), della legge 15 marzo 1997, n. 59 che prevedeva l’adozione di appositi regolamenti governativi per disciplinare la materia degli “interventi per il diritto allo studio e contributi universitari”. In particolare, tra le finalità dichiarate dalla citata legge, la disciplina regolamentare, oltre a “garantire l’accesso agli studi universitari agli studenti capaci e meritevoli privi di mezzi” e “ridurre il tasso di abbandono degli studi”, avrebbe pure dovuto “determinare percentuali massime dell’ammontare complessivo della contribuzione a carico degli studenti in rapporto al finanziamento ordinario dello Stato per le università” graduando poi la contribuzione stessa “secondo criteri di equità, solidarietà e progressività in relazione alle condizioni economiche del nucleo familiare”.

Tale disciplina regolamentare interveniva appunto con l’adozione del d.p.r. n. 306/1997.

Il citato regolamento – che rendeva in misura fissa la tassa di iscrizione¹⁰ – pur affermando l’autonomia delle università nella determinazione dei contributi, sebbene entro una cornice di criteri dettati dal regolamento medesimo, stabiliva anche che la contribuzione studentesca, ovvero “l’ammontare complessivo della contribuzione a carico degli studenti di ogni università comprensiva, (...) del gettito della tassa di iscrizione e dei contributi universitari, calcolato per il complesso degli studenti dell’ateneo, come accertato nel bilancio consuntivo del medesimo”¹¹ non potesse “eccedere il 20% dell’importo del finanziamento ordinario annuale dello Stato, a valere sul fondo di cui all’articolo 5, comma 1, lettera a), e comma 3, della legge 24 dicembre 1993, n. 537”¹². Il medesimo regolamento onerava poi le università di comunicare annualmente al Ministero entro il 31 maggio i dati sul gettito della contribuzione studentesca accertati nel bilancio consuntivo dell’anno precedente, evidenziando eventuali scostamenti verificatisi con riferimento al suddetto valore percentuale, e comunicando altresì le

fissata in lire 300.000, quella massima, per la fascia di reddito superiore, non può superare il triplo della minima”.

⁹ Art. 5, comma 15, legge n. 537/1993.

¹⁰ Cfr. art. 2, comma 1, e art. 8, d.p.r., n. 306/1997, ove anche intervenendo abrogando parte del comma 14 dell’art. 5 della legge n. 537/1993 si portò la tassa di iscrizione all’importo fisso di 300.000 lire, importo soggetto a rivalutazione annuale.

¹¹ Cfr. art. 1, comma 1, lett. e), d.p.r., n. 306/1997.

¹² Art. 5, comma 1, d.p.r., n. 306/1997.

misure conseguentemente adottate per il rispetto degli indicati limiti¹³.

Orbene, per quel che qui rileva, occorre segnalare che la disciplina sui limiti della contribuzione studentesca recata dall'art. 5 d.p.r. n. 306/1997, benché nel frattempo sia pure stata abrogata la norma di legge che autorizzava la delegificazione¹⁴, è nella sostanza uscita indenne dai successivi interventi del legislatore, che peraltro ha in parte riavocato la materia a legge ordinaria.

Da un canto il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, ha innestato nel corpo di detto articolo i commi da 1-*bis* ad 1-*quinquies* in buona sostanza preordinati ad escludere dal calcolo del limite del 20% l'incremento dei contributi dovuti dagli studenti fuori corso che le università avrebbero potuto disporre sulla base di criteri da individuarsi con decreto del MIUR¹⁵.

Ma, soprattutto, preme osservare che la disciplina dell'art. 5 d.p.r. n. 306/1997 ha resistito pure ad un intervento normativo dall'orizzonte almeno un poco innovativo della materia recato dalla legge 11 dicembre 2016, n. 232¹⁶. Infatti, sebbene la legge n. 232/2016 abbia rivisitato il tema dei contributi universitari, in particolare introducendo l'istituto del contributo onnicomprensivo annuale¹⁷, e peraltro commesso ad apposito regolamento delle università – dichiarato

¹³ Cfr., art. 5, comma 4, d.p.r. n. 306/1997.

¹⁴ Il comma 8, lett. c), art. 20, legge n. 59/1997, infatti, non è sopravvissuto alla riscrittura della norma operata con la legge 29 luglio 2003, n. 229. Come osservato da L. PISCITELLI, *L'autonomia finanziaria*, cit., 79 nt. 19 questa dinamica delle fonti è assistita da un concetto discutibile, ovvero muovendo dall'idea che una volta esercitato il potere autorizzato sia giustificata la rimozione della norma autorizzativa.

¹⁵ Sugli aspetti controversi cui hanno dato luogo queste disposizioni introdotte nel 2012, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2016 n. 1834, nonché da ultimo TAR Lombardia, Milano, sez. III, 6 luglio 2020, n. 1280. In sintesi, secondo la giurisprudenza si tratterebbe di una disciplina innovativa che non può avere effetto retroattivo, condizionata alla predisposizione dei decreti del MIUR preordinati a dettare i criteri per gli incrementi contributivi e che, comunque, parrebbe consenta di escludere dal computo solo gli incrementi contributivi disposti in applicazione della predetta normativa e non l'intera contribuzione dovuta da questa categoria di studenti. Sarebbe infatti questa la lettura della normativa inserita nel 2012 data dalla giurisprudenza, che giustifica la sottrazione dal limite del 20% previsto dal comma 1 dell'art. 5 d.p.r. n. 306/1997 "proprio in relazione alla possibilità data alle Università di incrementare i contributi dovuti dalla categoria degli studenti fuori corso, evitando nel contempo che gli effetti, in termini di maggiori entrate, dei suddetti incrementi di contribuzione abbiano ad essere vanificati dallo sfioramento del limite del 20% imposto dal primo comma".

¹⁶ In particolare all'art. 1, commi 252 ss.

¹⁷ Cfr. art. 1, comma 252, legge n. 232/2016. Si tratta di un contributo destinato ad assorbire la tassa di iscrizione, ma non anche la tassa regionale per il diritto allo studio e l'imposta di bollo. A norma del comma 260, art. 1, legge n. 232/2016, oltre al contributo onnicomprensivo annuale le università statali non possono istituire ulteriori tasse o contributi a carico dello studente, fino al rilascio del titolo finale di studio "fatti salvi i contributi per servizi prestati su richiesta dello studente per esigenze individuali e le imposte erariali".

espressione di “autonomia normativa” – il compito di determinarne l’ammontare¹⁸, l’idea che vi possa essere stato un coerente superamento implicito delle riferite disposizioni del d.p.r. n. 306/1997 è smentita dalla legge stessa. Infatti, essa si è premurata di abrogare espressamente i soli artt. 2 e 3 del regolamento di cui al d.p.r. n. 306/1997¹⁹ dimostrando così di voler tenere in vita l’art. 5 del medesimo testo.

D’altro canto ancora successivamente, e segnatamente in occasione della legge 27 dicembre 2017, n. 205²⁰, il legislatore è intervenuto proprio sulla disciplina recata dall’art. 5 d.p.r. 306/1997, al fine di includere anche l’incremento della contribuzione disposto a carico dagli studenti internazionali, come aveva già fatto in relazione ai fuori corso, nel “monte” escluso ai fini del computo del limite del 20% previsto dal medesimo articolo.

Prima di passare all’illustrazione della pratica giurisprudenziale conviene puntualizzare due aspetti del contesto normativo sopra descritto.

A partire dalla riforma operata dall’art. 5 della legge n. 537/1993 sembra potersi evincere una *ratio* della normativa in materia che può dirsi ancora attuale. L’affermazione del principio del concorso della contribuzione degli studenti universitari alla copertura dei costi dei servizi universitari e la connessa possibilità delle università di stabilire contributi per il miglioramento della didattica e per i servizi del diritto allo studio, sebbene possa rispondere anche a diverse esigenze e fattori, è indubbiamente funzionale a rendere quanto più possibile autonome le istituzioni universitarie²¹.

Viceversa, pur trattandosi di esplicitazione di un criterio già enunciato dalla

¹⁸ Cfr. in part., art. 1, comma 254, legge n. 232/2016.

¹⁹ Art. 1, comma 263, legge n. 232/2016.

²⁰ Precisamente si tratta della modifica del comma 1-*bis* dell’art. 5 d.p.r. n. 306/1997 recata dall’art. 1, comma 638, legge n. 205/2017.

²¹ Tale aspetto era stato già segnalato a proposito della riforma operata dall’art. 5 legge n. 537/1993 dal parere del Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 1997, n. 45, ove si puntualizzava come la normativa avesse delineando un nuovo sistema generale di contribuzioni per la copertura dei costi di servizi universitari da far gravare sugli studenti, perseguendo obiettivi di decentramento e semplificazione della organizzazione e delle strutture della p.a. e tenente a rendere quanto più possibile autonome le istituzioni scolastiche, quali centri responsabili di spesa. In analogo senso, TAR Toscana, sez. I, 11 febbraio 2002, n. 182 per esteso in *giustizia-amministrativa.it*, ove si precisa che, oltre all’intento di assecondare l’autonomia delle università, la normativa in questione perseguiva anche finalità di contenimento della spesa pubblica. Rimane poi dubbio se tale disciplina delinea un carattere di tendenziale corresponsabilità tra le contribuzioni e le prestazioni di servizio pubblico universitario. In questa direzione, F. MIDIRI, *L’istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, 2004, 319 ss. ove si ritiene che dalla disciplina normativa in esame emerga la finalità di legare la determinazione autonoma dei contributi all’obiettivo dell’adeguamento della didattica e dei servizi agli studenti attraverso l’implementazione dei livelli di efficacia delle prestazioni didattiche e di quelle accessorie. Ma sul punto cfr. L. PISCITELLI, *L’autonomia finanziaria*, cit., 80, che rammenta come tale impostazione non abbia poi trovato sempre coerente conferma nell’evoluzione della materia.

legge di autorizzazione del regolamento, non si può dire che una chiara *ratio* assista la previsione dettata dall'art. 5, comma 1, d.p.r. n. 306/1997 ove si afferma che la contribuzione studentesca non può eccedere il 20% dell'importo del finanziamento ordinario annuale dello Stato a valere sul FFO.

È stata prospettata l'idea che possa trattarsi di una previsione volta a garantire la massima accessibilità agli studi²². Ma si è giustamente opposto che tale esigenza è già – e molto più chiaramente – presidiata dalla dettagliata normazione in tema di esonero e riduzione legata alla disciplina del diritto allo studio²³. Per di più – come pure si è fatto notare – l'ipotesi che si tratti di un precetto a protezione del singolo studente è contraddetta dalla constatazione che il limite è relativo alla contribuzione complessiva e non al *quantum* che si può richiedere a ciascun contribuente²⁴.

Per giunta, nemmeno si comprende come tale previsione possa accordarsi con la natura commutativa che sembrerebbe caratterizzare la contribuzione a carico degli studenti, posto che anziché consentire effettivamente di commisurare i contributi ai servizi determina una singolare inversione del rapporto, costringendo le università a ridurre le prestazioni rese in ragione dell'impossibilità di mantenere pregressi livelli di contribuzione²⁵.

In definitiva, l'unica considerazione che può facilmente essere condivisa in merito a questa disposizione è che essa finisce per generare distorsioni evidenti, perché produce una amplificazione degli effetti negativi o positivi delle decisioni volta per volta prese dalla Stato in merito all'entità del FFO²⁶. In particolare, in anni in cui il FFO ha subito costanti riduzioni, l'indicata disposizione ha parallelamente indotto una contrazione della contribuzione studentesca, quando sarebbe apparso al contrario ragionevole consentire ad un incremento delle entrate proprie per compensare i minori trasferimenti²⁷.

²² F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria*, cit., 319.

²³ In questo senso, L. PISCITELLI, *L'autonomia finanziaria*, cit., 82.

²⁴ A. BRANCASI, *La riforma dell'Università*, cit., 372. Sul punto cfr. pure F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria*, cit., 321 ove si conviene sul fatto che non si configura una situazione giuridica perfetta in capo ai fruitori in ordine all'ammontare del corrispettivo non essendo "imposti valori massimi dei corrispettivi, ma solo limiti percentuali agli importi derivanti dalle contribuzioni universitarie in rapporto alle poste del finanziamento ordinario".

²⁵ A. BRANCASI, *La riforma dell'Università*, cit., 372.

²⁶ Anche per questa osservazione, A. BRANCASI, *La riforma dell'Università*, cit., 372.

²⁷ L. PISCITELLI, *L'autonomia finanziaria*, cit., 83, ove si segnala anche che un limite così congegnato determina una ulteriore distorsione nella dialettica della relazione autonomistica, perché la decisione dello Stato di contrarre la spesa di fatto indirizza pure la decisione autonoma dell'Università sul versante della contribuzione e delle politiche di spesa "soprattutto se l'Università deve seguire il 'principio di equilibrio di bilancio', che il legislatore statale richiama con riferimento ai casi di esenzioni stabilite autonomamente" (art. 1, comma 259, legge n. 232/2016).

3. I precedenti ante 2010

Sebbene abbia subito un incremento a partire dal 2010, il contenzioso innescato dalla previsione regolamentare che prevede il limite del 20% nel rapporto tra contributi studenteschi e FFO aveva già prima dato qualche occasione di pronuncia al giudice amministrativo.

In particolare il TAR per la Toscana se ne era occupato nel 2002²⁸ decidendo il caso di due studenti che dichiarando di agire in proprio, ma anche nella loro qualità di rappresentanti degli studenti nel CdA dell'Università degli Studi di Firenze, avevano richiesto la declaratoria del loro diritto alla restituzione delle somme indebitamente percepite dall'Ateneo a titolo di contribuzione studentesca per l'esercizio finanziario 1999, nella misura eccedente il 20% dell'importo del FFO. Nell'occasione, peraltro, tale domanda era però formulata in una con la richiesta di annullamento di una determinazione del CdA dell'Ateneo che aveva negativamente riscontrato le istanze dei ricorrenti volte alla restituzione degli importi versati in asserita eccedenza.

Con sentenza parziale il TAR respingeva l'eccezione di giurisdizione sollevata dall'Università resistente osservando che il vero oggetto del contendere si appuntava sul bilancio di previsione, ove la contribuzione – stando alla tesi dei ricorrenti – sarebbe stata erroneamente calcolata, e sulla successiva delibera del CdA che aveva negato la richiesta restituzione. Atto generale il primo, espressivo del potere discrezionale di determinare le proprie entrate e atto parimenti amministrativo sebbene puntuale il secondo. Secondo il TAR, pertanto, la declaratoria del diritto alla restituzione di somme indebitamente percepite si sarebbe atteggiata “come meramente consequenziale all'annullamento dei provvedimenti impugnati che si assumono lesivi, non di un diritto soggettivo, ma dell'interesse legittimo al corretto operato della p.a.”²⁹. Nel decidere poi definitivamente il ricorso il TAR ebbe buon gioco nell'evitare spinose questioni relative alla disciplina del d.p.r. n. 306/1997 semplicemente perché la domanda fu giudicata infondata nel merito, posto che lo sforamento dal limite – a dire del giudice – non si era concretato³⁰.

Decisamente di altro interesse è un precedente licenziato nel 2009 ancora dal TAR Toscana³¹.

²⁸ Cfr. le due sentenze rese nel medesimo ricorso, TAR Toscana, sez. I, 11 febbraio 2002, n. 182 e 23 settembre 2002, n. 2116, consultabili per esteso in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ TAR Toscana, n. 182/2002 cit.

³⁰ E ciò perché l'Università aveva in realtà dato corso ad un'operazione meramente contabile (una c.d. anticipazione di cassa) disponendo di anticipare a novembre 1999 il pagamento di una parte della rata di contribuzione destinata a scadere nell'aprile 2000. Cfr. TAR Toscana, n. 2116/2002 cit.

³¹ TAR Toscana, sez. I, 24 giugno 2009, n. 1078 per esteso in *giustizia-amministrativa.it*.

Anche in tale occasione si trattò del ricorso promosso da due studenti che erano anche rappresentanti degli studenti in seno al CdA dell'Università fiorentina. Tuttavia, questa volta i ricorrenti attesero l'approvazione del conto consuntivo – ove lo sfioramento dal limite del 20%, se sussiste, ovviamente, è “certificato” come effettivo – prima di intraprendere l'azione. Con il ricorso gravarono peraltro non solo il conto consuntivo, ma risalendo il bilancio di previsione e pure il Manifesto degli studenti ovvero l'atto che fissa la misura della contribuzione dovuta. Peraltro lamentando pure che in questi atti, e segnatamente nella delibera di approvazione del consuntivo, non solo non era stata prevista alcuna restituzione dell'eccedenza, ma nemmeno erano state adottate quelle misure per il rispetto del limite del 20% prescritte dal comma 4 dell'art. 5 del regolamento. Unitamente alla domanda impugnatoria, i ricorrenti proposero anche domanda per la declaratoria del diritto alla restituzione e per la consequenziale condanna dell'Università al pagamento.

Ebbene, il percorso seguito dal giudice per respingere il ricorso merita una certa attenzione.

In chiave impugnatoria, la delibera di approvazione del conto consuntivo fu infatti ritenuta immune da pretese violazioni dell'art. 5, comma 1, d.p.r. n. 306/1997 per sfioramento del limite del 20%, perché il consuntivo è documento contabile la cui funzione consiste nel registrare i risultati della gestione, sicché l'atto con cui lo si approva non può ritenersi viziato se i risultati sono riportati in termini esatti³². Per scansare poi la doglianza relativa alla mancata previsione delle misure adottate per assicurare il rispetto di quel limite, il TAR qui fece appello alla lettera del comma 4, art. 5, d.p.r. n. 306/1997 da cui si evince che tali misure sono da comunicarsi al Ministero successivamente e quale conseguenza di ciò che è stato accertato nel consuntivo, sicché l'atto di approvazione del consuntivo non deve già necessariamente contenere l'indicazione di tali misure.

Quanto al bilancio preventivo il TAR osservò che la lesione diviene effettiva ed attuale solo a seguito di verifica operata nel consuntivo, anche perché nel momento in cui si redige il bilancio preventivo non sarebbe certa né l'entità della contribuzione studentesca né l'entità definitiva del finanziamento statale, sicché a rigore difetterebbe l'attualità dell'interesse ad agire.

In definitiva, secondo il TAR non sarebbe “individuabile, nell'ambito del procedimento a cui consegue la determinazione dei contributi studenteschi da corrispondere annualmente, un provvedimento suscettibile di impugnazione”.

L'asserita carenza di un rimedio nella logica classica dell'impugnazione indusse il TAR allora a chiedersi se l'iniziativa dei ricorrenti fosse passibile di buon esito configurandola, molto semplicemente, come azione d'accertamento

³² Mentre qui, osserva il TAR nella citata motivazione, al contrario si contesta “l'operato dell'Amministrazione in relazione alle scelte che hanno poi portato a quei risultati”.

di un diritto soggettivo “a non pagare più di quanto normativamente stabilito e dunque ad ottenere in restituzione il *quantum* già pagato in eccesso”³³.

Sennonché, stando a questa motivazione, “l’art. 5, comma 1, del d.p.r. n. 306/1997, laddove fissa nel 20% del finanziamento statale il limite massimo della contribuzione studentesca, non attribuisce allo studente alcun diritto a non pagare più del limite prescritto e ad ottenere la restituzione di quanto eventualmente pagato in eccesso”. La ragione dell’insussistenza di un diritto soggettivo a vantaggio dello studente fu qui però ravvisata nel “dato testuale della norma, che al primo comma non contiene nessuna indicazione in tal senso, mentre al quarto comma si limita ad onerare le università di una comunicazione annuale al Ministero riguardante, tra l’altro, le misure adottate per il rispetto dei limiti prefissati dall’art. 5 (se precedentemente superati); l’utilizzazione di una formulazione assolutamente generica e blanda, nonché priva di sanzione” avrebbe dunque indotto ad attribuire alle norme in esame “natura organizzativa interna all’ordinamento di settore, alla cui mancata osservanza può corrispondere tutt’al più un potere ministeriale di intervento per indurre la singola università interessata ad adempiere alla prescrizione di “rientro” rispetto allo sfioramento dei limiti; è quindi eventualmente nei confronti del Ministero che i soggetti interessati (singolarmente o collettivamente) possono agire per sollecitare l’esercizio dei poteri in questione e mettere in mora l’Università inadempiente”³⁴.

Benché in questa sede non vi sia alcun intento di analisi critica della giurisprudenza, trattandosi al più di effettuarne una esposizione ragionata, ci si è attardati su questo precedente del 2009 perché consente di formulare alcune utili considerazioni.

Innanzitutto una certa difficoltà di calare la tecnica impugnatoria come strumento di tutela degli studenti che stigmatizzano la violazione di quel limite percentuale è stata ben evidenziata ancora dalla più recente dottrina. Si è infatti osservato che quanto al bilancio preventivo, sebbene si possa consentire sulla censurabilità di una previsione che si fonda su un dato contrario alla legge (il superamento della percentuale), cionondimeno tale “vizio potrebbe rilevare per i bilanci autorizzatori sul versante (e nel momento) della spesa, mentre su quello dell’entrata (...) sembra difficile intravedere una lesione attuale, se non dopo la realizzazione della previsione”. D’altro canto – a corroborare tale convincimento – si è evidenziato che “la norma espressamente indica che la percentuale si applichi all’importo della contribuzione studentesca ‘come accertato nel bilancio consuntivo’. Con riferimento al consuntivo, però, sembra difficile riconosce-

³³ In questi termini TAR Toscana, n. 1078/2009, cit., ove si precisò che l’azione di accertamento a tutela di un preteso diritto sarebbe stata “proponibile davanti al Giudice amministrativo vertendosi nell’ambito di servizi pubblici, in cui l’Amministrazione esercita poteri autoritativi, imponendo il pagamento delle tasse universitarie”.

³⁴ TAR Toscana, n. 1078/2009 cit.

re una illegittimità, se esso ha funzione accertativa dell'entrata (e se l'importo che indica è esatto)"³⁵.

Analogamente, ma con una precisione concettuale che invece mancava nella riferita giurisprudenza, la medesima dottrina converge su un profilo sostanziale che in parte emergeva anche nella sentenza del TAR Toscana, osservando che dall'analisi della norma, quel che traspare è un "dovere di correzione, lasciato alla discrezionalità dell'Università, che potrà rimodulare la tariffa o compensare le eccedenze con riduzioni di contribuzione, non necessariamente in forma individuale"³⁶.

Entro questa configurazione della dinamica processuale, sarebbe in effetti stato plausibile attendersi che la successiva giurisprudenza si orientasse per convogliare le istanze del corpo studentesco verso i classici strumenti con cui si può compulsare l'esercizio dei poteri doverosi dell'Amministrazione – nel caso quindi dell'Università –, poteri qui rappresentati dalle misure di correzione dello sforamento già certificato in sede di consuntivo previste appunto dal comma 4 dell'art. 5 d.p.r. n. 306/1997.

Ma lo sviluppo degli itinerari giurisprudenziali non ha seguito questo percorso.

4. *La giurisprudenza del TAR Lombardia e del Consiglio di Stato*

L'attuale esito della giurisprudenza in materia è stato infatti tracciato dal contenzioso che nel 2010 ha visto protagoniste l'Associazione Studentesca Coordinamento per il diritto allo Studio, unitamente ad alcuni singoli iscritti ricorrenti, contro l'Università di Pavia, deciso dal TAR per la Lombardia sede di Milano con la pronuncia parziale n. 7130/2010 e poi con sentenza definitiva n. 2761/2011.

Indubbiamente, un aspetto decisivo che caratterizza l'approccio del TAR Lombardia si compendia nel fatto di riconoscere in capo agli iscritti una posizione giuridica qualificata, e direttamente azionabile, nei confronti dell'università di appartenenza avente ad oggetto la pretesa che l'ente non si discosti dal vincolo del 20%. La disposizione sul limite sancita dall'art. 5 d.p.r. n. 306/1997 viene qui giustificata quale "misura di garanzia a tutela del diritto allo studio". Tuttavia è bene avvertire che il giudice mantiene un atteggiamento consapevolmente indeciso quanto alla natura di tale pretesa o posizione. In un breve passo della pronuncia parziale n. 7130/2010, sul quale poi il medesimo TAR non sentirà più l'esigenza di tornare, si afferma infatti che non sarebbe decisivo stabilire se l'iscritto vanta un diritto o un interesse legittimo, trattandosi comunque di controversie in materia di servizio pubblico riservate alla giurisdizione esclusiva³⁷.

³⁵ L. PISCITELLI, *L'autonomia finanziaria*, cit., 84-85.

³⁶ L. PISCITELLI, *L'autonomia finanziaria*, cit., 85.

³⁷ Più precisamente, volendo dissentire dalla tesi del TAR Toscana del 2009 qui rammentata,

Ebbene, poiché in questo caso la controversia partiva come contestazione che si appuntava sul bilancio provvisorio dell'Università, e ben dichiarandosi consapevole del fatto che non sarebbe stato possibile stabilire se il limite del 20% sarebbe stato o meno rispettato, nella rammentata sentenza parziale il TAR accantona e tace sul profilo dell'attualità della lesione, disponendo al contrario una verifica finalizzata a stabilire – in termini che sembrano configurarsi come una sorta di attendibilità della previsione³⁸ – la possibilità di rispettare tale limite.

Poiché nelle more del giudizio interveniva però il bilancio consuntivo, peraltro impugnato con motivi aggiunti, la notevole particolarità di questo approccio scoloriva, perché a quel punto il giudice, scendendo a rendere sentenza definitiva, era ben in grado di acclarare che lo sfornamento era effettivo e cristallizzato a consuntivo (come per altro richiesto dall'art. 5 del medesimo regolamento). Tale circostanza sembra in effetti comune a tutte le pronunce del TAR Lombardia che si sono poi succedute sulle analoghe iniziative promosse ciclicamente contro l'Ateneo pavese, nel senso che il giudice si è sempre trovato a decidere la controversia quando il consuntivo per la relativa annualità era già stato approvato e peraltro portato alla sua attenzione, attraverso motivi aggiunti³⁹.

nella motivazione della sentenza parziale n. 7130/2010 il TAR Lombardia si premura di affermare che l'invocato art. 5 d.p.r. n. 306/1997 fonda in capo agli iscritti "una vera e propria pretesa (che non è decisivo qualificare in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo, trattandosi di una controversia in materia di servizio pubblico, riservata quindi alla giurisdizione esclusiva) a che l'università non si discosti dal vincolo del 20%, aumentando illimitatamente le cd. tasse universitarie. In questa prospettiva l'art. 5 del d.p.r. n. 306/1997 può essere considerato come una misura di garanzia a tutela del diritto allo studio, sulla cui diretta azionabilità in giudizio non possono esservi dubbi. In una prospettiva diversa, ma non incompatibile con la prima, lo stesso art. 5 del d.p.r. n. 306/1997 parrebbe costituire un classico esempio di norma di azione, che disciplina i modi di esercizio del potere, nel caso di specie il potere di imposizione dell'università pubblica italiana. Dinanzi al quale non può seriamente negarsi che i privati siano portatori di posizione giuridiche qualificate, suscettibili di tutela giurisdizionale". Come osservato da L. PISCITELLI, *L'autonomia finanziaria*, cit., 85, il TAR qui omette di qualificare la pretesa individuale alla restituzione delle eccedenze, che pur dichiara azionabile, richiamando la giurisdizione esclusiva, anche se sembra propendere per una qualificazione in termini di interesse legittimo.

³⁸ Così L. PISCITELLI, *L'autonomia finanziaria*, cit., 84 nt 34.

³⁹ Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 aprile 2013, n. 1073; Id., 14 gennaio 2014, n. 123. In apparenza sembrerebbe deviare da questa dinamica la vicenda che ha visto contrapporsi la medesima associazione per il diritto allo studio e l'Ateneo di Pavia decisa dalla recentissima sentenza TAR Lombardia, n. 1280/2020 cit. La pronuncia non reca riferimenti ad una impugnazione del consuntivo con motivi aggiunti. Tuttavia si tenga presente che qui la controversia è nata da un ricorso incardinato nel 2013 con il quale era nella sostanza impugnato il preventivo per l'annualità 2013. Quando nel 2019 è stata disposta la verifica il TAR ha demandato al verificatore il compito di accertare se "sulla base dei dati disponibili, tenuto in particolare conto dei risultati del bilancio preventivo e del gettito contributivo nonché dell'entità del finanziamento statale ricevuto per l'anno 2013 dall'Università di Pavia" fosse stato rispettato o meno il limite massimo del 20% di cui all'art. 5 d.p.r. 306/1997 (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, ord. 3 giugno 2019, n. 1260). Pertanto, in disparte il tema della non necessità di impugnare il consuntivo (su cui *infra* nel

Questa dinamica sembra consenta di mitigare l'addebito di eccentricità di queste vicende rispetto alle coordinate classiche del giudizio impugnatorio, posto che il percorso del giudicante sembra conforme all'idea che ciò che conta è che l'attualità e concretezza dell'interesse, pur quando in ipotesi carenti al momento dell'introduzione del ricorso, vi siano al momento di decidere la causa⁴⁰.

D'altro canto questa impostazione è stata poi addirittura enfatizzata dal Consiglio di Stato. In una controversia che ha visto contrapporsi un'associazione studentesca unitamente ad alcuni studenti e l'Università di Chieti sempre in merito al limite del 20%, già decisa in senso favorevole ai primi da TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 31 marzo 2011, n. 217, il giudice d'appello ha precisato che non vi è nessun onere di impugnare il bilancio consuntivo, che è atto puramente ricognitivo, essendo la lesione direttamente prodotta in sede previsionale, ma – si badi – ben potendo il TAR riferirsi al consuntivo “quale argomento per far constare la dimostrazione della doglianza sull'avvenuto sfioramento (...)”⁴¹.

Quanto all'esito della lite occorre osservare che nelle controversie decise dal TAR Lombardia il giudice, sin dalla prima sentenza del 2011 che ha definito il ricorso, ha condannato l'Università a restituire ai singoli la quota (percentuale) di contribuzione eccedente la percentuale del 20%⁴², dichiarando di pronunciarsi in tal senso a favore dei soli studenti ricorrenti, ma “fermo restando l'obbligo dell'Università di attivarsi d'ufficio anche a favore degli altri studenti che abbiano versato quanto divenuto indebito”. Tale specifica presa in carico della situazione degli studenti non ricorrenti è presente anche nelle successive pronunce del medesimo TAR, se si vuole con un lessico ancor più significativo circa il modo di intendere il senso precettivo di questa statuizione, posto che si parla di obbligo di attivarsi e non più di obbligo di attivarsi d'ufficio⁴³.

testo), anche in questo caso la sentenza ha comunque deciso sulla base di un gettito contributivo e di un importo del FFO già accertabili ed accertati.

⁴⁰In altre parole si tratterebbe di un'applicazione nel processo amministrativo del principio generale a mente del quale le condizioni dell'azione possono utilmente sopravvenire sino al momento della decisione. Per l'affermazione di questo principio, cfr., Cass, sez. II, 23 settembre 2019, n. 23564; Id., 18 dicembre 2014, n. 26769; Corte conti, sez. I, 12 maggio 2003, n. 133.

⁴¹Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2018, n. 5552, per esteso in *giustizia-amministrativa.it*.

⁴²Per essere precisi solo la sentenza TAR Lombardia n. 2761/2011 utilizza in motivazione il termine “condanna” alla restituzione dell'indebito che trova poi anche specifico riscontro nel dispositivo, mentre le successive pronunce del medesimo TAR nella motivazione utilizzano la formula dell'affermazione di un obbligo di restituzione e recano un dispositivo di solo annullamento. Su questo profilo, v. anche la nota che segue.

⁴³Cfr. TAR Lombardia n. 1073/2013, cit., al punto 5 della motivazione: “gli atti impugnati vanno annullati, nella parte in cui hanno determinato la contribuzione studentesca oltre il limite del 20%, con obbligo di restituzione nei confronti dei ricorrenti ed obbligo dell'amministrazione di attivarsi per la restituzione anche nei confronti degli studenti non ricorrenti”; *idem* TAR Lombardia n. 143/2014 al punto 3 della motivazione in diritto. Almeno ad una prima analisi, è solo apparente la correzione di rotta che sembrerebbe emergere dalla recente e già rammentata sentenza TAR Lombardia n. 1280/2020 cit. È vero che in questa motivazione – al punto 10 – si af-

Ora, perlomeno dalla lettura delle decisioni del Consiglio di Stato rese sugli appelli dell'Università di Pavia e reiettive dei gravami⁴⁴, sembra emergere che l'attività d'appello non abbia investito in modo specifico e puntuale questa statuizione del giudice di primo grado. E ciò in un duplice senso.

Sia nel senso che l'università non si è lagnata del fatto che il dichiarato obbligo di attivazione per la restituzione anche a favore degli altri studenti che non si sono resi ricorrenti somiglia ad un malcelato espediente per rendere una pronuncia condannatoria a favore dell'associazione studentesca ricorrente senza disbrigare gli oneri motivazionali che una tale statuizione comporterebbe anche sul piano processuale.

Sia, e più in generale, nel senso che dalle sentenze rese in appello non traspare una puntuale doglianza dell'appellante università in merito al fatto che l'affermazione di una posizione qualificata in capo agli studenti onde contestare l'atto espressivo del potere impositivo dell'università, quand'anche idonea a reggere la pretesa di annullamento dell'attività amministrativa che abbia violato il limite di cui all'art. 5 del d.p.r. n. 306/1997, non per questo è idonea a sufficiente a reggere una pronuncia restitutoria, per lo meno in fase di cognizione, a favore del singolo studente.

In effetti lo sviluppo nella fase d'appello del contenzioso esaminato lascia in ombra⁴⁵ proprio quel profilo di disallineamento tra disciplina sostanziale e solu-

ferma che la domanda di condanna alla restituzione delle somme indebitamente versate dagli studenti ricorrenti “non può essere accolta, essendo il versamento prospettato nel ricorso come dato meramente eventuale e non essendo stato successivamente dimostrato l'intervenuto pagamento indebito”, tanto che nel dispositivo la domanda di accertamento e condanna è respinta. Tuttavia la medesima motivazione subito dopo prosegue statuendo che “Spetterà dunque all'Università attivarsi per la restituzione degli importi, ove effettivamente versati, con riferimento alla quota della contribuzione studentesca eccedente la soglia del 20%, e dunque per il 3,986%. Tali statuizioni, peraltro, debbono pronunciarsi a favore dei soli studenti ricorrenti, fermo restando l'obbligo dell'Università di attivarsi d'ufficio anche a favore degli altri studenti che abbiano versato quanto divenuto indebito (e non prescritto) a seguito dell'annullamento degli atti impugnati”. Ebbene, ai fini che qui più rilevano, da un lato non si potrà negare che anche questa recente pronuncia proietta esplicitamente l'obbligo di attivazione dell'università pure a favore dei soggetti non ricorrenti. D'altro lato, nemmeno si potrà dubitare del fatto che il *decisum* di questa sentenza obbliga l'università a restituire ai singoli ricorrenti gli importi eccedenti ove tale eccedenza fosse stata effettivamente versata. Stando così le cose – e per quante dissertazioni si possano fare in punto di teoria processuale – restando su un piano pratico non pare che vi sia un divario sensibile rispetto alla prima sentenza del medesimo TAR Lombardia, la n. 2671/2011, che aveva giudicato “fondate le domande di condanna alla restituzione dell'indebito” ma subito specificando “ove effettivamente versato (...)”. Del resto, come già anticipato, le successive sentenze n. 1073/2013 e n. 143/2014 avevano utilizzato una tecnica ancora più semplice evitando di parlare di condanna, ma esplicitando che a carico dell'università sorge un “obbligo di restituzione”.

⁴⁴ La sentenza del TAR Lombardia, n. 2761/2011 è stata confermata in appello da Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2016, n. 1095; TAR Lombardia, n. 1073/2013 è stata confermata da Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2016, n. 1832; TAR Lombardia, n. 143/2014 è stata confermata da Cons. Stato, n. 1834/2016 cit.

⁴⁵ Per la verità, a leggere con minuzia la vicenda processuale si potrebbe rilevare che l'adesione del Consiglio di Stato alla soluzione di fondo adottata dal TAR Lombardia prescinde dall'impo-

zione processuale adottata dal TAR Lombardia già evidenziato dalla dottrina⁴⁶. Una disciplina che onera l'università di non oltrepassare una certa percentuale nel rapporto tra il totale della contribuzione studentesca ed il FFO assegnato nulla dice in merito al limite massimo di tassa che si può chiedere al singolo. Pertanto una volta annullati gli atti per violazione dell'art. 5 del d.p.r. n. 306/1997, la riconduzione delle scelte amministrative entro i parametri normativi dovrebbe poter avvenire salvaguardando la discrezionalità ed il merito che il ventaglio delle soluzioni possibili per ottemperare a quel precetto offre, ad es. agendo sulla leva degli esoneri e/o delle riduzioni e comunque sulla rimodulazione dei contributi. Al contrario dichiarando l'obbligo dell'università di restituire ad ogni singolo studente la quota di tassa versata nella stessa e fissa misura percentuale di accertato scostamento dal 20% nel rapporto tra monte di contribuzione e FFO il giudice amputa discrezionalità e merito finendo per esercitare già in fase di cognizione un ruolo tipico al più del giudice dell'ottemperanza.

È possibile che tale aspetto sia stato trascurato dalla riferita giurisprudenza perché considerandolo si rende malferma l'idea che quella disposizione sul limite alla contribuzione studentesca sia dettata quale misura di garanzia del diritto allo studio. Tuttavia, è evidente che una cosa è servirsi di quell'argomento per negare la natura meramente organizzativa interna della disposizione, altra cosa è colorare la posizione qualificata degli iscritti all'università di un contenuto eccedente rispetto al diritto sostanziale.

Del resto, come accade non di rado, anche qui si può avere la sensazione che il dichiarato disimpegno del giudice amministrativo nella precisa qualificazione giuridica della situazione azionata perché si verserebbe in materia di giurisdizione esclusiva, si risolva in un eccesso di semplificazione che non sempre avvantaggia l'elaborazione di soluzioni pienamente convincenti, quantomeno sul piano dell'argomentazione, rispetto a problemi diversi dall'individuazione del giusto giudice.

stazione difensiva adottata dall'Università di Pavia. Nella decisione n. 1834/2016, infatti, il Consiglio di Stato si è pronunciato anche su un appello autonomo proposto dall'associazione studentesca e dai singoli studenti che hanno gravato la sentenza del TAR Lombardia n. 143/2014 nella parte in cui aveva sostanzialmente fatto applicazione per il periodo 15 agosto 2012 – 31 dicembre 2012 della decurtazione dal monte di calcolo dei contributi a carico dei fuori corso disciplinata dai commi 1-*bis* e ss. dell'art. 5 d.p.r. n. 306/1997 come novellato dal d.l. n. 95/2012, acclarando così che lo sforamento dal limite era nei termini dell'1,354%. Il Consiglio di Stato ha invece affermato che tale decurtazione non solo non è retroattiva ma che comunque può riguardare solo incrementi contributivi disposti in conformità a criteri dettati dal MIUR che nella vicenda nemmeno erano intervenuti, sicché computando anche la contribuzione dei fuori corso per l'intero 2012 lo sforamento era del 3,255%. Ebbero, in conseguenza dell'accoglimento di detto appello il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado disponendo che "l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria dell'obbligo di restituzione nei confronti dei ricorrenti e dell'obbligo dell'amministrazione di attivarsi per la restituzione anche agli studenti non ricorrenti, pronunziati dal giudice di primo grado, devono essere corretti ed essere riferiti al suddetto sforamento del 3,255%".

⁴⁶ L. PISCITELLI, *L'autonomia finanziaria*, cit., 85.

5. Il tema del confronto di costituzionalità

Un aspetto del contenzioso che qui si sta riferendo al quale è possibile fare solo un cenno in questa sede è legato ai profili di costituzionalità della disciplina in esame. Profili che l'università resistente ha tentato di introdurre, ovviamente in termini di contrasto, sollecitando il giudice amministrativo a sollevare il relativo incidente. Anche per questo aspetto si può dire che la soluzione è stata delineata sin dalla prima sentenza definitiva del TAR Lombardia, la n. 2761/2011, e che successivamente vi è stato al più qualche lieve "affinamento" sul piano motivazionale da parte del Consiglio di Stato.

I binari tracciati dal giudice amministrativo per incanalare il problema del confronto di costituzionalità possono essere facilmente sintetizzati.

L'incidente di costituzionalità dell'art. 5 d.p.r. n. 306/1997 non può essere sollevato trattandosi di regolamento e dunque di fonte sottratta al sindacato della Corte costituzionale⁴⁷.

La questione può tuttavia essere affrontata dal giudice amministrativo con lo strumentario della disapplicazione.

A tale impostazione la sentenza del TAR Lombardia n. 2761/2011 approda sulla base della premessa che "le censure mosse attengono non già alla scelta di delegificare operata dalla legge, ma al contenuto concreto che la norma secondaria ha assunto a seguito di ciò" di modo che "la questione di costituzionalità è inammissibile, in quanto non investe un atto avente forza di legge".

Il giudice sembra qui alludere al fatto che di fronte alle vicende occasionate dalle leggi di delegificazione la Corte costituzionale può essere interpellata se il vizio è riconducibile alla stessa legge autorizzativa, mentre al giudice comune spetta la verifica ove il vizio sia proprio ed esclusivo del regolamento⁴⁸. Tuttavia, anche considerando che il potere officioso di rilievo delle questioni di costituzionalità dovrebbe poter supplire quantomeno alle imprecisioni nell'impostazione difensiva delle parti⁴⁹, ci si potrebbe qui chiedere se davvero le contesta-

⁴⁷ Si tratta di un tema troppo noto e complesso per esporlo in questa sede. Ad ogni modo tra le molte pronunce di inammissibilità del sindacato su regolamenti che si conformano alla regola per cui la Corte è giudice delle leggi e non giudice della costituzionalità, cfr. Corte cost., ord. 13 dicembre 2004, n. 389; Id., 9 luglio 1999, n. 291; Id., 5 marzo 1998, n. 43; Id. 23 maggio 1985, n. 154. In dottrina, quanto alla tesi tradizionale, per tutti, M. CARTABIA, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme regolamentari ... aventi (ormai) forza di legge*, in *Giur. cost.*, 1994, 462.

⁴⁸ Per l'affermazione di questo insegnamento, cfr., per tutte, Corte cost., 18 ottobre 2000, n. 427, punto 4 del considerato in Diritto.

⁴⁹ Il problema potrebbe sembrare controverso considerando che il giudice amministrativo di norma frapponne non pochi ostacoli all'esercizio del potere di rilievo officioso dell'incidente di costituzionalità, dominato dal timore di dare ingresso ad un motivo di ricorso non dedotto. In arg., anche per spunti critici rispetto alla prassi del giudice amministrativo, cfr. P. ZICHITTU, *Le disarmonie tra giudizio di costituzionalità e processo amministrativo: alcune brevi riflessioni*, in *www.federalismi.it* 20 aprile 2016; N. PIGNATELLI, *Le reciproche "incidenze" tra processo ammi-*

zioni attengano ad un vizio proprio ed esclusivo del regolamento. Il criterio che stabilisce la necessità di determinare “percentuali massime dell’ammontare complessivo della contribuzione a carico degli studenti in rapporto al finanziamento ordinario dello Stato per le università” era già previsto dalla legge autorizzatoria (art. 20, comma 8, lett. c) legge 59/1997)⁵⁰.

Postulare che il vizio sia qui proprio ed esclusivo del regolamento significa ammettere che la fonte secondaria avesse margini per disciplinare diversamente da quanto ha poi disposto⁵¹.

Esaurita questa parentesi, si deve peraltro rilevare che le valutazioni poi compiute dal giudice amministrativo sono state assai risolutive nel respingere gli addebiti di contrasto con la Costituzione.

Il tema dell’idoneità della fonte regolamentare ad investire l’autonomia finanziaria delle università, presidiata dalla riserva di legge di cui all’art. 33 Cost., è stato affrontato nel contesto della decisione n. 1095/2016 resa in grado d’ap-

nistrativo e processo costituzionale, in *Giurisd. amm.*, 2008, IV, 75 ss. Tuttavia, nella fattispecie qui in discussione occorre considerare che una volta ammesso un sindacato del regolamento in raffronto a norme della costituzione con la tecnica della disapplicazione ci si è già calati nell’ambito di un potere officioso. Ritenerne che il giudice non possa qui rilevare sua sponte che le doglianze indirizzate dal resistente al regolamento dovevano essere riferite alla stessa legge – così da sollevare l’incidente di costituzionalità – sembra in contraddizione con la premessa, perché il limite al rilievo sarebbe forse tutt’al più plausibile partendo piuttosto dall’idea che il regolamento doveva necessariamente essere impugnato, se del caso con ricorso incidentale. Per altro vi è da dire che qui saremo con ogni probabilità nell’ambito di quella attività di concreto riconoscimento e di estrazione sostanziale delle norme ad onta della difettosa indicazione delle parti che è comunque consentita anche al giudice amministrativo. Da altra angolazione il dubbio potrebbe avere ancora più facile soluzione. Il d.p.r. n. 306/1997 è infatti il parametro normativo sul quale i ricorrenti stessi fondano l’addebito di illegittimità. Pertanto, ove il giudice nutrisse dubbi in ordine alla costituzionalità della stessa legge di delegificazione l’armonia tra potere di rilievo d’ufficio e principio dispositivo nella delimitazione dei motivi d’impugnazione corre su un piano del tutto simile all’ipotesi in cui si tratti di sollevare la questione rispetto alla norma di legge indicata dal ricorrente come violata dall’atto amministrativo impugnato.

⁵⁰ Per inciso, l’abrogazione della norma a seguito della novellazione di cui alla legge n. 229/2003 non sembrerebbe un ostacolo insormontabile ad un ipotetico sindacato del giudice delle leggi, se è vero che la Corte accetta l’esame di leggi abrogate ogni qual volta esse servano da misura per la verifica di legittimità di un atto soggetto a verifica di illegittimità da parte del giudice amministrativo. In relazione alla rilevanza della questione relativamente a leggi non più vigenti ove il giudice *a quo* le debba tuttavia ancora applicare, in particolare in ragione del principio *tempus regit actum* che governa il parametro di legittimità degli atti amministrativi, cfr. tra altre, Corte cost. 21 luglio 2016, n. 203; Id., 29 maggio 2014, n. 151; Id., 24 aprile 2013, n. 78.

⁵¹ Si deve considerare che le contestazioni agitate dall’università nelle vicende processuali in esame non si appuntano sulla circostanza che la misura del 20% sia più o meno adeguata, quanto sul fatto che vi sia un limite dettato da un rapporto percentuale con i trasferimenti da FFO. Più in generale, in merito alla portata ben poco innovativa del d.p.r. n. 306/1997 rispetto al contenuto dell’art. 20, comma 8, lett. c), legge n. 59/1997, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 25 settembre 2012, n. 8085 ove il regolamento viene valutato nei termini della “pedissequa applicazione” delle previsioni già dettate dalla legge autorizzativa.

pello. Il Consiglio di Stato ha ritenuto di poterlo liquidare osservando che sul piano formale la previsione “non impedisce che la regolazione della materia avvenga mediante un regolamento di delegificazione. Quest’ultimo, infatti, rinvie sempre la sua fonte nella legge di autorizzazione che gli fornisce copertura legislativa, mediante, come è avvenuto nella specie, la predeterminazione delle norme generali regolatrici della materia”. Per la verità alla piana lezione di un concetto ben noto in ordine al ruolo che può rivestire la fonte regolamentare quando la riserva di legge non è assoluta⁵² si potrebbe qui forse obiettare qualcosa.

La Corte costituzionale, e proprio in relazione all’art. 33 Cost., già con la sentenza n. 383/1998 aveva legittimato l’attività normativa secondaria “chiamata dalla legge stessa a integrarne e svolgerne in concreto i contenuti sostanziali”, quando “si versi in aspetti della materia che richiedono determinazioni bensì unitarie, e quindi non rientranti nelle autonome responsabilità dei singoli atenei, ma anche tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni legislative”. Con ancora maggior vigore questo concetto è stato recentemente ripreso dalla Corte con la sentenza n. 104/2017⁵³ tanto da indurre la dottrina ad evidenziare che da tale giurisprudenza traspare “un modello di intervento nel settore della finanza dell’Università, nel quale la garanzia autonomistica, che si esplica nella riserva di legge, tollera anche norme secondarie ed atti amministrativi, ma solo quando questi abbiano una giustificazione oggettiva, legata ad esigenze di unitarietà ed alla presenza di un oggetto di disciplina non agevolmente regolabile dalla legge, per la sua mutevolezza e varietà, e nel quale gli elementi tecnici non siano frammisti ad altri di natura politica”⁵⁴.

Sarebbe interessante chiedersi se tali condizioni sussistano in relazione all’oggetto regolato dall’art. 5, comma 1, d.p.r. n. 306/1997. Il dubbio è legittimo non tanto considerando che è poi la legge, nel 2012, ad aver invaso il campo di quel contenuto regolamentare andando a dettagliare quali incrementi contributivi escludere ai fini della verifica del rapporto del 20%, quanto osservando che la

⁵² Sulla natura relativa della riserva di legge prevista dall’art. 33, comma 6, Cost., cfr. in dottrina G. FONTANA, *Commento all’art. 33 Cost.*, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO ed altri), *Commentario alla costituzione*, Torino, 2006, I, 695. Più diffusamente, sul tema, R. CALVANO, *La legge e l’Università pubblica*, Napoli, 2012; A. BARAGGIA, *L’autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo*, Milano, 2016.

⁵³ In *Giur. cost.*, 2017, 1063 ss. con osservazioni di G. SERGES, *Delegazione legislativa, legislazione regionale e ruolo del potere regolamentare*, e di G. TARLI BARBIERI, *L’erompere” dell’attività normativa del Governo alla luce della sent. n. 104 del 2017: conferme e novità da un’importante pronuncia della Corte costituzionale*.

⁵⁴ L. PISCITELLI, *L’autonomia finanziaria*, cit., 77. Più in generale sull’insoddisfacente livello di attuazione dell’autonomia universitaria proclamata dall’art. 33, comma 6, Cost., cfr. M. RAMAJOLI, *La mai attuata autonomia universitaria*, in A. MARRA (a cura di), *L’autonomia universitaria del nuovo millennio*, cit., 27 ss.

fissazione di quel limite – oltre che espressione di una scelta politica – sembrerebbe proprio materia per stabile previsione, come conferma il fatto che resiste immutato da 23 anni a questa parte.

Nel merito poi si è detto che l'autonomia universitaria non sarebbe ingiustificatamente lesa, posto che la predeterminazione con normativa statale di un tetto massimo alla contribuzione sarebbe disciplina attinente al diritto allo studio. Peraltro, la possibilità di agire all'interno di quella forcilla salvaguarderebbe adeguatamente l'autonomia delle università.

Quanto alla denuncia di irrazionalità di un sistema che lega nel modo descritto l'entità della contribuzione studentesca ai finanziamenti pubblici, il rilievo verrebbe superato semplicemente osservando che la diminuzione del FFO è un dato contingente. Successivamente, in relazione al contenzioso già rammentato che ha visto parte l'Università di Chieti, il Consiglio di Stato si è spinto fino ad affermare che la previsione sarebbe ragionevole pure nei casi in cui il trasferimento statale tende a diminuire, poiché tale evento, comune ai pubblici poteri, impone agli Atenei “un uso più oculato delle risorse finanziarie pubbliche”.

L'intento descrittivo del presente contributo non consente di intrattenersi criticamente su tali passaggi motivazionali.

Tuttavia la sensazione è che questo sia uno di quei casi in cui la qualità del sindacato del giudice amministrativo sui regolamenti non può ritenersi un surrogato appagante dell'approccio viceversa tipico con cui la Corte costituzionale verifica la conformità a Costituzione delle leggi⁵⁵.

Da un lato, in punto di ragionevolezza, non emerge alcuna valutazione sul vero nodo della questione. Resta infatti da capire come l'istanza di garanzia del diritto allo studio – per altro già con minuzia presidiata dalle norme in tema di esoneri e riduzioni – possa essere assecondata da una misura che guarda al monte delle tasse dell'ateneo senza porre alcun limite rispetto al singolo iscritto.

D'altro canto, liquidare come fatto irrilevante e contingente la diminuzione del FFO con le conseguenze che questo comporta sull'entità del monte di contribuzione, è davvero una risposta poco consona. In primo luogo perché con ogni probabilità è l'effetto di amplificazione in sé e per sé delle decisioni adottate sull'entità del FFO a dover essere vagliato (e comunque razionalmente giustificato) posto che potrebbe apparire non meno singolare che le università siano facultizzate ad aumentare la contribuzione ove i trasferimenti statali dovessero aumentare. Ma, soprattutto, va evidenziato che la norma è qui chiamata a cattu-

⁵⁵ Sull'opportunità e sull'adeguatezza del sindacato del Giudice amministrativo sui regolamenti le opinioni sono divise. A favore del monopolio del Giudice amministrativo, cfr., tra altri, G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa (ovvero del conflitto tra il principio di gerarchia delle fonti e il principio dispositivo)*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, II, 1052 ss. Non manca chi al contrario auspica che la Corte costituzionale si appropri del sindacato sui regolamenti di delegificazione. Tra altri, cfr. A. MEALE, *La funzione regolamentare nel sistema dei poteri*, Bari, 2000, in part. 111 ss.

rare proprio quel semplice fatto (ovvero l'alternativa che si produce a seconda che il trasferimento da FFO diminuisca e/o aumenti) sicché davvero non si vede come quel fatto possa essere relegato ad un insignificante contingenza insuscettabile di refluire sul sindacato di ragionevolezza, quanto l'addebito che si muove è proprio quello di averlo mal governato.

6. Conclusioni

A chiusura di questo *excursus* sulla giurisprudenza in materia di contribuzione studentesca sembra si possano formulare almeno due considerazioni conclusive.

La prima attiene alla perdurante attualità del problema, e dunque all'esigenza di un intervento della normazione che viceversa lo avvii a soluzione⁵⁶.

Il contenzioso ad oggi definito dal giudice è relativo a vicende amministrative precedenti alla nuova disciplina in tema di tasse universitarie introdotta con la legge n. 232/2016. Tuttavia l'impostazione di fondo delle norme introdotte nel 2016 lascia presumere che i problemi giuridici sul tappeto siano destinati a perpetuarsi. In particolare, pare evidente la difficoltà di conciliare una previsione che stabilisce un limite del monte della contribuzione d'ateneo accertabile ogni anno solo a consuntivo, con lo strumento per la determinazione dei contributi che la legge ora individua nell'apposito regolamento in materia di contribuzione studentesca (art. 1, comma 254, legge n. 232/2016). Una fonte che non solo nel suo impianto di base dovrebbe avere un orizzonte temporale non ridotto al singolo anno, ma che anche per quelle limature che nella pratica ne determinano una "revisione" ogni anno accademico, sembra debba essere giocoforza approvato in un momento – quello cioè necessariamente anteriore alla tornata delle immatricolazioni – in cui di norma non è ancora nota l'entità del FFO assegnata al singolo ateneo, e dunque la grandezza sulla quale andrà poi ad essere verificato il rispetto della misura percentuale prevista dall'art. 5 d.p.r. n. 306/1997. Una fonte, quella regolamentare in cui si esercita la scelta impositiva delle università, che peraltro è funzionalmente diversa dal bilancio di previsione rendendo ancor più problematici quei profili legati alla tecnica di tutela ai quali prima si è accennato⁵⁷.

⁵⁶ Stando ad alcune documentate indagini delle associazioni studentesche la violazione del limite previsto dall'art. 5 d.p.r. n. 306/1997 interesserebbe un numero ragguardevole di atenei. Cfr. il dossier 2018 "ATANEI FUORILEGGE" consultabile al sito www.unione degliuniversitari.it.

⁵⁷ Sebbene il "principio di equilibrio di bilancio" sia richiamato dal legislatore in relazione agli ulteriori casi di esonero o graduazione del contributo che il regolamento potrebbe introdurre (art. 1, comma 259, legge n. 232/2016), ai fini qui in discussione non sembra si possa o bliterare del tutto il fatto che al regolamento in materia di contribuzione studentesca è comun-

Una seconda considerazione attiene invece ad un aspetto completamente diverso e che si distacca dal contingente.

In effetti il contenzioso qui sommariamente esaminato ci consegna una situazione che, a prescindere dai minuti temi critici, forse si presta ad una valutazione non necessariamente negativa.

Da più parti ricorre l'affermazione circa la necessità di porre gli studenti al centro dell'università. Questo del resto era un proclama delle stesse linee guida relative al programma dell'azione governativa che portò poi alla riforma Gelmini⁵⁸. Più in generale si tratta di un'esigenza del tutto consequenziale ad un fattore strutturale dell'attuale università, l'essere cioè "ad accesso generalizzato"⁵⁹.

Ebbene, non solo le vicende del contenzioso sui limiti della contribuzione studentesca evidenziano che questo ruolo è fortemente reclamato dalla comunità studentesca del mondo universitario. Il tutto – forse non a caso – in occasione di attività amministrative di disciplina delle entrate ove gli atenei sembrano invece concepire le relazioni ancora in una assorbente logica bipolare e così in esclusiva dialettica con il Ministero.

Ma tra le cose non scontate per cui la giurisprudenza qui riferita merita segnalazione vi è senza dubbio pure il modo con cui il Giudice amministrativo ha approvato l'iniziativa delle associazioni studentesche.

Trattandosi di ricorsi in cui l'azione delle associazioni è sempre stata affian-

que estraneo il compito della stima delle entrate complessive dell'ente, ivi comprese quelle che deriveranno dai trasferimenti da FFO. In altre parole, prima ancora che un problema di attualità nella lesione, qui sembra si possa revocare in dubbio che sussista contestualità tra adozione dell'atto di disciplina della contribuzione e violazione di legge (*id est* violazione dell'art. 5, comma 1, d.p.r. n. 306/1997). Questo aspetto devierebbe eccessivamente l'indagine sui risvolti processuali, ma si può ipotizzare che si assista ad un caso in cui potrebbe essere utile chiedersi se la tecnica di tutela più aderente alla realtà del fenomeno non sia quella dell'accertamento della non conformità a norma non del singolo provvedimento o atto amministrativo, ma di una più complessa fattispecie e/o situazione.

⁵⁸Cfr. il documento "Linee Guida del Governo per l'Università", 6 novembre 2008, ancora reperibile nel sito www.istruzione.it.

⁵⁹In arg. M. REGINI, *I cambiamenti dell'università italiana in un quadro comparato*, in A. MARRA (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, cit., 19 ss., dove tra l'altro si sottolinea che l'espansione della popolazione universitaria "ha destabilizzato la funzione tradizionale dell'università di socializzare le élite a codici culturali definiti dall'oligarchia accademica; ha fatto nascere l'esigenza di progettare percorsi di studio più *student-centred* e attenti all'occupabilità dei laureati (...)". D'altro canto, l'auspicio verso una sempre maggior attenzione alla componente studentesca che anima l'università, sembra del tutto armonico con altri rilievi che emergono dalle analisi intorno ai macro obiettivi delle riforme dei sistemi universitari, ove si dà evidenza del fatto che uno dei ricorrenti obiettivi sistemici perseguiti dai governi è il reindirizzamento della *mission* delle università verso le esigenze socio-economiche, in chiave di accrescimento dell'utilità sociale – percepita dalle collettività di riferimento – dei sistemi universitari, In arg. G. CAPANO, *Obiettivi e tendenze delle riforme dei sistemi universitari europei*, in *Scuola democratica*, fasc. 1/2015, 123 ss., in part. 126.

cata a quella promossa da singoli studenti, in apparenza potrebbe sembrare privo di significato il fatto che i giudici abbiano sorvolato sul controvertibile profilo della legittimazione di queste associazioni⁶⁰.

Una volta però che si abbia chiaro che il giudice amministrativo con queste pronunce ha volutamente reso una decisione “restitutoria” praticamente spendibile anche dai singoli studenti non ricorrenti sarebbe ingenuo non riconoscere significato all’omessa valutazione di quel profilo.

Nei fatti e dal punto di vista pratico, qui il giudice amministrativo ha dato riscontro positivo ad un’iniziativa che somiglia ad un giudizio collettivo⁶¹ bypassando ogni approfondimento della legittimazione dell’associazione studentesca attraverso l’espedito della doverosità amministrativa dell’attivazione successiva al giudicato⁶².

⁶⁰ Non si vuol certo entrare qui nel tema della legittimazione ad agire per la tutela di interessi collettivi. Si deve però quantomeno rilevare che l’aprobolicità della legittimazione delle associazioni studentesche a gravare le scelte in materia di tasse universitarie è solo apparente. Pur concedendo che si tratti di un tipico caso di interesse collettivo ma non diffuso – e che pertanto si assista ad un fenomeno di legittimazione concorrente di individuo ed associazione per interessi egualmente orientati – non è scontato che con ciò si superi il vaglio delle tipiche regole poste dalla giurisprudenza in materia di legittimazione delle associazioni. Ad es., ci si potrebbe interrogare in ordine ad un possibile profilo di contrasto di interessi rispetto alla posizione degli studenti esonerati da contribuzione – che per la verità sono i primi intestatari delle misure preordinate a garantire il diritto allo studio che queste associazioni si ripromettono di difendere “istituzionalmente” – posto che per costoro la decisione amministrativa di imporre una contribuzione eccedente il limite del 20% dettato dall’art. 5 del d.p.r. n. 306/1997, giocoforza gravante sugli altri studenti, si potrebbe addirittura prospettare come favorevole, dato che consente alle università di assicurare migliori servizi. Sul tema del conflitto di interessi tra associati, come fattore preclusivo della legittimazione delle associazioni, cfr., tra le molte, Cons. Stato, Ad plen., 2 novembre 2015, n. 9; Cons. Stato, Ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 2 gennaio 2020, n. 1. Sulla natura aggiuntiva della legittimazione delle associazioni ove si versi nel modello degli interessi collettivi, a differenza di quanto accade ove gli interessi siano diffusi, cfr., nel processo amministrativo, per tutti, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 195.

⁶¹ Affine, sembrerebbe, al modello del giudizio collettivo di tipo improprio (o risarcitorio), dove cioè si persegue la tutela di distinti interessi individuali, ovvero la pluralità di diritti soggettivi omogenei. Per riferimenti ai diversi modelli di giudizio collettivo, cfr., per tutti, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 420 ss.

⁶² Anche per questo si è ritenuto di poter accostare l’esito pratico delle pronunce qui esaminate al fenomeno del giudizio collettivo, ove appunto si pone il tema dell’efficacia *ultra partes* del giudicato. Anche su quest’ultimo profilo, non si può che rinviare alla letteratura sul tema ed in particolare a R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 246 ss. e 420 ss. È appena il caso di rilevare che le vicende sulla contribuzione studentesca esaminate in questa sede non sembra si prestino ad un uso dello strumento della c.d. *class action* amministrativa contemplato dal d.lgs. n. 198/2009. A tacer d’altro, la reazione contro gli atti dell’università che dispongano una tassazione esorbitante il limite previsto dall’art. 5 del d.p.r. n. 306/1997 non pare possa essere ricondotta alle fattispecie contemplate dall’art. 1 del d.lgs. n. 198/2009, ove si fa riferimento alla lesione derivante “dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di

Per quanti aspetti critici si possano sollevare in merito, si può forse coltivare la suggestione che ciò risponda all'idea di collocare gli studenti universitari come comunità, al centro, appunto, della scena.

servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici” stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici dalle autorità di regolazione e, per le pubbliche amministrazioni, dalle medesime in conformità alla disciplina sulla performance. Fermo questo rilievo, l'associazione ventilata nel testo tra la portata pratica “restitutoria” in senso lato *erga omnes* della sentenza resa dal giudice amministrativo nelle vicende sulla contribuzione studentesca ed il modello del giudizio collettivo consente di valutare la presa di posizione non scontata e per così dire “forte” implicata nella tecnica decisoria qui adottata dal giudice amministrativo, a maggior ragione se messa a confronto con i limiti normativi invece imposti alla *class action* amministrativa disciplinata dal d.lgs. n. 198/2009. Uno strumento, quest'ultimo, che non solo non consente di ottenere risarcimenti (art. 1, comma 6, d.lgs. n. 198/2009), ma che circoscrive l'ordine giudiziale di porre rimedio alla violazione accertata “nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica” (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 198/2009). Per un inquadramento dell'istituto del ricorso per l'efficienza della p.a. ex d.lgs. n. 198/2009, tra i primi, U. G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 246 ss.; più diffusamente C. DEODATO, M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A. per l'efficienza dell'amministrazione. Commento organico al decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198*, Roma, 2010.

INSEGNAMENTO UNIVERSITARIO IN LINGUA INGLESE E AUTONOMIA DIDATTICA

Luca Belviso

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso del Politecnico di Milano di fronte al giudice amministrativo (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348 e Cons. Stato, sez. IV, ord. 22 gennaio 2015, n. 242). – 3. Il caso del Politecnico di Milano di fronte alla Corte costituzionale (Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 42). – 4. Gli ultimi risvolti della vicenda (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2018, n. 617; Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7694). – 5. Il dibattito dottrinale: sull’asserito contrasto con il principio di ufficialità e primato della lingua italiana. – 6. Il dibattito dottrinale: sull’asserito contrasto con la libertà d’insegnamento e il diritto allo studio. – 7. Conclusioni. La necessaria valorizzazione dell’autonomia universitaria alla luce dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza.

1. *Premessa*

Il regime linguistico delle amministrazioni sta risentendo, nei suoi più recenti sviluppi, del processo di apertura europea e globale del sistema amministrativo italiano, con il tendenziale affermarsi, pur nell’ambito di una politica non certo unitaria, di discipline che promuovono l’uso di lingue diverse dall’italiano da parte delle amministrazioni nazionali nello svolgimento delle proprie attività di rilevanza europea e globale¹.

Tale tendenza ha investito anche le Università, chiamate oggi a produrre una ricerca rilevante sul piano internazionale e a fornire ai propri studenti competenze, professionali e culturali, adeguate ad un mercato del lavoro di dimensione non più esclusivamente nazionale. Infatti, “il tentativo di non subire passiva-

¹In questo senso, E. CHITI, M.E. FAVILLA, *Il regime linguistico delle amministrazioni nel processo di apertura europea e globale del sistema amministrativo italiano*, in E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, vol. VI, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 263, che rilevano che tali sviluppi “non danno luogo [...] a una politica linguistica unitaria” e che “le discipline che vengono emergendo rappresentano, piuttosto, un insieme di regimi giuridici tra loro relativamente autonomi, messi a punti in settori differenti e in risposta a problemi di volta in volta diversi”.

mente i processi in corso, ma di governare, nei limiti del possibile, l'apertura europea e globale" della realtà universitaria ha spinto taluni Atenei ad assumere misure per promuovere l'uso di lingue straniere, impartendo corsi o ampliando il numero degli insegnamenti in lingua diversa dall'italiano, e in particolare, non senza rilievi critici e a differenza che in altri settori dell'agire amministrativo, esclusivamente in inglese, idioma dominante nella comunicazione scientifica internazionale².

D'altra parte, però, tali misure, assunte sotto l'egida dell'internazionalizzazione³, recano con sé il rischio di marginalizzazione e conseguente regressione dell'italiano, non solo quale lingua in sé, ma anche e soprattutto per il suo essere vettore di tradizioni, identità, valori, storia e cultura.

Se i linguisti evidenziano la tensione fra il ruolo comunicativo e il ruolo simbolico del linguaggio, la riflessione giuridica si sofferma sulla grande sfida che vive oggi l'autonomia universitaria e che concerne il "se", ed eventualmente "in che misura", gli Atenei possano impartire la didattica in lingua inglese.

La questione evoca un dibattito che vede contrapposte, da un lato, la libertà delle Università di determinare la programmazione didattica nella direzione di una maggiore internazionalizzazione, dall'altro, la difesa di un'affermata primazia della lingua nazionale.

Tale dibattito è emerso in sede di contenzioso e, successivamente, anche in ambito scientifico. L'insegnamento in inglese nelle aule universitarie, infatti, è stato oggetto di un'interessante vicenda che ha interessato il Politecnico di Milano, su cui si sono pronunciati i giudici amministrativi, la Corte costituzionale, oltre che diversi studiosi, amministrativisti e costituzionalisti, divisi idealmente fra i fautori dell'internazionalizzazione e i difensori del primato della lingua italiana.

La vicenda è sorta, in particolare, dalla decisione⁴ dell'Ateneo meneghino di rendere obbligatorio ed esclusivo l'utilizzo della lingua inglese per tutti gli inse-

² Per il virgolettato, ancora, E. CHITI, M.E. FAVILLA, *Il regime linguistico delle amministrazioni nel processo di apertura europea e globale del sistema amministrativo italiano*, cit., 255-256. In relazione all'internazionalizzazione "a senso unico" del settore universitario – ma non di altri settori dell'agire amministrativo, come ad esempio quello militare – tali Autori rilevano che l'internazionalizzazione "non promuove l'uso della sola lingua inglese [...] è un processo più complesso, che porta con sé normative che promuovono anche l'uso di altre lingue". Tale rilievo è fatto proprio anche dal TAR Lombardia nella sentenza che verrà di seguito esaminata (cfr. nt. 12).

³ L'internazionalizzazione viene intesa come "crescente serie di attività e iniziative di interscambio scientifico, culturale, formativo che scavalca le frontiere fra gli Stati [...]. Si parla di internazionalizzazione con riferimento alla mobilità fisica dei soggetti, alla cooperazione accademica e al trasferimento delle conoscenze scientifiche o alla combinazione plurinazionale di programmi di formazione". Così, R. MOSCATI, *Università*, in *Enc. del Novecento Treccani*, III, 2004, par. 7.

⁴ La decisione del Politecnico si è articolata in diverse delibere, fra cui l'ultima, quella direttamente incidente nella sfera giuridica di docenti e studenti, assunta dal Senato Accademico in data 21 maggio 2012.

gnamenti dei corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca, a partire dall'anno accademico 2014/2015.

Tale delibera si è inserita nell'ambito di una più ampia strategia volta a dare attuazione all'art. 2, comma 2, lett. l), legge 30 dicembre 2010, n. 240, che pone "il rafforzamento dell'internazionalizzazione" quale obiettivo degli Atenei e prevede che questi possano a tal fine assumere diverse misure, fra cui anche l'attivazione di insegnamenti e corsi di studio in lingua straniera⁵.

L'estromissione della lingua italiana dalla formazione universitaria più specializzante ha tuttavia incontrato diverse resistenze, sia esterne all'Ateneo – e in merito posizioni critiche sono state assunte dall'Accademia della Crusca e da altri difensori del primato della lingua italiana – sia, soprattutto, interne, da parte di diversi docenti dell'Università milanese.

Questi ultimi, che nelle more dell'iter deliberativo avevano già espresso remorse circa una politica d'internazionalizzazione tanto radicale, una volta adottata la delibera finale, hanno infatti deciso di attivare la macchina giurisdizionale, dando vita a quella serie di decisioni giudiziarie, a cui si è già accennato, che verranno analizzate nel presente studio.

Proprio quest'ultima analisi, che si allargherà anche al dibattito scientifico che è sorto sulla questione, consentirà di osservare se e quanto l'autonomia universitaria sia stata valorizzata, gettando le basi per una più ampia riflessione conclusiva focalizzata sulla prospettazione di soluzioni alternative a cui addivenire attraverso un bilanciamento degli interessi in tensione improntato all'applicazione dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza.

2. *Il caso del Politecnico di Milano di fronte al giudice amministrativo (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348 e Cons. Stato, sez. IV, ord. 22 gennaio 2015, n. 242)*

Come anticipato, le resistenze verso tale strategia d'internazionalizzazione hanno condotto numerosi docenti del Politecnico di Milano a rivolgersi al TAR Lombardia per chiedere l'annullamento della delibera con cui l'Ateneo milanese aveva disposto l'attivazione di corsi universitari di formazione specializzante

⁵La riforma Gelmini ha infatti cercato di valorizzare l'internazionalizzazione. Cfr. art. 2, comma 2, lett. l), secondo cui le Università statali devono perseguire il "rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca e l'attivazione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera", ma anche gli artt. 5, comma 5, 23, comma 3 e 26 della legge n. 240/2010. In dottrina, cfr. fra gli altri, M. GIOVANNINI, *Internazionalizzazione e lingua degli insegnamenti universitari: la desiderabile autonomia delle università italiane*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, n. 1, 139-175.

esclusivamente in lingua inglese, ritenendo che tale decisione contrastasse con la Costituzione e con alcune disposizioni di legge in materia di insegnamento universitario, nonché con il principio di proporzionalità.

Il Giudice amministrativo di primo grado (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348)⁶ ha accolto il ricorso e annullato tale delibera.

Per giungere a tale esito, il Tribunale amministrativo costruisce un sistema in cui il testo costituzionale e le disposizioni di legge ordinaria in materia di insegnamento universitario vengono interpretate e combinate insieme sino ad arrivare ad indicare agli Atenei la via per far procedere l'internazionalizzazione nei binari della legittimità.

a) Fra le doglianze promosse dai ricorrenti e accolte dal Giudice, v'è quella secondo cui tale scelta contrasterebbe con i principi costituzionali dell'ufficialità e centralità della lingua italiana (art. 6 Cost.), della libertà di insegnamento (art. 33 Cost.) e del diritto allo studio (art. 34 Cost.).

Fra i parametri costituzionali evocati nel ricorso e oggetto di disamina da parte del Tribunale amministrativo, ha assunto un ruolo cruciale quello di ufficialità e centralità, o primato, della lingua italiana.

In merito, il Giudice ricorda che quest'ultimo principio è desumibile dalla Costituzione, benché da essa non espressamente previsto (oltre che rinvenibile in diffusi "luoghi" dell'ordinamento giuridico⁷). Infatti, secondo il Tribunale amministrativo, il suo fondamento si può cogliere, in via indiretta, *a contrario*, dall'art. 6 Cost., che prevede la tutela delle minoranze linguistiche, recando sottesa l'idea, inespressa, che la lingua italiana sia idioma ufficiale della Repubblica.

⁶Fra i commenti alla decisione, si vedano: M. D'ANGELOSANTE, *L'internazionalizzazione degli atenei e la didattica universitaria parlano la stessa lingua?*, in *Munus*, 2013, n. 2, 337 ss.; P. CARETTI, A. CARDONE, *Ufficialità della lingua italiana e insegnamento universitario: le ragioni del diritto costituzionale contro l'esterofilia linguistica*, in *Giur. Cost.*, 2013, 655 ss.; G. FONTANA, *Che lingua parla l'Università italiana?*, in *Rivista AIC*, 2013, 1-7; D.U. GALETTA, *Basic English for all? No Grazie! Come e perché il TAR Lombardia ha bloccato la fuga in avanti del Politecnico di Milano*, in *www.giustamm.it*, 2013, n. 6, 1-10; G. MILANI, *Il TAR della Lombardia bocchia l'internazionalizzazione "a senso unico" dell'Università: annullata la delibera del Politecnico di Milano che prevedeva l'uso esclusivo dell'inglese per le lauree magistrali e dottorati*, in *www.federalismi.it*, 2013, n. 20, 1-7.

⁷Oltre ad essere ricavabile indirettamente dal testo costituzionale, detto principio, come ricorda il Giudice, è previsto, espressamente, da alcune disposizioni di legge costituzionale (cfr. art. 99 del Testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, approvato con d.p.r. 31 agosto 1972, n. 670, nonché, benché non citato nella sentenza, l'art. 38 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4, con cui è stato approvato lo Statuto speciale per la Valle d'Aosta), di legge ordinaria (cfr. art. 1, commi 1 e 2 e artt. 4,5, e 6 della legge 15 dicembre 1999, n. 482), nonché dalla consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale (Corte cost., 22 maggio 2009, n. 159 e Corte cost., 20 gennaio 1982, n. 28). Si segnala, inoltre, che lo stesso principio gode anche di un riferimento espresso e specifico nella legge ordinaria con riferimento all'insegnamento universitario: l'art. 271 del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, stabilisce, infatti, che "la lingua italiana è la lingua ufficiale dell'insegnamento e degli esami in tutti gli stabilimenti universitari".

Successivamente il Giudice lega l'ufficialità della lingua italiana alla sua centralità e primazia rispetto a tutte le altre.

Secondo il Tribunale amministrativo, infatti, l'ufficialità "non può tradursi in una vuota formula o in una mera dichiarazione di intenti", dovendo assumere "valenza di principio cogente, immediatamente operativo", che "ne determina il primato in ogni settore della vita dello Stato", compreso dunque anche l'insegnamento universitario.

Ciò significa che, all'interno dello Stato italiano, e dunque anche nelle sue Università, la lingua italiana non possa avere un ruolo subordinato, secondario o, ancora, marginale. Non possa, più concretamente, ricevere trattamenti deteriori rispetto a tutte le altre lingue: sia quelle minoritarie espressamente tutelate dall'ordinamento, ma anche – aggiunge il Giudice in altro passo molto rilevante – *a fortiori*, quelle che difettano di qualsivoglia disposizione di salvaguardia, come appunto l'inglese e tutte le altre lingue straniere.

Come si può cogliere dagli *obiter dicta* della decisione, tale principio ha una duplice "ragion d'essere": da un lato, per ciò che concerne la sua natura, la lingua italiana "è espressione del patrimonio linguistico e culturale dello Stato", dall'altro, in relazione alla sua finalità, essa "tende a garantire la conoscenza e la diffusione dei valori che ispirano lo Stato italiano".

Oltre a tale profilo d'illegittimità, il Giudice accoglie i rilievi dei ricorrenti volti a mettere in evidenza il contrasto della determinazione del Politecnico con altri due principi costituzionali: la libertà d'insegnamento e il diritto allo studio.

Secondo il Tribunale amministrativo, infatti, alla luce di tali principi, "il docente che esercita in un'istituzione pubblica deve poter scegliere di trasmettere le conoscenze nella lingua italiana" e, simmetricamente, "il discente deve essere posto in condizione di avvalersi della lingua italiana per la formazione praticata in una Università italiana".

Libertà, queste ultime, che, per lo stesso Tribunale, sono state entrambe negate dal Politecnico di Milano, non risultando persuasiva la tesi della difesa che sosteneva che non vi fosse alcun pregiudizio (perlomeno) alla libertà d'insegnamento in base al fatto che l'Ateneo concedeva ai docenti dei corsi del biennio magistrale che intendevano continuare ad insegnare in lingua italiana la possibilità di spostare la propria attività didattica nel triennio di base.

Per il Giudice, infatti, costringere il docente ad abbandonare un corso optando per uno diverso, solo per il rifiuto di insegnare in lingua straniera, già lede i principi succitati, il cui rispetto esige invece che "lo stesso insegnamento possa essere mantenuto in italiano – salvo il caso in cui subentrino particolari esigenze organizzative dell'Ateneo⁸ – dal medesimo docente".

⁸ Il TAR Lombardia fa riferimento alle esigenze organizzative che possono condurre all'accorpamento di corsi, alla loro suddivisione, all'istituzione di nuovi corsi o alla loro soppressione.

b) La decisione del TAR Lombardia analizza anche un'altra censura presente nel ricorso, basata sul conflitto fra la strategia del Politecnico e – anziché il dettato costituzionale – alcune disposizioni di fonte primaria, e in particolare: l'art. 271 del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, che sancisce l'ufficialità e il primato dell'italiano nell'insegnamento universitario, ma anche il già richiamato art. 2, comma 2, lett. l), della legge Gelmini, disposizione che pone l'internazionalizzazione quale obiettivo degli Atenei.

Per analizzare tale doglianza, il Giudice esamina proprio il rapporto intercorrente fra le due norme primarie, in quanto l'Avvocatura dello Stato aveva sostenuto che la seconda disposizione, in forza della quale l'Ateneo aveva avviato la strategia d'internazionalizzazione fosse – oltre che chiaramente non violata – idonea ad abrogare tacitamente e implicitamente la prima quale disposizione incompatibile più remota.

In merito, il Tribunale amministrativo rigetta tale tesi difensiva, ritenendo che il loro rapporto non sia strutturabile in termini di incompatibilità, avendo “ambiti di operatività differenti”.

Successivamente, il Giudice mette in luce il contrasto della determinazione del Politecnico con l'art. 2, comma 2, lett. l), della legge Gelmini, come avevano prospettato i ricorrenti. Quest'ultima disposizione, e dunque la via dell'internazionalizzazione, deve essere interpretata, infatti, per il Tribunale amministrativo, coerentemente al principio costituzionale del primato della lingua italiana, altrimenti dovendosi dubitare della sua stessa legittimità costituzionale.

Detta esigenza determina, secondo il Giudice, che le misure ivi previste, come appunto l'attivazione di insegnamenti e corsi di studio in lingua straniera, non debbano collocare la lingua italiana in posizione di secondo piano rispetto alle lingue straniere e, perciò – più chiaramente – che l'inglese possa soltanto affiancare⁹, e mai sostituire, la lingua italiana.

Alla luce di tale inquadramento, il Giudice coglie l'illegittimità nella direzione intrapresa dal Politecnico, che, mal interpretando la succitata disposizione, “in una logica diametralmente opposta a quella sottesa al principio, di rilevanza costituzionale, del primato della lingua italiana”, oltre che in maniera non coerente ai mezzi¹⁰ (e alla finalità¹¹) dell'internazionalizzazione medesima, sostitu-

⁹ Il Giudice non illustra compiutamente in cosa consista tale affiancamento, a differenza di quanto invece farà la Consulta. Tuttavia, qualche indicazione si coglie da due *obiter dicta*: il primo, in cui il Giudice afferma che il primato della lingua italiana “non esclude l'attivabilità di corsi di laurea anche in lingua straniera”; il secondo, in cui il Giudice asserisce che “spetta alle Università selezionare gli insegnamenti” che si prestano ad essere impartiti in inglese, in quanto presentano una vocazione internazionale o in considerazione delle loro origini e sviluppo scientifico.

¹⁰ Secondo il Giudice, infatti, il Politecnico “persegue l'obiettivo dell'internazionalizzazione eccedendo i mezzi consentiti a tale scopo [...] perché l'apertura internazionale dell'Università non si estende sino alla possibilità di sopprimere per interi corsi di laurea l'uso della lingua italiana”.

¹¹ Cfr. nt. 12. Il Tribunale amministrativo accoglie infatti quanto asserito dai ricorrenti in rela-

va l'inglese all'italiano in relazione a tutti gli insegnamenti di tutti i corsi di laurea magistrale, oltre che ai corsi di dottorato, estromettendo la lingua ufficiale dalla formazione universitaria più specializzante (lasciandola invece solo per quella del triennio di base).

E con l'ulteriore aggravante, sostiene il Giudice, che l'appiattimento dell'offerta formativa sulla sola lingua inglese si sarebbe realizzato in maniera indiscriminata, senza considerare che esistono corsi e insegnamenti in cui la trasmissione del sapere è inevitabilmente connessa alla tradizione e ai valori della cultura italiana, della quale il linguaggio è espressione (fra questi insegnamenti, il Giudice cita, ad esempio, il diritto amministrativo).

c) Per ultimo, il Giudice ha accolto l'ulteriore doglianza dei ricorrenti secondo cui la determinazione del Politecnico arrecherebbe pregiudizio al principio di proporzionalità, giacché non sarebbe coerente con l'obiettivo dell'internazionalizzazione¹² e comunque inciderebbe in modo esorbitante sulla libertà di insegnamento dei docenti e sul diritto allo studio¹³.

Tale decisione è stata appellata dal Politecnico di Milano e dall'allora Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca Scientifica (MIUR) dinnanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo, a fronte delle ragioni a sostegno dell'appello e dopo aver acquisito la documentazione indispensabile al fine di decidere¹⁴, ha ritenuto che la delibera del Politecnico fosse conforme alla legge, ma, in dubbio circa la legittimità costituzionale della stessa previsione normativa alla base della strategia d'internazionalizzazione, ha deciso di sospendere il giudizio e rimettere la

zione alla finalità dell'internazionalizzazione, che sarebbe quella di "promuovere l'integrazione fra le culture, non di imporle una a scapito delle altre".

¹²La mancanza di coerenza con l'obiettivo dell'internazionalizzazione deriva, per il Tribunale, dal fatto che: i) si tratta di un'apertura limitata ad una sola lingua straniera, per quanto diffusa fra persone di diversa nazionalità; ii) l'esclusione dell'italiano in relazione a quei corsi comporta che l'apertura verso l'estero sia unidirezionale, dimenticando che l'internazionalizzazione "è un obiettivo complesso [...] che non si traduce solo nell'arricchire la didattica italiana con i valori di culture straniere [...] ma comprende [anche] la possibilità che siano conosciute all'estero – perlopiù attraverso gli studenti stranieri che studiano in Italia – le specificità della didattica italiana e ciò si realizza, specie negli insegnamenti più permeati di cultura italiana, nel conservare l'uso della lingua italiana".

¹³Il Tribunale amministrativo ritiene, infatti, che la scelta di estromettere l'italiano dalla formazione universitaria più specializzante, oltre a non essere coerente con l'obiettivo dell'internazionalizzazione, incida in misura esorbitante sugli "interessi di cui sono portatori insegnanti e studenti [che] vengono sacrificati in una misura di gran lunga eccedente rispetto a quanto necessario per realizzare l'obiettivo dell'internazionalizzazione". Infatti, come illustra il Giudice, tale delibera "obbliga i docenti, che in esercizio della loro libertà di insegnamento intendono continuare la docenza nei corsi già gestiti del biennio magistrale, ad insegnare necessariamente in lingua inglese, adattando a ciò i programmi, i testi, la didattica, nonché acquisendo conoscenze della lingua inglese prima non richieste"; allo stesso modo, "gli studenti che intendono completare presso il Politecnico la propria formazione specializzante [...] dovranno necessariamente abbandonare l'uso della lingua italiana" a favore dell'inglese.

¹⁴Cfr. Cons. Stato, sez. VI, ord. istruttoria 11 aprile 2014, n. 1779.

questione alla Consulta (Cons. Stato, sez. IV, ord. 22 gennaio 2015, n. 242)¹⁵.

Il Supremo Consesso di giustizia amministrativa, in particolare: da un lato, “anticipa un giudizio di legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati in primo grado”¹⁶ ritenendo – in contrapposizione alla sentenza di primo grado – che l’art. 2, comma 2, lett. l), della legge n. 240/2010 abroghi l’art. 271 del r.d. n. 1592/1933 e sia idoneo a legittimare la strategia del Politecnico, giacché “l’attivazione di corso in lingua inglese, nella lettera della norma, non è soggetta a limitazioni né a condizioni”; dall’altro, tuttavia, senza tentare l’interpretazione conforme¹⁷ – operazione che diversamente aveva compiuto il giudice amministrativo di primo grado – ha dubitato della stessa legittimità costituzionale della disposizione succitata “nella parte in cui consente l’attivazione generalizzata ed esclusiva, cioè con estromissione dell’italiano, di corsi di studio universitari in lingua straniera”, con particolare riguardo agli artt. 3, 6 e 33 Cost.

3. *Il caso del Politecnico di Milano di fronte alla Corte costituzionale (Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 42)*

La Corte costituzionale, adita dal giudice amministrativo, ha rigettato la questione sollevata adottando una sentenza interpretativa di rigetto (Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 42)¹⁸, e cioè ha “fatto salvo” l’art. 2, comma 2, lett. l) della legge n. 240/2010, pur individuando un’interpretazione volta a ricondurlo nell’alveo della legittimità costituzionale.

Nel merito, la Consulta mette in evidenza che la disposizione indubbiata, che non fa alcun testuale riferimento al carattere di esclusività dei corsi in lingua inglese, se fosse interpretata “nel senso che agli Atenei sia consentito predisporre un’offerta formativa che contempli interi corsi di studio impartiti esclusivamente in una lingua diversa dall’italiano, anche in settori nei quali l’oggetto stesso dell’insegnamento lo richieda”, contrasterebbe con tutti i parametri di costitu-

¹⁵ Su tale ordinanza, cfr. C. NAPOLI, *L’internazionalizzazione delle università italiane tra previsioni legislative e discrezionalità amministrativa: il caso del Politecnico di Milano*, Nota a Consiglio di Stato, ordinanza 22 gennaio 2015, n. 242, in *www.federalismi.it*, 2015, n. 17, 1-15.

¹⁶ Così, C. NAPOLI, *Quando la ritenuta opportunità di un intervento della Corte Costituzionale attenua l’onere del giudice a quo di tentare l’interpretazione conforme*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile 2017, 4.

¹⁷ In questo senso, ancora, C. NAPOLI, *Quando la ritenuta opportunità di un intervento della Corte Costituzionale attenua l’onere del giudice a quo di tentare l’interpretazione conforme*, cit., 5.

¹⁸ In quanto tale, come ricorda D.U. GALETTA, *Internazionalizzazione degli Atenei e tutela dei principi costituzionali del primato della lingua italiana, della parità di accesso all’istruzione universitaria e della libertà d’insegnamento: alla ricerca del punto di equilibrio (commento a Corte Cost., sentenza 2017/42)*, in *www.giustamm.it*, 2017, 4-5, “i parametri di riferimento che essa fornisce dovranno fungere da guida non soltanto per tutti i giudici – ma anche – per tutti gli organi amministrativi”, sicché gli Atenei dovranno tenerne conto nel predisporre la propria offerta formativa.

zionalità evocati dal giudice *a quo*, che sarebbero soggetti ad un “illegittimo sacrificio”.

a) Infatti, per la Corte, la disposizione succitata contrasterebbe primariamente con il principio di ufficialità, e quindi primazia, della lingua italiana, ricavabile indirettamente dall’art. 6 Cost.

La Consulta rileva, a tal fine, che le legittime finalità dell’internazionalizzazione non possono estromettere l’italiano dalla formazione universitaria più specializzante e così “ridurre la lingua italiana, all’interno dell’Università italiana, a una posizione marginale e subordinata, obliterando quella funzione, che le è propria, di vettore della storia e dell’identità della comunità nazionale, nonché il suo essere, di per sé, patrimonio culturale da preservare e valorizzare”. Inoltre, tale estromissione non sarebbe legittima – andando oltre rispetto a quanto detto dal TAR Lombardia – neppure “in settori nei quali l’oggetto stesso dell’insegnamento lo richieda”.

Il Giudice delle leggi avverte, tuttavia – forse per far scudo alla critica, che infatti poi è sorta, di aver assunto una posizione eccessivamente difensiva – che la tutela dell’italiano non è espressione di “una formale difesa di un retaggio del passato inidonea a cogliere i mutamenti della modernità”.

Diversamente, tale protezione si riconnette, come si coglie dalle parole della Corte sopra riportate, alla “ragion d’essere” di tale principio, individuabile – parallelamente a quanto già osservato nella sentenza del TAR Lombardia – nella natura dell’italiano quale “bene culturale in sé” da preservare e valorizzare¹⁹ e, soprattutto, nella sua funzione di vettore della storia, dell’identità, delle tradizioni e dei valori della Repubblica. Natura e finalità, queste ultime, che vanno protette, secondo la Corte, dalle insidie connesse alla globalizzazione, come il “plurilinguismo della società contemporanea” e la “diffusione a livello globale dell’inglese”, che spingono, in direzione opposta, verso la marginalizzazione della lingua ufficiale.

b) In secondo luogo, per il Giudice delle leggi, la disposizione censurata contrasterebbe con il principio di uguaglianza, in relazione alla parità nell’accesso all’istruzione universitaria e, dunque, al diritto allo studio, con pregiudizio degli artt. 3 e 34 Cost.

Come sostiene la Consulta, infatti, la decisione del Politecnico impone agli studenti, “quale presupposto per l’accesso ai corsi, la conoscenza di una lingua diversa dall’italiano, così impedendo, in assenza di adeguati supporti formativi, a coloro che, pur capaci e meritevoli, non la conoscano affatto, di raggiungere i gradi più alti degli studi, se non al costo, tanto in termini di scelte per la propria

¹⁹La Corte richiama, in merito, anche l’art. 9 Cost. A segnalare la novità del richiamo, R. CARTA, *La lingua come elemento identitario e vettore di trasmissione di cultura tra esigenze di internazionalizzazione e autonomia universitaria: nota a margine della sentenza 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 maggio 2018, 4.

formazione e il proprio futuro, quanto in termini economici, di optare per altri corsi universitari o, addirittura, per altri Atenei”.

c) Infine, la disposizione indubbiata si porrebbe in contrasto, secondo la Consulta, con la libertà d’insegnamento di cui all’art. 33 Cost., dato che la determinazione del Politecnico, per un lato, priva il docente della “scelta sul come comunicare con gli studenti, indipendentemente dalla dimestichezza ch’egli stesso abbia con la lingua straniera”, per un altro, lo discrimina in relazione al conferimento degli insegnamenti, che non devono essere attribuiti in base “a una competenza – la conoscenza della lingua straniera – che nulla ha a che vedere con quelle verificate in sede di reclutamento e con il sapere specifico che deve essere trasmesso ai discenti”.

Tuttavia, senza dichiarare l’incostituzionalità della disposizione sopra citata, il Giudice delle leggi ha ritenuto che sia possibile darne una lettura costituzionalmente orientata tale da contemperare le esigenze derivanti dai parametri di costituzionalità summenzionati con quelle sottese all’internazionalizzazione. Proprio l’internazionalizzazione rappresenta, infatti, utilizzando le parole della Corte, una finalità “voluta dal legislatore e perseguibile dagli Atenei in attuazione della loro autonomia costituzionalmente garantita”. In quanto tale, essa incarna un fine non solo legittimo, ma anche – e ciò emerge da uno dei passi della decisione ove si nota la volontà della Corte di trovare un compromesso fra i diversi interessi in gioco – doveroso, costituendo un obiettivo in vario modo “perseguibile e, comunque sia, da perseguire”.

Nella parte finale della sentenza, la Consulta specifica allora quale sia la direzione dell’internazionalizzazione costituzionalmente ammessa.

In particolare, in base a quanto essa afferma, i principi costituzionali sopra richiamati “sono incompatibili con la possibilità che interi corsi di studio siano erogati esclusivamente in una lingua diversa dall’italiano”, mentre non precludono “la facoltà, per gli Atenei che lo ritengano opportuno, di affiancare, all’erogazione di corsi universitari in lingua italiana, corsi in lingua straniera, anche in considerazione della specificità di determinati settori scientifico-disciplinari”, realizzando un’offerta formativa in cui lo stesso corso viene “doppiato” e tenuto in entrambe le lingue.

Allo stesso modo, come specifica la Consulta, gli Atenei possono decidere, “nell’ambito della propria autonomia”, di erogare singoli insegnamenti anche esclusivamente in lingua straniera “in considerazione delle [loro] peculiarità e delle [loro] specificità”. In ogni caso, avverte la Corte, “di questa facoltà data dal legislatore, gli Atenei debbono farvi ricorso secondo ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza – senza dunque esagerare – così da garantire pur sempre una complessiva offerta formativa che sia rispettosa della Costituzione, dunque del primato della lingua italiana, così come del principio d’eguaglianza, del diritto allo studio e della libertà d’insegnamento”.

4. *Gli ultimi risvolti della vicenda (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2018, n. 617; Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7694)*

Dopo la decisione della Corte costituzionale, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2018, n. 617)²⁰ ha rigettato l'appello presentato dal Politecnico di Milano e dall'allora MIUR e, per l'effetto, muovendosi nel tracciato segnato dalla Consulta, confermato, pur con diversa motivazione, la sentenza assunta in primo grado dal TAR Lombardia.

La vicenda è stata tuttavia riproposta al giudice amministrativo, posto che, dopo la decisione summenzionata, i docenti, già ricorrenti in primo grado, hanno esperito ricorso di ottemperanza, ritenendo che l'Ateneo avesse violato il giudicato continuando a predisporre un'offerta formativa erogata esclusivamente in lingua inglese, al più consentendo qualche insegnamento in lingua italiana.

Il Consiglio di Stato, acquisita la documentazione necessaria per decidere²¹, ha ritenuto il ricorso infondato (Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7694).

Per il Giudice, infatti, la sentenza di cognizione passata in giudicato “non ha preteso – come invece ha fatto la Consulta – che ciascun corso di lingua inglese venga “doppiato” da un corso di lingua italiana”, avendo solo precluso che siano attivati, indiscriminatamente, corsi interamente ed esclusivamente in lingua straniera o che siano comunque tali, per la forte prevalenza di insegnamenti in inglese, da marginalizzare la lingua italiana.

Successivamente, però, con riferimento a quest'ultimo caso, il Consiglio di Stato ha rilevato che nessuna indicazione emergerebbe dalla sentenza passata in giudicato in relazione al preciso equilibrio fra insegnamenti in lingua straniera e in lingua italiana, sicché spetta alle Università, nell'ambito della loro autonomia, trovare tale equilibrio, tenendo conto anche “di letteratura scientifica che giustifichi tali scelte accademiche” e della “vocazione internazionalistica dei singoli Atenei”.

Alla luce di tali rilievi, dopo aver analizzato i dati relativi all'offerta formativa del Politecnico di Milano²², il Giudice ha ritenuto che non fossero state violate le prescrizioni contenute nel giudicato, risultando un numero tale di corsi e insegnamenti in lingua italiana “che consente di ritenere che sia stata effettuata una

²⁰Per alcuni rilievi, cfr. D.U. GALETTA, *Internazionalizzazione degli Atenei e corsi di studio in lingua straniera: fra conseguenze “a sistema” del contenzioso sui corsi “solo in inglese” al Politecnico di Milano e possibili scenari futuri*, in *www.federalismi.it*, 5-7.

²¹Cfr. Cons. Stato, sez. VI, ord. istruttoria 1 agosto 2019, n. 5469.

²²Con riferimento ai corsi di studi del Politecnico, è risultato che: su un totale di 40 corsi di laurea magistrale, 27 sono in inglese, 4 sono in italiano, 9 sono impartiti in entrambe le lingue. Tuttavia, anche nei 27 corsi in inglese sono previsti molti insegnamenti in lingua italiana. Con riferimento agli insegnamenti, risulta che, su un totale di 1452 insegnamenti, 1046 sono in inglese, 400 in italiano, 6 sono duplicati in italiano e in inglese.

scelta amministrativa che rappresenta l'esito di un proporzionato bilanciamento di interessi, di rilevanza costituzionale, sottesi alle esigenze di internalizzazione dell'offerta formativa e a quelle di dare la giusta rilevanza alla lingua italiana".

5. *Il dibattito dottrinale: sull'asserito contrasto con il principio di ufficialità e primato della lingua italiana*

Il contenzioso osservato è stato accompagnato, fin dall'origine, da un parallelo dibattito accademico e scientifico, emerso soprattutto in riferimento al contrasto, rilevato dai diversi giudici, fra la strategia d'internazionalizzazione del Politecnico e i principi costituzionali di ufficialità e primato della lingua italiana, di libertà d'insegnamento e del diritto allo studio.

In relazione alla tensione fra detta strategia e il principio di ufficialità e centralità della lingua italiana, la dottrina si è divisa, idealmente, fra i difensori del primato di tale idioma e i fautori dell'internazionalizzazione, assumendo posizioni ideologiche diverse che muovono da argomenti giuridici differenti.

I primi si pongono (perlopiù²³) a sostegno delle decisioni giurisdizionali osservate e tendono, nelle varie tesi sostenute, a ridimensionare il ruolo della lingua inglese e a mettere in guardia dai rischi dell'internazionalizzazione e della marginalizzazione della lingua ufficiale.

In particolare, tali Autori contestano che "esista una lingua capace, in via privilegiata e preferenziale, di veicolare la ricerca scientifica e di divulgare i suoi progressi"²⁴ e che l'eventuale "inglesizzazione" della didattica sia davvero necessaria, non convinti che il futuro sarà dominato dal "*Basic English for all*" e che gli studenti potranno competere nel mondo globale solo se avranno ricevuto un'istruzione universitaria specializzante in lingua inglese²⁵.

²³ "Perlopiù", in quanto, ad esempio, la sentenza della Corte costituzionale è stata criticata anche da qualche difensore del primato della lingua italiana, che ha sostenuto che la Consulta abbia dato eccessivamente peso all'obiettivo dell'internazionalizzazione: quest'ultima, infatti, "pur confermando la primazia e ufficialità della lingua italiana, ha ritenuto che la sua tutela debba essere temperata con quella di altri valori rilevanti nel nostro ordinamento, fra i quali [...] l'internazionalizzazione delle università italiane", che, però, nel ragionamento della Corte, "anziché assumere quella forma e consistenza di diritto internazionale che la sua concettualizzazione giuridica suggerisce [...] resta una definizione astratta, un dogma e, dunque, un elemento imponderabile, insuscettibile di ergersi a valore giuridico e, perciò stesso, di essere confrontato e bilanciato con altri valori dell'ordinamento, nella specie con quello del primato della lingua italiana che avrebbe la pretesa di derogare". Così, L. MURA, *Primi esiti di una recente giurisprudenza costituzionale*, in B. BARREIRO CARRIL, G. CARBÓ RIBUGENT (diretto da), C. PICCIONE (coordinato da), *Cultural Rights for a Tunisian-Spanish Bridge – Analysis and Reflections on Human Rights and Diversity in times of Growing Human Mobility*, Madrid, 2019.

²⁴ Cfr. ancora, L. MURA, *Primi esiti di una recente giurisprudenza costituzionale*, cit.

²⁵ In questo senso, D.U. GALETTA, *Basic English for all? No Grazie! Come e perché il TAR*

Altri Autori, sostenuti anche dall'Accademia della Crusca²⁶, evidenziano la necessità di proteggere la lingua italiana per il timore che l'internazionalizzazione, anziché valorizzare lo scambio biunivoco di esperienze e ricerche scientifiche fra Paesi, si traduca, con l'"inglesizzazione" dell'offerta formativa, in "monolinguisimo anglofono"²⁷, con il rischio di condurre, nel tempo, alla graduale e pericolosa affermazione di una "monocultura inglese"²⁸.

Inoltre, la marginalizzazione della lingua italiana nell'insegnamento determinerebbe, secondo tali Autori, un nocumento ad un bene del patrimonio culturale immateriale²⁹, oltre che un'inevitabile perdita di cultura e di identità nazionale³⁰, di tradizioni e di storia, di cui proprio la lingua è naturale veicolo di trasmissione. E, inoltre, guardando agli scenari futuri, "se, a favore della lingua ufficiale del lavoro, l'italiano rinuncia a parlare di economia, di fisica o di scienza delle costruzioni", alto sarebbe persino il rischio di impoverimento della lingua, che, "nel volgere di pochi lustri [...] potrebbe ritrovarsi mutilata e inadatta alla trasmissione di questo sapere"³¹.

Al contrario, i fautori dell'internazionalizzazione sostengono che sia discutibile il modo in cui tutti i giudici, ma soprattutto la Corte costituzionale, per "stare in bilico tra la difesa della centralità della lingua italiana e l'esigenza di aprire le Università all'internazionalizzazione"³², ha interpretato il rapporto fra il primato della lingua ufficiale e l'apertura all'esterno degli Atenei.

Lombardia ha bloccato la fuga in avanti del Politecnico di Milano, cit., che definisce la strategia d'internazionalizzazione del Politecnico di Milano come una discutibile "fuga in avanti", non condividendo l'idea che, in futuro, la conoscenza avverrà e sarà trasmessa ad ogni latitudine in inglese e che gli studenti potranno competere nel mondo globale solo se avranno frequentato corsi universitari impartiti in inglese.

²⁶ L'Accademia della Crusca ha infatti organizzato diversi incontri e raccolto le sue tesi in D. DE MARTINO (a cura di), *Fuori l'italiano dall'Università? Inglese, internazionalizzazione, politica linguistica*, Roma, 2013.

²⁷ Tale termine è ripreso da R. CARTA, *La lingua come elemento identitario e vettore di trasmissione di cultura tra esigenze di internazionalizzazione e autonomia universitaria: nota a margine della sentenza 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, cit., 6.

²⁸ Tale termine viene utilizzato da G. MANCINI PALAMONI, *La lingua italiana: patrimonio culturale da preservare e valorizzare perché vettore della storia e dell'identità della comunità nazionale*, in *www.federalismi.it*, 2018, n. 11, 5.

²⁹ In questo senso, cfr. fra gli altri, G. MANCINI PALAMONI, *La lingua italiana: patrimonio culturale da preservare e valorizzare perché vettore della storia e dell'identità della comunità nazionale*, cit., 2.

³⁰ Cfr. P. CARETTI, A. CARDONE, *Il valore costituzionale del principio di ufficialità della lingua italiana*, in *Giur. Cost.*, 2017, 384 ss., che, alla luce di tale rilievo, criticano la marginalizzazione della lingua italiana nell'insegnamento e l'abdicazione a favore di quella inglese. In questo senso, cfr. anche M.L. VILLA, *L'inglese non basta. Una lingua per la società*, Milano, 2013, 3.

³¹ Così, M.L. VILLA, *L'inglese non basta. Una lingua per la società*, cit., 3.

³² Così, R. BIN, *Corsi universitari solo in lingua inglese?*, in *www.lacostituzione.info*, 7 marzo 2017.

Infatti, secondo tali Autori, la Consulta, con “l’intento [...] di dire la sua”³³ anche oltre la questione prospettata, avrebbe assunto una “posizione eccessivamente difensiva”, considerando la lingua italiana, di fronte a quelle “insidie” derivanti dalla globalizzazione, come “uno strumento per resistere, e non per partecipare e incidere sulla progressiva integrazione sovranazionale degli ordinamenti e l’erosione dei confini nazionali”; adottando, per tale via, “una decisione che presenta probabilmente più di un profilo di anacronismo”³⁴ e che si ricollega – come Sabino Cassese ha affermato con termini piuttosto forti – ad una preoccupante “rinascita del nazionalismo, che si collega allo statalismo”³⁵.

Viene contestato, allora, che le decisioni dei vari giudici, ma soprattutto quella della Corte costituzionale, non valorizzino adeguatamente il fondamentale bisogno degli Atenei nazionali di internazionalizzarsi³⁶, e in particolare non considerino l’esigenza che le Università nazionali, che “presentano [oggi] un notevole divario rispetto alle migliori Università a livello mondiale”³⁷, per affrontare al meglio le sfide della globalizzazione e allinearsi agli obiettivi dello Spazio Europeo dell’Istruzione Superiore, diventino più competitive e possano confrontarsi con le migliori Università in Europa e nel mondo. Soddisfare tale ultima esigenza sarebbe essenziale affinché gli Atenei nazionali: sappiano e possano attrarre, con i propri corsi e ricerche, un numero sempre maggiore di studenti e ricercatori da Paesi stranieri; siano capaci di offrire ai propri studenti, anche italiani, classi internazionali utili ad anticipare le esperienze che gli stessi dovranno affrontare nel mondo del lavoro; infine, siano in grado di agevolare i propri laureati nell’intrattenere scambi culturali e professionali con l’esterno, così da aumentare anche le loro *chances* di inserirsi, laddove lo vogliano, in altri mercati del lavoro. Via, quest’ultima, che arrecherebbe evidenti vantaggi alle Università, che potrebbero scalare le classifiche di merito internazionali e più facilmente accedere a finanziamenti.

In quest’ottica, l’istituzione di un ventaglio di corsi offerti in lingua inglese, e cioè nella lingua comune di oggi – sempre che, metteva in guardia altra Autrice,

³³ Così, S. CASSESE, *Primato dell’italiano?*, *Il Foglio*, 7 marzo 2017, secondo cui si tratta di una “decisione contorta”, in cui la Corte dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale “nei limiti e nei termini che seguono”, utilizzando cioè “una formula arcana che indica [già] l’intento della Corte di dire la sua”.

³⁴ Così, G. MILANI, *Insegnamenti universitari in lingua straniera e principi costituzionali: la decisione della Corte costituzionale sul caso del Politecnico di Milano*, in *Ianus*, 2016, n. 14, 128. Dello stesso Autore, in termini analoghi, G. MILANI, *Una sentenza anacronistica?*, *La decisione della Corte Costituzionale sui corsi universitari in lingua inglese* (Nota a: *Corte Cost., sent. n. 42/2017*), in *www.federalismi.it*, 2019, n. 9, 12.

³⁵ Così, S. CASSESE, *Primato dell’italiano?*, cit.

³⁶ Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a M. GIOVANNINI, *Internazionalizzazione e lingua degli insegnamenti universitari: la desiderabile autonomia delle università italiane*, cit., 141-146.

³⁷ Così, M. GNES, *Una d’arme, di lingua ...: l’ufficialità della lingua italiana nelle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, n. 3, 325.

l'inglese non si traduca in una "truffa di etichetta"³⁸ – rappresenterebbe il mezzo principale, giacché solo se l'insegnamento avverrà in tale lingua gli studenti stranieri saranno incentivati a studiare in Italia³⁹ e, a loro volta, quelli italiani, specie coloro che ripongono il proprio futuro lavorativo in una preparazione di stampo internazionale, potranno "far parte di una comunità più ampia, di incontrare svedesi, francesi, tedeschi, e di studiare, comunicare e lavorare con loro"⁴⁰, usufruendo di un'opportunità di interscambio, crescita e arricchimento, che consentirà loro, una volta usciti dalle aule universitarie, di interagire e competere nel mondo globale⁴¹.

L'eventuale marginalizzazione della lingua ufficiale nell'insegnamento universitario a favore dell'inglese, poi, secondo tali Autori, non costituirebbe un pericolo per la cultura italiana, in quanto quest'ultima verrebbe trasmessa anche, e non soltanto, attraverso la lingua italiana, non essendo escluso, ad esempio, che "rientri nel patrimonio culturale italiano anche l'attività degli illustri scienziati e studiosi italiani che, magari vivendo all'estero e scrivendo in altre lingue, hanno mantenuto stretti legami con la Patria, ed hanno, in tal modo, fatto conoscere la cultura, i metodi, le esperienze italiane anche all'estero, così contribuendo allo sviluppo dell'umanità"⁴².

I due diversi orientamenti incidono, inevitabilmente, anche sul modo di valutare l'eventuale costituzionalizzazione dell'ufficialità della lingua italiana⁴³, ev-

³⁸ Cfr. M.A. CABIDDU, *La lingua e il mito dell'internazionalizzazione*, *Dir. pubbl.*, 2013, n. 2, 566.

³⁹ Cfr. S. CASSESE, *Primato dell'italiano?*, cit., che afferma che un giovane italiano che voglia andare a studiare all'estero "ci andrà se vi sono facoltà dove l'insegnamento è impartito in inglese, come in effetti accade. Ma se gli si chiede di seguire anche un 20 o 30 per cento di corsi in olandese, perché mai quel giovane italiano dovrebbe andare in Olanda [...]?"

⁴⁰ Così, ancora, S. CASSESE, *Primato dell'italiano?*, cit.

⁴¹ In questo senso, M. GNES, *Una d'arme, di lingua...: l'ufficialità della lingua italiana nelle università*, cit., 330 e 335.

⁴² Così, ancora, M. GNES, *Una d'arme, di lingua...: l'ufficialità della lingua italiana nelle università*, cit., 330-331, ove spiega che la lingua è un aspetto fondamentale della cultura, ma la cultura non si esaurisce nella lingua.

⁴³ La Costituzione italiana, infatti, come già osservato, non prevede espressamente il principio di ufficialità della lingua italiana, a differenza di quanto caratterizza tante altre carte costituzionali (ad esempio, la Francia, la Spagna, l'Austria, la Svizzera, la Bulgaria, la Croazia, la Finlandia, l'Albania, la Polonia, la Lettonia, l'Ungheria e la Romania). Per tali profili di comparazione, cfr. G. MANCINI PALAMONI, *La lingua italiana: patrimonio culturale da preservare e valorizzare perché vetore della storia e dell'identità della comunità nazionale*, cit., 3 (spec. nt. 12).

La ragione è storica. La nostra Costituzione consegue al ventennio fascista, che era stato caratterizzato da una politica linguistica nazionalista basata sull'unicità dell'italiano e avversa, e talora anche aggressiva e repressiva, verso le minoranze linguistiche, i forestierismi, gli esotismi e i dialetti. Pertanto, in seno ai lavori dell'Assemblea Costituente, si era ritenuto inopportuno prevedere un riconoscimento espresso dell'ufficialità della lingua italiana proprio per il timore di rivitalizzare pericolosi spiriti nazionalisti. Come è stato affermato, si è preferito un "rassicurante silenzio rivol-

candosi un dibattito “rimasto sotto traccia per lungo periodo”⁴⁴, di sovente rivitalizzato dai tentativi politici di revisionare la Costituzione⁴⁵ e, oggi, con la vicenda in esame, tornato nuovamente alla ribalta.

I difensori della lingua italiana riscontrano la necessità di costituzionalizzare il principio di ufficialità⁴⁶. A tal fine, tali Autori valorizzano, primariamente, la circostanza che i tempi siano oramai maturi per la revisione del testo costituzionale, giacché il contesto storico in cui ha operato l'Assemblea Costituente era molto diverso da quello attuale, ove la globalizzazione, con la diffusione dell'inglese, viene a rappresentare una minaccia per la lingua italiana⁴⁷, “divenuta essa stessa minoritaria e bisognosa di specifiche tutele”⁴⁸. Secondariamente, e per ultimo, gli stessi ritengono che il riconoscimento costituzionale dell'ufficialità della lingua italiana sia doveroso in quanto la sua salvaguardia e trasmissione alle generazioni future non possono essere garantite dai soli parlanti e “non farlo significherebbe sottrarre alla memoria importanti tradizioni legate alla storia dei popoli”⁴⁹.

In direzione antitetica, i fautori dell'internazionalizzazione tendono a porsi in senso contrario all'introduzione di tale principio nel testo costituzionale. Le ragioni a sostegno di tale rifiuto richiamano quelle che avevano ispirato l'Assem-

to al futuro” che “un insidioso riconoscimento rivolto al passato”. Così, G. DE MINICO, *Il monopolio anglofono vs i diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 1, 2. Cfr. in dottrina, fra i tanti, anche M. GNES, *La lingua come fattore di integrazione civile e politica*, in E. CHITI, G. GARDINI, A. SANDULLI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, cit., 195-209; M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2015, 148; A. PIZZORUSSO, *Art. 6*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, 397. Tutto ciò, oltre al fatto che si dava per scontato che l'uso dell'italiano non potesse essere messo in discussione, trattandosi dell'idioma quotidianamente parlato nel territorio. Cfr. M. FRANCHINI, “Costituzionalizzare” l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?, in *Rivista AIC*, 2012, n. 3, 1.

⁴⁴ Così, L. PIZZOLI, *La politica linguistica in Italia. Dall'unificazione nazionale al dibattito sull'internazionalizzazione*, Roma, 2018, 178.

⁴⁵ A partire dal 1996 vi sono stati diversi tentativi politici di revisionare la Costituzione, per inserirvi, espressamente, il principio di ufficialità della lingua italiana. Per una ricognizione, si veda, ancora, M. FRANCHINI, “Costituzionalizzare” l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?, cit., 2 ss. Tali progetti di riforma costituzionale proponevano la modifica, a seconda dei casi, dell'art. 6, dell'art. 9 o dell'art. 12 del testo costituzionale.

⁴⁶ Si segnala, ad esempio, che, dopo la decisione della Consulta, l'Accademia della Crusca e diversi docenti hanno pubblicato una petizione diretta al Presidente della Repubblica e al Presidente del Consiglio per l'espresso riconoscimento in Costituzione dell'italiano come lingua ufficiale della Repubblica.

⁴⁷ In questo senso, cfr. P. CARETTI, *Lingua e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2014, 7.

⁴⁸ Così, G. MANCINI PALAMONI, *La lingua italiana: patrimonio culturale da preservare e valorizzare perché vettore della storia e dell'identità della comunità nazionale*, cit., 16.

⁴⁹ Così, ancora, G. MANCINI PALAMONI, *La lingua italiana: patrimonio culturale da preservare e valorizzare perché vettore della storia e dell'identità della comunità nazionale*, cit., 17.

blea Costituente a non costituzionalizzare espressamente l'ufficialità della lingua italiana. Dunque, da un lato, detta dottrina sostiene che tale scelta sia quella migliore per assicurare una politica linguistica e culturale orientata al pluralismo e alla "mitezza"⁵⁰; dall'altro, la stessa ritiene, in ogni modo, che la lingua la proteggano i parlanti⁵¹, al di là di un suo riconoscimento espresso in Costituzione.

6. *Il dibattito dottrinale: sull'asserito contrasto con la libertà d'insegnamento e il diritto allo studio*

Un analogo dibattito dottrinale è sorto in merito al contrasto, rilevato dai giudici, fra la delibera del Politecnico già esaminata e i principi costituzionali della libertà d'insegnamento e del diritto allo studio.

Con riferimento alla libertà d'insegnamento, alle tesi dei giudici, sorrette anche dai difensori della lingua italiana, si sono opposti principalmente due rilievi: il primo è "che tale libertà non implica il diritto ad una specifica cattedra, per cui i docenti che non vogliono insegnare in inglese – liberi, dunque, di non farlo – potrebbero svolgere il proprio insegnamento in un altro corso di studi"⁵²; il secondo è che essa "si esplica nella tutela dei contenuti dell'insegnamento, la cui determinazione spetta inderogabilmente al docente, ma non si estende fino al punto di impedire all'Ateneo l'adozione di specifici programmi e indirizzi didattici"⁵³.

Per quanto concerne il diritto allo studio, i sostenitori della lingua italiana, riprendendo in particolare il ragionamento della Corte costituzionale che ha collegato tale diritto al principio di uguaglianza sostanziale, ritengono che l'attivazione di corsi esclusivamente in inglese costituisca un ostacolo – che la Repubblica deve rimuovere – che limita, di fatto, l'uguaglianza dei cittadini, impedendo agli studenti capaci e meritevoli, ma sprovvisti dei mezzi economici necessari, di raggiungere i più alti gradi d'istruzione.

Più chiaramente, la predisposizione di corsi universitari impartiti esclusivamente in inglese rischia di minare la natura includente che deve caratterizzare il sistema pubblico universitario in un ordinamento democratico⁵⁴, in quanto pone barriere all'accesso agli studi universitari nei confronti di coloro che, senza

⁵⁰ Cfr. fra tutti, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1993, 11 ss.

⁵¹ Tale idea è fatta propria anche da S. CASSESE, *Primato dell'italiano?*, cit.

⁵² Così, M. GNES, *Una d'arme, di lingua ...: l'ufficialità della lingua italiana nelle università*, cit., 335.

⁵³ Così, M. GIOVANNINI, *Internazionalizzazione e lingua degli insegnamenti universitari: la desiderabile autonomia delle università italiane*, cit., 170.

⁵⁴ In questo senso, Q. CAMERLENGO, *Istruzione universitaria, primato della lingua italiana, e uguaglianza sostanziale. Intorno ad un profilo della sentenza n. 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 marzo 2017, 3-5.

disporre dei mezzi economici necessari, hanno potuto beneficiare soltanto dell'apprendimento scolastico e che sono perciò privi di quella fluida padronanza delle lingue non materne che si ottiene con costosi trasferimenti all'estero o corsi di lingua inglese presso strutture private specializzate. Tutto ciò, con la conseguenza di ostacolare, indirettamente, se si tiene conto che le probabilità di ascesa sociale aumentano man mano che ci si avvicina ai più alti livelli di istruzione, le eguali opportunità di "riuscita sociale" dei diversi studenti, accentuando, in una democrazia che dovrebbe invece essere pluralista, egualitaria e solidarista, il divario fra i gruppi sociali.

Tale argomentazione si regge, pertanto, sul presupposto sopracitato che gli strumenti formativi offerti nelle scuole per rendere fruibile, in futuro, nelle aule universitarie, un'attività didattica svolta in lingua inglese, siano spesso inadeguati⁵⁵; e che, allo stesso tempo, eventuali corsi propedeutici di lingua straniera organizzati dalle stesse Università non siano sufficienti a colmare tale *gap* in vista dell'accesso ai corsi universitari più specializzanti⁵⁶. Non solo. Secondo tale lettura, inoltre, anche le soluzioni integrative cui ricorrono spesso le famiglie per colmare le mancanze dell'istruzione scolastica nell'insegnamento della lingua inglese – come i soggiorni all'estero o la frequenza di corsi "pratici" di lingua inglese presso strutture private specializzate – benché adeguate sotto il profilo della formazione, non possono porre la decisione del Politecnico al riparo dai dubbi di incostituzionalità in punto di uguaglianza sostanziale e diritto allo studio. Anzi, come è stato detto, tali soluzioni "esigono un sacrificio economico che una percentuale molto esigua della popolazione può permettersi di sostenere", con la conseguenza che "imporre l'insegnamento in lingua inglese, senza alternative, significa [...] consolidare la posizione di vantaggio iniziale in cui versano coloro che, nati e allevati in ambienti familiari e sociali agiati, hanno potuto vivere e coltivare l'altra lingua [...] con esperienze formative che, puntando sulla "pratica" della lingua stessa, si rivelano decisive per un efficace apprendimento universitario". Tutti coloro che non hanno potuto ricorrere a tali soluzioni, infatti, saranno costretti a scegliere altri corsi, o addirittura un diverso Ateneo, con la conseguenza che l'Università, da istituzione della Repubblica che si impegna a rimuovere gli ostacoli che impediscono le eguali opportunità di riuscita sociale,

⁵⁵ A sostenerlo, Q. CAMERLENGO, *Istruzione universitaria, primato della lingua italiana, eguaglianza sostanziale. Intorno ad un profilo della sentenza n. 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, cit., 3-4, che afferma che, "nella scuola primaria e nella scuola secondaria, all'insegnamento della lingua inglese è dedicato un numero di ore relativamente esiguo", "i programmi di studio e la qualificazione richiesta per l'insegnamento non sempre sono idonei", oltre al fatto che l'inglese "segue lo stesso itinerario metodologico di tutti gli altri insegnamenti, quando invece l'aspetto pratico si rivela decisivo ai fini dell'uso effettivo della lingua straniera".

⁵⁶ In questo senso, D.U. GALETTA, *Internazionalizzazione degli Atenei e tutela dei principi costituzionali del primato della lingua italiana, della parità di accesso all'istruzione universitaria e della libertà d'insegnamento: alla ricerca del punto di equilibrio*, cit., 8.

si trasforma in un luogo che incrementa le disuguaglianze di partenza, compromettendo il diritto allo studio⁵⁷.

Contro tale impostazione, i fautori dell'internazionalizzazione sostengono che portare tale tesi fino alle sue conseguenze più estreme significherebbe, di fatto, bloccare, *ab origine*, l'attivazione di corsi universitari in lingua inglese, commettendo un "grave vizio di prospettiva" che ripiegherebbe ancora di più su se stessa un'Università già troppo incline all'autoreferenzialità. Come è stato infatti sostenuto, in un Paese in cui è ancora troppo alta la disoccupazione giovanile, "è scorretto concentrarsi sulla sola prospettiva dell'accesso", essendo necessario "un ripensamento del ruolo dell'Università pubblica anche (e soprattutto) in funzione della sua capacità di accrescere le prospettive occupazionali dei laureati". Dunque, secondo tali Autori, occorre prendere atto che la sua missione "non si esaurisce nel predisporre un'offerta d'istruzione superiore purchessia [...] ma, al contrario, richiede (ed anzi impone) di declinare tale offerta sulla base delle esigenze occupazionali di un mercato che esprime una specifica domanda di formazione universitaria caratterizzata in senso internazionale"⁵⁸.

7. Conclusioni. La necessaria valorizzazione dell'autonomia universitaria alla luce dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza

Per valutare la forza persuasiva delle due tesi, si ritiene che possa essere utile guardare alla vicenda – già estremamente delicata per i diversi e non facilmente componibili interessi in gioco – dal filtro dell'autonomia universitaria.

Come si è detto in dottrina, detto principio costituzionale è stato affermato ma non è mai stato sostanzialmente attuato⁵⁹. Ha infatti sofferto, e continua a soffrire ancora oggi, di un delicato stato di salute, "schiacciato – dall'alto – da

⁵⁷ In questo senso, e per i virgolettati, Q. CAMERLENGO, *Istruzione universitaria, primato della lingua italiana, eguaglianza sostanziale. Intorno ad un profilo della sentenza n. 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, cit., 4.

⁵⁸ Per i virgolettati, M. GIOVANNINI, *Internazionalizzazione e lingua degli insegnamenti universitari: la desiderabile autonomia delle università italiane*, cit., 151-153; in questo senso, cfr. anche M. GNES, *Una d'arme, di lingua ...: l'ufficialità della lingua italiana nelle università*, cit., 332.

⁵⁹ In questo senso, M. RAMAJOLI, *La mai attuata autonomia universitaria*, in A. MARRA, (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, Atti di Convegno dal titolo "L'autonomia universitaria del nuovo millennio" (tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca in data 1 giugno 2018), Roma, 2020, 27 ss. In termini analoghi, cfr. anche A. MARRA, *Introduzione*, in A. MARRA, (a cura di), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, cit., 8-10, che mette in luce come tale principio, proclamato dal testo costituzionale, sia rimasto inattuato fino alla legge Ruberti del 1989 e come, anche dopo tale data, che ha segnato l'avvio della cd. stagione dell'autonomia, la sua attuazione sia stata caratterizzata da molte ambiguità e contraddizioni. Fino ad arrivare, infine, alla legge Gelmini, a sua volta ispirata ad una logica antagonista all'autonomia universitaria.

un regolatore sempre pronto a riconoscerne formalmente il rilievo [...] ma ad esso non consequenziale nelle scelte in concreto effettuate”, oltre che “oppresso – dal basso – da una giurisprudenza che [...] si è sempre mostrata piuttosto timida nel riconoscerne la portata e le implicazioni”⁶⁰.

Le pronunce giurisprudenziali sopra osservate – con eccezione di quanto si dirà in relazione all’ultima decisione del Consiglio di Stato – sembrano comprovare tale tendenza pretoria, avendo i giudici limitato le istanze autonomistiche del Politecnico di Milano, ritenute evidentemente troppo esuberanti.

Infatti, come osservato, i giudici amministrativi hanno affermato che, nell’insegnamento universitario, l’inglese possa soltanto affiancare l’italiano, perciò proibendo l’attivazione di corsi tenuti solo in inglese e di quelli che, per la forte prevalenza di insegnamenti in tale lingua, abbiano comunque l’effetto di marginalizzare l’uso della lingua italiana. La Corte costituzionale, dal canto suo, ha invece vietato la predisposizione di interi corsi universitari di formazione specializzante in inglese, a meno che questi fossero opportuni (in ragione della specificità dei settori scientifico-disciplinari coinvolti) e fosse previsto anche un omologo corso in italiano; inoltre, la stessa ha proibito l’attivazione di corsi impartiti prevalentemente in inglese e aventi solo qualche insegnamento in italiano, avendo invece legittimato l’attivazione di singoli insegnamenti in lingua inglese (in considerazione delle loro peculiarità e specificità), purché inseriti nell’ambito di un’offerta formativa che, rispettando i principi di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, non marginalizzasse la lingua italiana.

Per superare la “diffidenza con la quale il nostro ordinamento da sempre guarda al principio di autonomia”⁶¹, si ritiene che quest’ultimo debba essere temperato con tutti gli altri principi costituzionali sopra evocati, per addivenire, però, ad esiti parzialmente diversi rispetto a quelli a cui sono giunte le Corti.

Sinteticamente, si ritiene, in primo luogo, che la libertà d’insegnamento non implichi il diritto del docente ad una specifica cattedra e che non si estenda fino al punto di impedire all’Ateneo di adottare, nell’ambito della propria autonomia, programmi e indirizzi didattici. Ritenendosi, cioè, come è stato messo in evidenza, che la libertà di insegnamento di ciascun docente (intesa come libertà “nella” scuola e nell’Università) debba esplicarsi sempre e comunque nell’ambito dell’autonomia didattica delle Università (intesa come libertà “della” scuola e dell’Università)⁶².

Secondariamente, si sostiene che la portata dell’uguaglianza sostanziale non possa essere estesa fino a bloccare del tutto l’attivazione di corsi universitari in

⁶⁰ Così, M. GIOVANNINI, *Internazionalizzazione e lingua degli insegnamenti universitari: la desiderabile autonomia delle università italiane*, cit., 158-159.

⁶¹ Così, M. GIOVANNINI, *Internazionalizzazione e lingua degli insegnamenti universitari: la desiderabile autonomia delle università italiane*, cit., 173.

⁶² In questo senso, M. GNES, *L’autonomia didattica e la lingua ufficiale dell’insegnamento*, in A. MARRA (a cura di), *L’autonomia universitaria del nuovo millennio*, cit., 58-60.

lingua inglese, a pena di rendere le Università scarsamente autonome, oltre che cieche rispetto alla propria missione, autoreferenziali, e dunque inerti rispetto al dramma occupazionale dei propri laureati. Nulla poi togliendo alla necessità, anzi avvertita fortemente, di avviare “un lungo cammino di riforme e iniziative mirate che, partendo dalle prime esperienze scolastiche, fornisca a tutti i mezzi non solo per apprendere l’inglese stesso, ma soprattutto per viverlo compiutamente”⁶³. Via, quest’ultima, che consentirebbe di fugare ogni residuo dubbio di incostituzionalità in punto di uguaglianza sostanziale.

Infine, oltre alle perplessità in riferimento alla non sufficiente internazionalizzazione su cui tanti Autori hanno “calcato la mano”, si ritiene che il primato della lingua italiana sia stato, nelle decisioni dei giudici, interpretato in modo tale da limitare eccessivamente l’autonomia universitaria. E, con riferimento alla sentenza del Giudice delle leggi, è paradossale pensare, come è stato condivisibilmente messo in evidenza, che il legislatore, con la riforma del 2010, abbia lasciato più autonomia alle Università di quanto la Corte Costituzionale consideri accettabile, con l’assurdo esito che “quest’ultima, che dovrebbe essere la garante di quella Costituzione che assicura autonomia agli Atenei, ha messo [...] le brache all’Università”⁶⁴.

Non sembra in grado di mettere in crisi tale affermazione la circostanza che la Corte Costituzionale, a differenza dei giudici amministrativi, abbia legittimato anche corsi universitari di formazione specialistica interamente in lingua inglese, a condizione di doppiare il corso anche in italiano. Più che di una facoltà all’insegna dell’autonomia, infatti, si tratta di un onere, sconveniente in punto di in-

⁶³ Così, Q. CAMERLENGO, *Istruzione universitaria, primato della lingua italiana, eguaglianza sostanziale. Intorno ad un profilo della sentenza n. 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, cit., 5. In questo stesso senso, cfr. anche D.U. GALETTA, *Internazionalizzazione degli Atenei e tutela dei principi costituzionali del primato della lingua italiana, della parità di accesso all’istruzione universitaria e della libertà d’insegnamento: alla ricerca del punto di equilibrio*, cit., 8.

⁶⁴ Così, ancora, S. CASSESE, *Primato dell’italiano?*, cit. Non pare invece potersi accogliere l’altro rilievo, di carattere storico, di tale Autore, che provocatoriamente ha affermato che “era più autonoma l’Università di Napoli sotto i Borboni, quella di Pisa sotto i Granduchi di Toscana e quella di Parigi sotto i Re di Francia, del Politecnico di Milano oggi, secondo il *dictum* della Corte Costituzionale. Lì, infatti, tutti gli insegnamenti potevano farsi in latino, che non era certo la lingua comune di quegli Stati, qui si possono fare in inglese, ma con *juicio*, in piccole dosi”. L’esclusione delle lingue parlate dal popolo dalle Università, a favore del latino, infatti, più che espressione di autonomia, era sintomo di un’Università concepita “come luogo di esclusione, non – come oggi avviene nella nostra democrazia pluralista, egualitaria e solidarista – di inclusione” Così, Q. CAMERLENGO, *Istruzione universitaria, primato della lingua italiana, eguaglianza sostanziale. Intorno ad un profilo della sentenza n. 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, cit., 4, che spiega come l’Università fosse aperta soltanto a coloro che, essendo nati in famiglie agiate, avevano ricevuto, anche dal punto di vista della lingua, il tipo di istruzione per accedere alla formazione accademica. E siccome solo i dottori erano ammessi alle *élites* di governo, gli studi universitari finivano per rappresentare dei meccanismi di auto-reclutamento delle *élites* stesse, con società pertanto chiuse, oligarchiche e immobili.

ternazionalizzazione⁶⁵ e di difficile attuazione pratica, ancor più per i piccoli Atenei, che assai difficilmente potranno attivare quei corsi per i troppi costi che ne conseguono⁶⁶ (per la necessità, ad esempio, di raddoppiare il numero di docenti). In sostanza, l'imposizione di doppiare lo stesso corso in due lingue, quella nazionale e quella inglese, rappresenta una scelta eccessivamente dispendiosa, contraria alla razionalità dell'offerta formativa, e più in generale ai canoni di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa⁶⁷, che poco o per nulla sembra valorizzare l'autonomia universitaria.

Per coordinare adeguatamente tutti gli interessi in gioco, si ritiene invece conferente il richiamo, presente in talune delle decisioni osservate, ai canoni di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, criteri e limiti che, proprio per la loro flessibilità, sembrano poter costituire l'unica via per uscire da un contrasto fra principi costituzionali di difficile composizione, inducendo le Università, nell'ambito della propria autonomia, ad assumere le migliori scelte.

Valorizzando tali criteri, appare sproporzionata e irragionevole l'originaria scelta del Politecnico di Milano, che, in nome dell'internazionalizzazione, aveva indiscriminatamente estromesso l'italiano dalla formazione universitaria più specializzante, imponendo l'inglese anche per quegli insegnamenti che più si connotano per un intenso legame con la lingua e cultura italiana.

Dal lato opposto, appare contrario a tali criteri anche l'onere, già osservato, imposto dalla Corte costituzionale alle Università che intendono impartire interi corsi in inglese, di prevedere l'omologo corso in italiano.

⁶⁵ In questo senso, M. GNES, *Una d'arme, di lingua ...: l'ufficialità della lingua italiana nelle università*, cit., 334. Sconveniente, perché tale scelta potrebbe verosimilmente condurre ad una separazione, all'interno delle aule universitarie, fra studenti italiani e stranieri, così perdendosi il vantaggio dell'internazionalizzazione derivante dal confronto, utile per ragionare e affrontare problemi comuni.

⁶⁶ A fronte di Università pubbliche che non sono in grado di doppiare i corsi, e percorrere così la direzione dell'internazionalizzazione indicata dalla Corte, la scelta dello studente che vuole beneficiare di un corso universitario specialistico in lingua inglese verrebbe indirizzata verso Atenei privati, gli unici che potrebbero verosimilmente far fronte all'onere di doppiare i corsi. Ma, in questo ultimo caso, si assisterebbe ad un pregiudizio non accettabile al principio di uguaglianza sostanziale. Infatti, i capaci e meritevoli, privi di mezzi economici, non potranno beneficiare di una formazione universitaria internazionale e si iscriveranno in un Ateneo pubblico; diversamente, solo coloro che hanno i mezzi economici necessari potranno iscriversi in un Ateneo privato. L'Università diverrebbe, in altre parole, un luogo che incrementa le disuguaglianze fra i gruppi sociali, invece di assicurare il diritto allo studio in relazione all'accesso ai corsi, rimuovendo gli ostacoli che impediscono le eguali opportunità nella "gara della vita" (espressione che si deve a N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, 25). Per tale interessante rilievo, si veda G. MILANI, *Insegnamenti universitari in lingua straniera e principi costituzionali: la decisione della Corte costituzionale sul caso del Politecnico di Milano*, cit., 127.

⁶⁷ Alla luce di quanto affermato, l'obbligo di doppiare i corsi potrebbe persino porsi in contrasto con gli artt. 81 e 97 Cost. Ad ipotizzarlo, M. GNES, *L'autonomia didattica e la lingua ufficiale dell'insegnamento*, cit., 61.

Si ritiene, infatti, andando oltre la soluzione proposta dalla Corte, che sia ragionevole lasciare libere le Università, nell'ambito della propria autonomia, di attivare corsi in inglese, anche interamente e senza alcun obbligo di doppiare lo stesso corso, purché, però – introducendo un fondamentale limite all'insegna, di nuovo, della ragionevolezza – tale attivazione non avvenga in maniera indiscriminata, o in casi rispondenti solo a logiche finanziarie e non a precise scelte didattiche e culturali⁶⁸. Non appare condivisibile, pertanto, quel passaggio in cui la Consulta, restringendo eccessivamente l'autonomia universitaria, afferma che la scelta di impartire corsi interamente in inglese non è costituzionalmente ammissibile “anche in settori nei quali l'oggetto stesso dell'insegnamento lo richieda”.

Al contrario, come regola, l'attivazione di corsi interamente in inglese dovrebbe rappresentare l'esito di una valutazione caso per caso e costituire la scelta più opportuna in virtù del legame della lingua inglese con – operando un rinvio a quanto aveva sottolineato la Consulta – i settori scientifico-disciplinari coinvolti.

Si pensi, ad esempio, alla fisica, all'ingegneria o all'informatica, rami del sapere in cui i libri non vengono neanche più tradotti dall'inglese, che è dunque l'unica lingua del dibattito culturale e scientifico in quei settori. Come è stato condivisibilmente affermato, allora, “imporre l'uso dell'italiano anche in tali casi significherebbe isolare dal resto della comunità scientifica internazionale i ricercatori e gli studenti italiani”⁶⁹.

Applicando la stessa regola, si scongiurerebbe anche l'opposto rischio, tangibile⁷⁰ e da evitare, che l'internazionalizzazione possa tramutarsi in monolinguisma anglofono, con l'indiscriminata estensione dell'inglese anche a quei rami del sapere intrisi di tradizioni e valori della cultura italiana, dei quali la nostra lingua è espressione.

Del resto, “una cosa è internazionalizzare un corso di studi in informatica o in ingegneria; altra cosa è, invece, svolgere tale operazione con riferimento ad un corso di studi in architettura, o in lettere, o in musicologia [...] rispetto ai

⁶⁸ Di tale abuso mette in guardia M. GNES, *Una d'arme, di lingua ...: l'ufficialità della lingua italiana nelle università*, cit., 335, che fa riferimento a corsi di studio che, al solo fine di ottenere finanziamenti ministeriali, vengono erogati interamente in lingua inglese, ma da docenti aventi un pessimo livello di lingua, solo a studenti italiani e senza alcuna vera ragion d'essere di tipo scientifico e didattico.

⁶⁹ Così, M. GNES, *Una d'arme, di lingua ...: l'ufficialità della lingua italiana nelle università*, cit., 334.

⁷⁰ Si tratta di un timore condivisibile se si osserva la tendenza ministeriale di imporre l'utilizzo della lingua inglese in ogni contesto universitario, rievocando il dibattito sorto in relazione alla scelta dell'inglese, da parte dell'allora MIUR, quale unica lingua per la presentazione dei progetti PRIN relativi al bando del 2017. Cfr. fra gli altri, C. MARAZZINI, *Il MIUR dà un calcio all'italiano*, in *www.accademiadellacrusca.it*, 3 gennaio 2018; A. ANDREONI, *Se l'interesse nazionale preferisce l'inglese*, *Il Sole24ore*, 30 dicembre 2017.

quali la lingua internazionale potrebbe essere, in ipotesi, proprio l'italiano"⁷¹. E ancora più assurdo sarebbe imporre l'uso della lingua inglese in relazione ai "rami del sapere che si basano e fondano la loro crescita e apprendimento sulla lingua italiana", come ad esempio la linguistica⁷².

Per quanto concerne invece la scelta di impartire singoli insegnamenti in lingua inglese, i criteri di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza sono stati utilizzati dai giudici strumentalmente per difendere la primazia della lingua italiana. Basti ricordare che la Corte costituzionale ha ritenuto che tali insegnamenti potessero inserirsi soltanto nell'ambito di una offerta formativa che, proprio per rispettare quei criteri, non marginalizzasse la lingua italiana, così vietando l'attivazione di corsi impartiti prevalentemente in inglese (e aventi solo qualche insegnamento in italiano).

Tuttavia, l'ultima decisione del Consiglio di Stato spiega come non vi sia alcuna indicazione in relazione a quando possa dirsi realizzata detta marginalizzazione, ovvero sia in relazione al preciso equilibrio fra insegnamenti in lingua straniera e in lingua italiana.

Il Giudice amministrativo di secondo grado dà infatti rilevanza a che la scelta di impartire insegnamenti in inglese all'interno di corsi universitari in lingua italiana sia rimessa alla discrezionalità degli Atenei e che debba essere giustificata da "letteratura scientifica", così da tenere conto delle origini e dello sviluppo di quell'insegnamento, o anche dalla vocazione internazionale dell'Ateneo medesimo.

Tali affermazioni del Consiglio di Stato, che implicitamente utilizza quegli stessi canoni di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza per giungere ad esiti in parte differenti da quelli della Consulta, appaiono assai condivisibili, giacché consentono di salvaguardare maggiormente l'autonomia didattica degli Atenei, liberi di impartire in inglese tutti quegli insegnamenti che lo richiedano in ragione dei contenuti e metodi delle materie trattate.

Contestualmente, tale lettura non sembra arrecare pregiudizio al primato della lingua italiana, sia perché continuerebbero condivisibilmente ad essere impartiti in italiano quegli insegnamenti che sono intrinseci di tradizioni e valori della cultura italiana – come ad esempio buona parte degli insegnamenti che si collocano fra gli studi giuridici⁷³ – sia perché tale principio non può essere esteso fi-

⁷¹ Così, D.U. GALETTA, *Internazionalizzazione degli Atenei e corsi di studio in lingua straniera: fra conseguenze "a sistema" del contenzioso sui corsi "solo in inglese" al Politecnico di Milano e possibili scenari futuri*, cit., 12.

⁷² Così, R. CARTA, *La lingua come elemento identitario e vettore di trasmissione di cultura tra esigenze di internazionalizzazione e autonomia universitaria: nota a margine della sentenza 42 del 2017 della Corte Costituzionale*, cit., 6.

⁷³ In gran parte degli insegnamenti che si collocano fra gli studi giuridici è infatti molto forte il legame con il linguaggio. In tal senso, cfr. fra gli altri, F. SAVO AMODO, *Il caso del Politecnico di Milano*, in *diritticomparati.it*, 20 marzo 2017, che pone altresì l'accento sui diversi problemi che

no al punto di impedire agli Atenei di impartire in inglese gli insegnamenti che invece lo richiederebbero. Inoltre, dato il richiamo alla vocazione internazionale degli Atenei medesimi, tale impostazione consentirebbe alle Università che sono più aperte verso l'esterno di dirigersi con più forza nel cammino dell'internazionalizzazione per cercare di migliorare, così, le opportunità occupazionali dei propri laureati.

Tale direzione, che valorizza la necessità di una valutazione che venga compiuta caso per caso, è stata anche indicata da autorevole dottrina, che, proprio in relazione a quell'equilibrio succitato fra insegnamenti in lingua italiana e lingua inglese, ha sostenuto che "la [migliore] risposta non sia da ricercare in una misura predeterminata. Saranno l'oggetto del sapere, la platea degli ascoltatori e degli interlocutori, le conoscenze di chi conduce la ricerca o la docenza a suggerire di volta in volta il veicolo linguistico più opportuno nella misura più opportuna"⁷⁴.

Tale recupero degli spazi dell'autonomia didattica appare necessaria e non in contraddizione, anzi in piena sintonia, con tutti i principi costituzionali in gioco, in relazione ai quali l'osservato temperamento, improntato alla ragionevolezza, alla proporzionalità e all'adeguatezza, sembra rappresentare la migliore strada per giungere all'auspicato percorso verso l'internazionalizzazione, senza per questo avviare alle descritte esigenze di protezione della lingua nazionale.

pone l'utilizzo della lingua inglese nello studio del diritto (come l'evidente difficoltà di tradurre in inglese concetti derivanti dalla tradizione romanistica e non presenti nell'elaborazione giuridica anglosassone, o la difficoltà di cogliere il reale significato della terminologia inglese che viene ormai di moda utilizzata, con un'inevitabile perdita in punto di comprensibilità del sapere).

In merito, poi, all'insegnamento di diritto amministrativo, che era stato espressamente preso in considerazione dalla sentenza del TAR Lombardia già esaminata, si vedano: M. CARTABIA, *La lingua inglese e lo studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, n. 3, 917, che riflette sull'utilizzo della lingua inglese nel diritto pubblico in generale, ritenendo che "parlare di diritto pubblico italiano in lingua inglese [...] non significa necessariamente capitolare di fronte alla cultura del più forte, omologarsi o condannarsi all'irrelevanza, ma ampliare il raggio di influenza della propria esperienza giuridica, diffondendo i frutti della propria tradizione oltre i confini nazionali"; oltre che, più cauto, M. D'ALBERTI, *La lingua inglese e il diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, n. 3, 921-922. Quest'ultimo Autore prende atto che "la produzione scientifica italiana relativa al diritto amministrativo [...] resta assolutamente dominata dall'uso dell'italiano", ritenendo che sia "ancora presto per pensare che le scienze giuridiche seguano o debbano seguire la via delle scienze dure, nelle quali l'anglificazione è fenomeno ormai inarrestabile e compiuto". Tuttavia, guardando ad un futuro più lontano, egli ritiene che l'uso dell'inglese nello studio del diritto amministrativo, la cui crescita viene auspicata dall'Autore, non potrà comunque condurre alla totale abdicazione dell'italiano a favore dell'inglese, dato che "nel campo del diritto amministrativo vi sono concetti e istituti che richiedono necessariamente la lingua italiana: l'interesse legittimo, ad esempio, è intraducibile e non è assolutamente agevole spiegarlo agli studiosi stranieri, provenienti da sistemi di *common law* ma anche di *civil law*".

⁷⁴ Così, M. CARTABIA, *La lingua inglese e lo studio del diritto pubblico*, cit., 916.

L'ATTIVITÀ ESTERNA DEI DOCENTI UNIVERSITARI: QUALI RESPONSABILITÀ?

Luca Galli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo: dalla Costituzione ai regolamenti universitari. – 3. Le conseguenze della violazione: le sanzioni e la responsabilità amministrativa. – 4. La pluralità di danni erariali e la difformità dell'operato delle corti. – 5. Il problematico riparto di giurisdizione. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il regime di cumulabilità dell'incarico pubblico e di attività lavorative private da parte dei docenti universitari è un tema che, negli ultimi dieci anni, ha animato non solo il legislatore della riforma Gelmini, ma anche e soprattutto l'attività decisionale di un elevato numero di corti, interessando trasversalmente le giurisdizioni ordinaria, amministrativa e contabile. La particolare natura dell'incarico universitario, infatti, comporta il coinvolgimento di una pluralità di principi e interessi, spesso in contrasto tra loro, la cui esigenza di corretto bilanciamento non fa altro che confermare il precipuo rilievo della tematica in analisi. Si pensi al buon andamento della pubblica amministrazione e all'esclusività dell'impegno dei dipendenti pubblici, così come alla valorizzazione dell'individuo e del suo lavoro, specialmente laddove gli incarichi extra-universitari possano risultare un'occasione di sperimentazione e arricchimento delle conoscenze, capace di riverberarsi positivamente sull'attività didattica e di ricerca scientifica.

Il presente capitolo, d'altra parte, più che soffermarsi sulla specificazione delle attività esterne, consentite o vietate, mira a investigare quelle che sono le conseguenze di una condotta "infedele" da parte dei docenti, le quali costituiscono chiaro indicatore, all'interno del nostro sistema giuridico, del valore (o del disvalore) attribuito allo svolgimento di incarichi extra-accademici. Quali forme di responsabilità e di sanzioni colpiscono il docente in caso di illecito cumulo di attività? Fino a che punto l'esistente sistema può giudicarsi razionale, considerati i valori in gioco? Essendo questi gli interrogativi che muovono la ri-

flessione contenuta nelle successive pagine, il capitolo si strutturerà lungo sei sezioni, inclusa la presente introduzione, in cui si ricostruirà brevemente la vigente disciplina in materia di attività incompatibili, per poi passare all'analisi del sistema di responsabilità e di sanzioni per la violazione della stessa, con uno studio non limitato solo al testo delle leggi, ma incentrato sulla loro applicazione concreta da parte degli organi giurisdizionali.

L'obiettivo, dunque, è quello di mettere in risalto le esistenti irrazionalità e mancanze della disciplina sul cumulo di incarichi, non risolte (anzi, forse acute) dagli interventi normativi degli ultimi dieci anni. La speranza, invece, è quella di saper suggerire una lettura capace di limitare i difetti del sistema, oltre che tracciare una traiettoria lungo cui concepire le possibili prospettive di riforma.

2. *Il quadro normativo: dalla Costituzione ai regolamenti universitari*

Mentre la condizione del dipendente privato che voglia intraprendere una seconda attività lavorativa è disciplinata dall'art. 2015 c.c. in modo da consentirne in generale lo svolgimento, fatta salva l'esigenza di evitare ipotesi di concorrenza e conflitto di interessi, ben più articolata è la disciplina applicabile ai docenti universitari¹.

Il quadro normativo si compone, essenzialmente, di due gruppi di previsioni: da un lato, l'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e gli artt. 60 ss. d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3; dall'altro, l'art. 11 d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382 e l'art. 6 legge 30 dicembre 2010, n. 240. Mentre le norme del primo gruppo fissano le regole ge-

¹Tra le opere che affrontano il tema dell'incompatibilità nel pubblico impiego, vedasi, *ex pluribus*, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018, 138 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, 2018, 1848 ss. (spec. 1852); M. MARINELLI, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la "riforma Madia" – incompatibilità e incarichi*, in *Giur. it.*, 2018, 985 ss.; M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove autonomie*, 2014, 577 ss. (spec. 578-579); M. ROSSI, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in V. TENORE (a cura di), *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le conseguenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, 2014, 120 ss. (spec. 123); M.T. CARINCI, U. CARABELLI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010, 263 ss.; V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 1097 ss. Con specifico riferimento ai docenti universitari, invece, G. VALDITARA, *Professori universitari – Riflessioni critiche sull'interpretazione giurisprudenziale del regime di incompatibilità dei professori universitari a tempo pieno nella legge Gelmini: la nozione di "consulenza" e di "attività libero-professionale"*, in *Giur. it.*, 2018, 178 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, in *Lavoro nella p.a.*, 2016, 431 ss.; G. SICCHIERO, *Professione forense e docenza universitaria dopo la riforma del 2010*, in *Giur. it.*, 2011, 2532 ss.; S. MAINARDI, *Collegio di disciplina, codice etico e incompatibilità*, in M. BROLLO, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'università tra legge e statuti*, Milano, 2011, 177 ss.; L. CAPALDO, A. DAPAS, M. SANTINI, L. VIOLA, *I professori universitari*, in D. CARINCI, V. TENORE, A. DAPAS, L. VIOLA (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, vol. V, Milano, 2010, 201 ss.

nerali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi, applicabili a tutti i pubblici dipendenti, quelle del secondo ne danno specificazione in relazione ai docenti universitari, sostanzialmente replicandone i contenuti.

Il risultato è un trittico di opzioni, essendo gli incarichi esterni suddivisibili in: *i*) attività del tutto incompatibili con l'impiego di docente universitario; *ii*) attività astrattamente incompatibili, ma che possono essere oggetto di specifica autorizzazione da parte del datore di lavoro pubblico; *iii*) attività liberamente esercitabili, senza bisogno di autorizzazione alcuna. A ben vedere, questo trionomio è frutto di un'evoluzione storica che, nelle sue varie tappe dagli anni '50 alla riforma Gelmini, ha comportato il passaggio da una disciplina di incompatibilità assoluta a una sua progressiva relativizzazione, senza comunque mai giungere a una liberalizzazione delle attività esterne pari a quella prevista per i lavoratori privati.

Guardando alla *ratio* di questa disciplina, la tuttora predominante incompatibilità con gli incarichi esterni viene considerata quale conseguenza necessaria dell'applicazione del principio di esclusività, affermato nell'art. 98 Cost. In altri termini, limitare l'accesso dei docenti universitari a incarichi esterni servirebbe ad assicurare il soddisfacimento di esigenze espressione di questo principio costituzionale: da un lato, la necessità di garantire la concentrazione delle energie lavorative dei dipendenti pubblici nel solo svolgimento delle pubbliche funzioni, a tutela dell'efficienza della loro azione e del buon andamento dei pubblici uffici; dall'altro, la necessità di garantire l'imparzialità dell'agire amministrativo, preservando il pubblico dipendente da possibili conflitti di interesse². Una chiave di lettura ulteriore, ad ogni modo, può discendere dalla considerazione del fatto che l'esclusione del pubblico dipendente dall'accesso a incarichi esterni è in realtà una regola vigente nel nostro ordinamento da ben prima dell'affermazione del principio costituzionale di esclusività, come dimostra la lettura delle più risalenti discipline relative allo stato giuridico degli impiegati civili della pubblica amministrazione³. Queste ultime comunicano un'immagine ideale, e forse idealizzata, del dipendente pubblico – “guida ed esempio” per colleghi e cittadini, nonché totalmente devoto all'interesse dell'amministrazione per il bene pubblico⁴ – che ancora

² Vedasi M. DI FOLCO, *Art. 98*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, vol. II, 239 ss.; A. SAITTA, *Art. 98*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1911 ss.; C. PINELLI, *Il 1° comma dell'art. 98*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1994, 413 ss.

³ Vedasi il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2960.

⁴ Vedasi, in tal senso, anche il contenuto degli artt. 11 e 13 del d.p.r. n. 3/1957, rispettivamente disciplinati gli istituti della promessa solenne e del giuramento di fedeltà alla Repubblica, nonché i doveri del dipendente pubblico. In materia, P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1991, 191 ss. Vedasi anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1989, 304 ss.

caratterizzava lo statuto degli impiegati civili negli anni '50 dello scorso secolo (ossia il d.p.r. n. 3/1957) e che mal si concilierebbe con lo svolgimento di attività esterne che possano apparire in qualche modo “degradanti”, perché esercitate al solo fine del conseguimento di un utile economico. Si potrebbe dunque affermare che l’opportunità di tutelare il prestigio del pubblico dipendente e, di riflesso, dell’amministrazione permeano tuttora la disciplina vigente – come reso plausibile dal rinvio, contenuto nell’art. 53, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, agli artt. 60 ss. d.p.r. n. 3/1957. Ciò, di conseguenza, ancora sbarra la strada a un approccio di generale ammissibilità dell’attività esterna e di controllo caso per caso circa la sussistenza di un conflitto di interessi, simile a quello privatistico, e garantisce la perseveranza in un approccio generalmente preclusivo allo svolgimento di incarichi *extra-officio*. Approccio di cui è bene sottolineare, fin da subito, i dubbi di attualità, non solo per l’abbandono della suddetta connotazione idealistica da parte delle più recenti disposizioni normative sullo stato giuridico dei dipendenti pubblici⁵, ma anche perché una percezione negativa dello svolgimento di attività lavorativa, per quanto aggiuntiva a quella di pubblico impiego, mal sembrerebbe armonizzarsi con il ruolo centrale riconosciuto al lavoro nella nostra Costituzione, quale strumento di progresso dell’individuo e della collettività.

Rinviando alle conclusioni per ulteriori riflessioni, è ragionevole, ora, inquadrate brevemente il contenuto delle sopraindicate categorie di impieghi esterni.

Cominciando con le attività assolutamente incompatibili, esse si sostanziano – tanto per il dipendente pubblico in generale, quanto per il docente universitario – nell’esercizio del commercio, dell’industria e della libera professione, nonché nel lavoro subordinato alle dipendenze di altre amministrazioni pubbliche o di soggetti privati⁶. Il carattere assorbente di tutte queste attività, che difficilmente si presterebbero ad essere svolte in via occasionale o saltuaria, ma anche la loro capacità di essere espressione di interessi individuali eventualmente confliggenti con quelli dell’amministrazione pubblica, nonché le loro finalità meramente lucrative, ne hanno così giustificato il divieto assoluto di cumulo con l’impiego pubblico.

Passando alle attività liberamente esercitabili, si tratta di incarichi esterni che possono essere svolti dal docente senza necessità di autorizzazione da parte dell’ateneo di appartenenza, anche qualora comportino la corresponsione di emolumenti, e sempre che non siano riconducibili per continuità e intensità ad attività libero professionali. Per quanto il legislatore non delinea espressamente la *ratio* che accomuna queste attività, già a una prima lettura degli elenchi nor-

⁵ Si vedano, in particolare, i doveri “aggiornati” del pubblico dipendente, fissati nell’art. 3 d.p.r. n. 62/2013.

⁶ Si vedano gli art. 60 ss. d.p.r. n. 3/1957, così come richiamati dall’art. 53, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, ma anche le analoghe disposizioni contenute nell’art. 11 d.p.r. n. 382/1980 e nell’art. 6 d.lgs. n. 240/2010.

mativi⁷ ci si rende conto del fatto che si è in presenza di incarichi capaci di dare lustro al dipendente e, quindi, all'amministrazione di appartenenza (collaborazione a giornali, riviste o enciclopedie; sfruttamento di opere dell'ingegno; attività di comunicazione e divulgazione scientifica e culturale; svolgimento di lezioni e seminari di carattere occasionale; etc.) e in relazione alle quali sembra più difficile il configurarsi di un conflitto di interessi (per altre ipotesi, d'altra parte, opera la messa in aspettativa del dipendente). Inoltre, si tratta di impieghi che – almeno sulla carta – si prestano ad essere svolti *una tantum*, o comunque saltuariamente, limitandone l'incidenza sull'efficienza del pubblico dipendente⁸.

Giungendo infine agli incarichi relativamente incompatibili, ai sensi dell'art. 53, comma 7, d.lgs. n. 165/2001, i docenti universitari non possono svolgere impieghi retribuiti – diversi da quelli liberamente esercitabili – che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'ateneo di appartenenza. Le attività in questione, pur non essendo oggetto di elencazione da parte del legislatore, trovano specificazione nei vari regolamenti di ateneo a cui lo stesso comma 7 fa rinvio, quale espresso riconoscimento della peculiarità della categoria di dipendenti pubblici qui in analisi⁹. Inoltre, le loro caratteristiche comuni possono facilmente essere delineate *a contrario*, in considerazione della loro necessaria diversità rispetto alle attività libere e a quelle radicalmente incompatibili. Infatti, se gli impieghi di natura “assorbente” e “continuativa” sono oggetto di incompatibilità assoluta, gli incarichi di cui all'art. 53, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 non possono che avere natura occasionale o saltuaria, risultando incapaci di distrarre *in toto* il dipendente dall'attività istituzionale. Ancora, a differenza delle attività libere, il volume di impegno degli incarichi in questione non può ritenersi presuntivamente compatibile e, ugualmente, non possono ritenersi *ex ante* insussistenti ipotesi di conflitti di interesse, così da richiedere di volta in volta una valutazione della cumulabilità dell'incarico *extra-officio* con il ruolo pubblico del singolo dipendente. Così, per esempio, i regolamenti dei vari atenei elencano fra le attività esterne autorizzabili quelle di arbitro, di traduttore o di componente di organi ispettivi presso enti pubblici o privati, sempre preventivan-

⁷ Si vedano gli artt. 53, comma 6, d.lgs. n. 165/2001; 11 d.p.r. n. 382/1980; 6, comma 10, d.lgs. n. 240/2010.

⁸ Vale la pena evidenziare che la sottrazione di tali incarichi al regime autorizzatorio non abbia escluso l'introduzione, tramite la normativa interna delle pubbliche amministrazioni, di obblighi di comunicazione preventiva circa lo svolgimento di attività libere al fine di permettere una valutazione *ex ante* sulla sussistenza di ipotesi di conflitto di interesse. In questo senso dispongono i regolamenti sulle attività esterne di vari atenei (per esempio, vedasi l'art. 8, comma 3, regolamento dell'*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna; l'art. 4, comma 4, Regolamento dell'Università degli Studi di Milano; l'art. 5, comma 3, Regolamento dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca).

⁹ Art. 53, comma 7, d.lgs. n. 165/2001: “Con riferimento ai professori universitari a tempo pieno, gli statuti o i regolamenti degli atenei disciplinano i criteri e le procedure per il rilascio dell'autorizzazione nei casi previsti dal presente decreto”.

done il carattere “saltuario”¹⁰. In via generale, dunque, anche singole e sporadiche attività “professionali” possono essere oggetto di autorizzazione da parte degli atenei, in base a un procedimento chiamato a bilanciare, in relazione al caso concreto, i principi di buon andamento ed esclusività con le conseguenze positive che queste attività *extra*-istituzionali possono produrre in capo al singolo lavoratore e, più in generale, in capo all’amministrazione di appartenenza¹¹.

Quanto appena ricostruito descrive lo stato giuridico dei professori a tempo pieno.

Un’ulteriore variabile è stata introdotta dal d.p.r. n. 382/1982 tramite la distinzione, appunto, tra docenti a tempo pieno e docenti a tempo definito, rimettendo al singolo professore/ricercatore la scelta tra uno dei due regimi¹². Così, se ai primi è richiesto un più intenso impegno accademico, ma è garantita una maggiorazione stipendiale volta a compensare la piena esclusività dell’incarico pubblico¹³, ai secondi viene espressamente consentito lo svolgimento di attività professionali, di incarichi retribuiti e di attività di consulenza anche continuative, senza bisogno di autorizzazione alcuna, risultando invece preclusa l’assunzione di diverse cariche accademiche (rettore, direttore di dipartimento, membro elettivo del consiglio di amministrazione, etc.). Conformemente a quanto disposto dall’art. 53, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, dunque, per i docenti a tempo definito si delinea esclusivamente una bipartizione – e non una tripartizione – delle attività esterne, laddove agli incarichi assolutamente incompatibili *ex art.* 60 ss. d.p.r. n. 3/1957 si contrappongono, in via residuale, tutte le ulteriori attività, che potranno essere liberamente svolte, senza bisogno di autorizzazione alcuna (per quanto, come visto sopra, questo non impedisca l’introduzione tramite re-

¹⁰ Si vedano, ad esempio, i regolamenti relativi agli incarichi e alle attività esterne dei docenti dell’Università Ca’ Foscari di Venezia, dell’*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna e dell’Università di Trento.

¹¹ L’incarico esterno, infatti, non deve essere considerato una mera occasione di ulteriore guadagno, ma deve trovare giustificazione nell’esperienza e competenza professionale del dipendente, rendendo tale attività anche un’occasione di miglioramento dell’immagine e delle professionalità a disposizione dell’amministrazione. In tal senso, M. ROSSI, *Incompatibilità, incarichi e consulenze*, cit., 186. Per un’analisi dei punti chiave oggetto di valutazione nel procedimento autorizzatorio, vedasi, *ex pluribus*, Corte conti, sez. Lombardia, 25 novembre 2014, n. 216 e Id., 14 dicembre 2016, n. 214.

¹² Art. 11 d.p.r. n. 382/1980.

¹³ Sull’inadeguatezza dell’incremento retributivo chiamato a compensare i mancati guadagni per lo svolgimento di attività libero professionale si è espressa, in via incidentale ma estremamente chiara, la Corte costituzionale. Così Corte cost., 31 marzo 1988, n. 376, per cui “ritiene la Corte di dover rilevare come la differenza del trattamento economico, che forma oggetto di questo giudizio, abbia una consistenza minima, se non addirittura irrisoria [...] Perciò la Corte, pur non potendo riconoscere, per insuperabili ragioni tecnico-giuridiche, la fondatezza della questione, relativa ad un emolumento economicamente insignificante, non può non auspicare che la riforma universitaria possa avere, nell’ulteriore fase di attuazione, i necessari ed opportuni miglioramenti anche sotto l’aspetto retributivo”.

golamenti universitari di un obbligo di comunicazione, ai fini di una verifica preventiva dell'assenza di interessi conflittuali).

Questo impianto, chiaramente individuabile sin dal d.p.r. n. 382/1980, è stato puntualmente confermato, trascorsi trent'anni, dall'art. 6 legge n. 240/2010. L'esercizio del commercio e dell'industria restano assolutamente incompatibili con il ruolo di docenti, mentre lo svolgimento di attività libero-professionali e di lavoro autonomo, anche continuative, rimane appannaggio esclusivo dei professori/ricercatori a tempo definito, che potranno esercitarle liberamente. Ancora, l'art. 6, comma 10, puntualizza ulteriormente le attività liberamente esercitabili dai professori a tempo pieno, originando tuttavia una mera duplicazione dell'elenco già contenuto nell'art. 53, comma 6, d.lgs. n. 165/2001. L'unica novità sostanziale è sembrata, quanto meno in prima lettura, la liberalizzazione dell'attività di consulenza anche per i docenti a tempo pieno: da un lato, con la novella del 2010 è parso superato il divieto assoluto imposto dall'art. 11 d.p.r. n. 382/1980, dall'altro, quest'attività è sembrata sottratta al regime autorizzatorio, consentendone il libero svolgimento anche per i docenti a tempo pieno. Senonché la giurisprudenza ha chiarito che l'attività di consulenza in questione non può essere concepita come qualcosa di diverso dalla collaborazione scientifica, a cui è accostata nel testo legislativo e di cui conserva la stessa natura e le medesime caratteristiche: essa, dunque, non può in ogni caso coincidere e confondersi con l'attività libero-professionale¹⁴. Da ciò si desume che, per i professori a tempo pieno, permane il divieto di espletamento di attività libero professionale in assoluto, se svolta con continuità, e la necessità di previa autorizzazione dell'ateneo di appartenenza in relazione all'attività occasionale "di consulenza" non prettamente teorica¹⁵.

3. Le conseguenze della violazione: le sanzioni e la responsabilità amministrativa

Chiariti sinteticamente quali siano i divieti e le facoltà concernenti lo svolgimento di attività esterne da parte dei docenti universitari, è ora possibile passare all'analisi e alla riflessione sulle conseguenze della violazione di queste regole.

In primo luogo, all'assunzione di incarichi assolutamente incompatibili il legislatore fa conseguire l'obbligo per l'amministrazione di appartenenza di diffidare il dipendente, di modo che rinunci all'impiego esterno entro quindici gior-

¹⁴In materia vedansi, da ultimo, Corte conti, sez. Lombardia, 3 febbraio 2020, n. 11 e Corte conti, sez. I app., 12 novembre 2019, n. 250. Sul tema vedasi l'Atto di indirizzo MIUR, 14 maggio 2018, n. 39, che appare favorevole a una lettura più permissiva rispetto a quella sostenuta dalle corti, nonché, in dottrina, R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, cit., 461 ss. e G. VALDITARA, *Professori universitari*, cit., 178 ss.

¹⁵Così, da ultimo, Corte conti, sez. Sicilia, 7 maggio 2019, n. 287.

ni dalla diffida stessa. Di talché, in base alle analoghe previsioni contenute negli artt. 63 d.p.r. n. 3/1957 e 15 d.p.r. n. 382/1980, qualora il docente non si adegui a quanto richiesto opererà un'ipotesi di decadenza automatica dall'impiego pubblico, ciò senza che l'effettiva cessazione dell'attività *extra-officio* garantisca l'esclusione di ulteriori ipotesi di responsabilità disciplinare.

Cuore del sistema sanzionatorio, tuttavia, rimane il comma 7 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001: "in caso di inosservanza del divieto [di svolgere attività non autorizzate, n.d.r.], salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza [...]". Molteplici sono i profili di particolare interesse, desumibili dal dettato di questa previsione.

In primis, nel fare salve "le più gravi sanzioni", il legislatore del 2001 confermerebbe la natura sanzionatoria dell'obbligo di versamento del compenso dovuto per le prestazioni esterne incompatibili. *In secundis*, essendo il divieto cui fa riferimento il comma 7 quello di svolgere attività esterna senza la necessaria autorizzazione, la sanzione in questione dovrebbe operare solo in relazione alle attività autorizzabili, e non anche a quelle assolutamente incompatibili, per le quali parrebbe insensato imporre al docente di chiedere un'autorizzazione assolutamente non rilasciabile dall'ateneo. Infine, la previsione in analisi conferma esplicitamente la configurabilità, in caso di svolgimento di attività incompatibili, di ulteriori ipotesi sanzionatorie e di responsabilità disciplinare nonché, implicitamente, civile e penale¹⁶.

Ad essere controversa, tuttavia, è prima di tutto la natura della sanzione in questione. Se la sua applicabilità anche nei confronti del datore di lavoro esterno sembrerebbe giustificare la qualifica di sanzione amministrativa, scollegata dal rapporto di impiego del pubblico dipendente e dai poteri datoriali dell'amministrazione, la giurisprudenza del giudice amministrativo – quale giudice del lavoro per le controversie coinvolgenti i docenti universitari – si è dimostrata decisamente più incerta e fluttuante. Chiamati a conoscere delle impugnazioni dei provvedimenti sanzionatori con cui gli atenei hanno dato attuazione alle previsioni del comma 7, i giudici amministrativi hanno spesso qualificato tale misura come sanzione civilistica di natura patrimoniale, irrogabile dall'ateneo quale datore di lavoro¹⁷, oppure come misura reale di destinazione dei compensi in assenza di una preventiva autorizzazione¹⁸ o, ancora, come un'ipotesi di re-

¹⁶Per una ricostruzione del sistema complessivo delle responsabilità del pubblico dipendente, vedasi V. TENORE, L. PALMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013.

¹⁷TAR Basilicata, sez. I, 8 giugno 2011, n. 344.

¹⁸TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 13 giugno 2018, n. 576; TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 5 giugno 2017, n. 191; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 21 maggio 2018, n. 848; TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 24 marzo 2016, n. 3753.

sponsabilità contrattuale del pubblico dipendente che non ha osservato i propri doveri d'ufficio¹⁹, negando l'applicabilità delle regole dettate dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. Non sono mancate, tuttavia, pronunce di senso contrario, che hanno qualificato il provvedimento adottato dall'amministrazione come atto amministrativo di natura autoritativa, negandone la natura civilistica²⁰, o che hanno affermato l'applicabilità delle disposizioni della legge n. 689/1981²¹. Il tutto non senza conseguenze di rilievo, come per esempio dimostra il differente termine di prescrizione che opererebbe qualificando la sanzione in questione come civile (dieci anni)²² o amministrativa (cinque anni)²³.

In questo già incerto contesto si è poi innestata, tramite l'aggiunta del comma 7-*bis* da parte della legge 6 novembre 2012, n. 190, un'esplicita ipotesi di responsabilità amministrativa. Nell'ambito delle varie disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione contenute nella legge del 2012, il legislatore ha infatti cercato di garantire chiarezza ed effettività riguardo alle conseguenze della violazione delle norme sull'incompatibilità degli incarichi esterni, introducendo una norma interpretativa, volta a confermare un orientamento già presente in giurisprudenza²⁴. L'intento, dunque, era quello di porre fine ai contrasti esistenti circa le conseguenze della violazione della normativa sul cumulo di cariche, tipizzando un'ipotesi di responsabilità erariale, così come ai dubbi in materia di riparto di giurisdizione. Infatti, il succitato comma 7-*bis* dispone: "l'omissione del versamento del compenso [ai sensi del comma 7] da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti". Il legislatore, dunque, ha sfruttato il particolare legame tra il pubblico dipendente e l'amministrazione per qualificare il mancato pagamento della sanzione *ex* comma 7 come uno specifico impoverimento prodotto dal dipendente in capo all'amministrazione di appartenenza, capace di integrare un'ipotesi di responsabilità erariale il cui esame risulta riservato ai giudici contabili.

Nonostante la finalità chiarificatrice, la novella in questione ha sollevato numerosi dubbi, primo tra tutti quello inerente alla relazione tra responsabilità *ex* comma 7-*bis* e sanzione *ex* comma 7. Infatti, per quanto l'omesso versamento della sanzione sembrerebbe presupposto logico per la sussistenza della respon-

¹⁹ TAR Campania, Napoli, sez. II, 12 giugno 2015, n. 3191; TAR Veneto, sez. I, 11 novembre 2014, n. 1375.

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2018, n. 5944.

²¹ Cons. Stato, sez. II, parere 30 aprile 2018, n. 1129.

²² TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 3191/2015.

²³ Cons. Stato, sez. II, n. 1129/2018.

²⁴ Vedasi, al riguardo, Cass., sez. un., 2 novembre 2011, n. 22688 e Id., 22 dicembre 2015, n. 25769.

sabilità, il rapporto tra procedimento sanzionatorio e giudizio contabile è stato oggetto di interpretazioni difformi: a chi ha sostenuto l'autonomia e l'indipendenza del secondo rispetto al primo, sicché il mancato svolgimento (o la pendenza) del procedimento amministrativo non preclude l'avvio dell'azione erariale²⁵, si contrappone la posizione di chi ritiene che il procedimento sanzionatorio dovrebbe sempre e comunque precedere il giudizio innanzi alla Corte di conti²⁶. Ancora, sono in larga parte analoghi gli elementi da prendere in considerazione ai fini dell'applicazione della sanzione amministrativa e della verifica della responsabilità erariale (si pensi alla sussistenza del rapporto di impiego, di una condotta *contram legem* e dell'elemento psicologico), dando luogo a problematiche sia di *bis in idem*, sia, soprattutto, di eventuale contrasto tra gli esiti del procedimento amministrativo e del processo erariale. Paradossale, infatti, apparirebbe la situazione in cui il procedimento sanzionatorio si concludesse con la non applicazione della sanzione, mentre il giudizio erariale terminasse con il riconoscimento della responsabilità per omesso versamento della sanzione stessa.

4. La pluralità di danni erariali e la difformità dell'operato delle corti

Al di là dei problematici rapporti con la sanzione *ex* comma 7, la novella del 2012 non sembra aver soddisfatto la sua finalità chiarificatrice anche in relazione all'individuazione dell'ipotesi di responsabilità amministrativa da far valere in caso di cumulo *contram legem* di attività esterne.

In particolare, l'analisi della giurisprudenza contabile che verrà svolta qui di seguito dimostra una mancanza di uniformità, nelle decisioni delle differenti sezioni della Corte dei conti, circa le voci di danno erariale che il docente "infedele" può essere chiamato a risarcire. Senza potersi dilungare oltre, sia sufficiente qui ricordare come per danno erariale si intenda la perdita di beni o denaro, o la mancata acquisizione di incrementi patrimoniali, che il dipendente cagiona all'amministrazione²⁷, con un contesto attuale caratterizzato da una consistente

²⁵ Corte conti, sez. II app., 14 marzo 2019, n. 82; Corte conti, sez. Emilia-Romagna, 28 febbraio 2019, n. 33; Id., 25 giugno 2018, n. 125. Così anche Corte conti, sez. Lombardia, 29 settembre 2017, n. 140.

²⁶ TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, n. 191/2017; TAR Puglia, Bari, sez. II, 30 dicembre 2016, n. 1484; TAR Campania, Napoli, sez. II, 12 giugno 2015, n. 3191; TAR Veneto, sez. I, n. 1375/2014. Ancora TAR Puglia, Lecce, sez. II, 7 febbraio 2018, n. 142, il quale afferma che l'azione innanzi ai giudici contabili presuppone che l'amministrazione di appartenenza del dipendente "infedele" abbia "vanamente coltivato l'azione restitutoria delle somme indebitamente percepite".

²⁷ Così A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 90 ss. Vedasi anche A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2011, 9; F.M. PAGLIARA, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro. Presupposti soggettivi ed elementi costitutivi della fattispecie*, in V. CASTIGLIONE, A. PIZZOFERRATO (a cura di),

tendenza all'atipizzazione di questo genere di danno e da una dilatazione del concetto di patrimonio pubblico risarcibile²⁸, così da rendere ipotizzabili il danno all'immagine²⁹, il danno da disservizio³⁰, il danno lesione degli interessi generali (come, per esempio, l'esclusività e il buon andamento della pubblica amministrazione)³¹. A questa tendenza ampliativa, però, si contrappone la tipizzazione attuata dal legislatore con l'introduzione del comma 7-bis, rendendo legittimo chiedersi se tale disposizione si sia rivelata uno strumento per limitare le voci di danno contestabili al docente universitario, circoscrivendole solamente a quella indicata nella norma, oppure abbia comportato l'introduzione di una voce ulteriore, da cumularsi alle differenti ipotesi atipiche di danno erariale.

Ciò detto, numerose pronunce dei giudici contabili hanno in effetti dato puntuale applicazione all'art. 53, comma 7-bis, ravvisando, in relazione ai docenti universitari che abbiano svolto attività incompatibili, esclusivamente l'ipotesi di responsabilità ivi indicata³². Così, un docente a tempo pieno che abbia esercitato sistematicamente anche la libera professione, non autorizzabile né in ogni caso oggetto di richiesta di autorizzazione, può essere condannato al versamento in favore dell'ateneo di appartenenza dei proventi ottenuti per le attività *extra-officio* esercitate. Questo a fronte della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, quali l'evidente rapporto di pubblico impiego, la condotta lesiva (comprensiva sia dello svolgimento dell'attività incompatibile che dell'omesso versamento dei compensi esterni in favore dell'ateneo), nonché l'innegabile nesso di causalità, avendo la condotta contraria alla legge

Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro, Padova, 2009, 58; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, 274 ss.

²⁸In questo senso, per prima, Corte conti, sez. I, 15 maggio 1973, n. 39. Per una riflessione su di essa, A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, cit., 93 ss. Ancora, sull'ampliamento del concetto di bene e di patrimonio pubblico al di là delle "mere res", *ex pluribus*, F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 669 ss.

²⁹Oggi la contestabilità di tale danno trova conferma nell'art. 56, comma 6, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (Codice del processo contabile).

³⁰Sul danno da disservizio vedasi, *ex pluribus*, V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in *La nuova Corte dei conti*, Milano, 2018, 320 ss.; G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir.*, annali X, Milano, 2017, 785 ss.

³¹Proprio in relazione alla configurabilità del danno erariale come lesione di interessi pubblici generali si era espressa la summenzionata Corte conti, sez. I, n. 39/1973. Si rimanda ancora, dunque, ad A. POLICE, *op. ult. cit.*, 93 ss.

³²Vedasi, *ex pluribus*, Corte conti, sez. III app., 25 novembre 2019, n. 230; Corte conti, sez. Campania, 17 settembre 2019, n. 333; Corte conti, sez. Sicilia, 9 maggio 2019, n. 306; Corte conti, sez. Emilia-Romagna, n. 33/2019; Corte conti, sez. Liguria, 5 luglio 2018, n. 217; Corte conti, sez. Emilia-Romagna, n. 125/2018; Id., 29 giugno 2017, n. 150; Id., 17 ottobre 2017, n. 203; Id., 18 ottobre 2017, n. 205; Id., 20 ottobre 2017, n. 206; Id., 12 aprile 2016, n. 61; Corte conti, sez. III app., 20 settembre 2016, n. 459; Corte conti, sez. Liguria, 7 novembre 2015, n. 88; Id., 22 ottobre 2015, n. 83; Id., 15 giugno 2015, n. 38; Id., 8 giugno 2015, n. 37.

fatto sorgere un inadempito obbligo di riversamento dei guadagni *extra-officio*. Particolare menzione merita l'elemento psicologico: se nella maggioranza dei casi viene riconosciuta quanto meno la colpa grave a fronte della affermata chiarezza delle norme e di una loro inexcusabile noncuranza da parte del docente (considerato anche il suo elevato livello culturale)³³, non sono mancate, tra le pronunce più recenti, decisioni che hanno riconosciuto il carattere “farraginoso e contraddittorio” del contesto normativo, capace di escludere l'elemento soggettivo della colpa grave in capo al docente che non lo abbia appieno rispettato³⁴.

Ciò posto, è tuttavia riscontrabile la presenza di un ulteriore filone giurisprudenziale che riconduce l'assunzione di incarichi esterni incompatibili o non autorizzati a una diversa lesione sofferta dall'ateneo di appartenenza, legata al rispetto dell'obbligo di esclusiva e conseguente all'indebita erogazione delle retribuzioni pubbliche nel periodo in cui il docente perdurava nello svolgimento di attività incompatibili³⁵. Così, un docente a tempo pieno, che contestualmente all'incarico accademico abbia svolto attività libero-professionale, può essere chiamato a risarcire il danno per la violazione del rapporto di esclusività corrispondente alla differenza tra la retribuzione (indebitamente) percepita quale professore/ricercatore a tempo pieno e quella che avrebbe potuto percepire, quale professore/ricercatore a tempo definito. È chiaro, pertanto, che la disciplina *ex art. 53, comma 7-bis* “configura [...] un danno diverso da quello oggetto dei presenti giudizi³⁶”. Infatti, il danno *sub comma 7-bis* comporta una lesione diretta del patrimonio delle università, non avendo i propri dipendenti corrisposto una somma che avrebbero dovuto pagare in adempimento a un'obbligazione sanzionatoria (c.d. “danno da mancata entrata”³⁷); poco conta che questa sanzione operi a tutela dell'esclusività dell'impiego pubblico. Nel danno da “differenza retributiva”, invece, ad essere

³³ Così, da ultimo, Corte conti, sez. Calabria, 19 settembre 2019, n. 375 e Corte conti, sez. Sicilia, n. 306/2019.

³⁴ Così, Corte conti, sez. Emilia-Romagna, 12 luglio 2019, n. 108. Nello stesso senso, Corte conti, sez. III app., 23 ottobre 2019, nn. 197-198, Id., 12 dicembre 2019, n. 253 e Id., 13 dicembre 2019, n. 255. A sostegno dell'assenza di chiarezza quanto ai contenuti dispositivi della normativa in questione, i giudici richiamano il Piano anticorruzione ANAC del 2017, laddove si lamenta un'incertezza interpretativa riguardante, in primo luogo, la tipologia di attività consentite o vietate, cui ha fatto seguito il già citato Atto di indirizzo MIUR n. 39/2018.

³⁵ Tra questa giurisprudenza, vedasi Corte conti, sez. Lazio, 28 maggio 2019, n. 247; Corte conti, sez. II app., 10 settembre 2018, n. 536; Corte conti, sez. Sicilia app., 15 maggio 2018, n. 107; Corte conti, sez. I app., 30 maggio 2017, n. 182; Corte conti, sez. Sicilia, 4 luglio 2017, n. 416; Corte conti, sez. Liguria, 9 ottobre 2017, n. 155; Corte conti., sez. I app., 2 marzo 2017, n. 65; Corte conti, sez. III app., 15 dicembre 2016, n. 653; Id., 6 ottobre 2016, n. 514; Corte conti, sez. Campania, 30 aprile 2015, n. 305; Corte conti, sez. Puglia, 7 agosto 2015, n. 413; Corte conti, sez. Liguria, 16 aprile 2015, n. 26; Corte conti, sez. Liguria, 31 luglio 2014, n. 100.

³⁶ Cfr. Corte conti, sez. Puglia, n. 413/2015. In senso analogo, Corte conti, sez. III app., n. 653/2016; Corte conti, sez. Emilia-Romagna, 6 febbraio 2014, n. 14.

³⁷ *Ex pluribus*, Corte conti, sez. II app., 19 marzo 2019, n. 86.

immediatamente lesi sono l'efficienza e il proficuo svolgimento della funzione pubblica, che hanno come presupposto l'esclusivo utilizzo delle energie lavorative del dipendente, al punto da non richiedere, secondo un diffuso filone giurisprudenziale, alcuna prova circa la minore rendita lavorativa del docente universitario, derivando il danno dall'alterazione del sinallagma contrattuale per cui parte della retribuzione sarebbe stata erogata senza la corrispondente controprestazione (ossia l'impegno esclusivo del docente)³⁸.

Alla luce di quanto appena descritto, l'introduzione del comma 7-bis non pare avere assicurato l'uniformità nelle conseguenze per l'assunzione degli incarichi esterni, risultando i docenti esposti a trattamenti differenziati a seconda delle scelte dei procuratori e dei giudici contabili.

Non solo, ma a questa incertezza circa il danno risarcibile si aggiunge, ad opinione di chi scrive, un'utilizzazione impropria dello stesso comma 7-bis. Come già detto, la sanzione di cui al comma 7 e quindi anche la successiva responsabilità amministrativa dovrebbero operare solo in relazione alle attività autorizzabili (ma non autorizzate), e non anche in relazione ad ipotesi di incompatibilità assoluta, rispetto alle quali è intrinsecamente insensato pretendere che il docente domandi autorizzazione alcuna. Tuttavia, i giudici contabili hanno più volte chiesto il riversamento anche di compensi conseguiti per attività libero-professionali o imprenditoriali³⁹. In questi ultimi casi, data l'assoluta incompatibilità, avrebbe invece avuto più senso richiedere solamente il danno da "differenza retributiva", avendo il professore/ricercatore ricevuto un compenso che l'ateneo non gli avrebbe (parzialmente o integralmente) corrisposto qualora fosse stato a conoscenza delle attività esterne dallo stesso svolte.

A complicare le cose si aggiungono ulteriori orientamenti giurisprudenziali che, invece di fare riferimento a una sola delle voci di danno in questione, le combinano tra loro in modo differente. Pertanto, deve darsi nota delle pronunce che, a chiare lettere, hanno affermato la cumulabilità delle sopra descritte ipotesi di responsabilità amministrativa. Limpide esponenti di questa categoria sono la sentenza della Corte dei conti, sez. Lombardia, 31 gennaio 2017, n. 14 e il relativo appello, che ne ha confermato i contenuti⁴⁰, in cui allo svolgimento di attività libero professionale esterna (non autorizzata, né autorizzabile) ha fatto seguito la contestazione tanto del danno da "omesso riversamento" quanto quello da "differenza retributiva". I

³⁸ Così Corte conti, sez. III app., 14 gennaio 2020, n. 7; Corte conti, sez. Sicilia, n. 416/2017, confermata in appello da Corte conti, sez. Sicilia app., n. 107/2018. In senso contrario, da ultimo, Corte conti, sez. II app., 26 settembre 2019, n. 344.

³⁹ In modo esplicito quanto all'applicazione del regime autorizzatorio anche alle attività assolutamente incompatibili, vedasi Corte conti, sez. III app., 21 luglio 2016, n. 345.

⁴⁰ Corte conti, sez. I app., 1° marzo 2018, n. 97. Più di recente, vedasi anche Corte conti, sez. Lombardia, n. 11/2020; Corte conti, sez. Calabria, n. 375/2019; Corte conti, sez. Umbria, 17 giugno 2019, n. 40; Corte conti, sez. II app., n. 86/2019; Corte conti., sez. Friuli Venezia-Giulia, 29 giugno 2018, n. 47.

giudici lombardi, nella pronuncia del 2017, condannano apertamente l'opposto indirizzo secondo cui "mettere a carico del docente tanto l'onere del riversamento all'Università dei compensi extra-istituzionali, quanto [della differenza di] retribuzione darebbe luogo a un'ingiustificata duplicazione della sanzione o del risarcimento"⁴¹. Per essi, i due obblighi risarcitori trarrebbero origine da autonome e concorrenti ragioni giuridiche, a fronte di un duplice danno patito dalle casse pubbliche, legittimando il cumulo delle voci. Dell'appello alla sentenza n. 14/2017, invece, merita di essere evidenziato il passaggio in cui i giudici riconoscono (in astratto) la configurabilità, in relazione alle condotte di un docente "infedele", di un'ulteriore voce di danno, il danno da disservizio⁴². Al riguardo, dunque, la lesione non si configurerebbe come un nocumento *in re ipsa* ai principi di esclusività ed efficienza della pubblica amministrazione (come nel caso del danno da "differenza retributiva"), né nell'omesso versamento di una sanzione posta a salvaguardia dei medesimi "beni" (come nel caso del danno *ex comma 7-bis*), ma di un effettivo scadimento, in qualità e quantità, delle prestazioni lavorative rese dal dipendente pubblico, da accertarsi nel caso concreto⁴³. Ancora, la recente pronuncia delle Sezioni Riunite della Corte dei conti n. 26/2019 conferma l'autonoma configurabilità di queste tre voci di danno, ammettendone anche una quarta, il danno all'immagine, che sarebbe ipotizzabile nel caso dell'assunzione di incarichi in conflitto di interesse con l'amministrazione di appartenenza⁴⁴.

Da ultimo, non resta che richiamare proprio quel gruppo di pronunce – criticate dalla sezione milanese della Corte dei conti – in cui le procure contabili hanno chiesto non in cumulo, ma in alternativa, le voci di danno sopra esaminate⁴⁵, oppure in cui sono stati gli stessi giudici a negarne la cumulabilità. In particolare, in queste ultime decisioni si è affermato che per quanto il danno da "omesso riversamento" e da "differenza retributiva" siano due fattispecie distinte, la loro somma darebbe luogo a una violazione del *ne bis in idem*. Ciò perché, una volta che il giudice accerta lo svolgimento di incarichi non autorizzati e condanna alla restituzione delle somme indebitamente corrisposte, si riespanderebbe il diritto dell'interessato alla percezione della piena retribuzione connessa al proprio *status* giuridico⁴⁶.

⁴¹ Corte conti, sez. I app., 10 giugno 2014, n. 836.

⁴² Corte conti, sez. I app., n. 97/2018, punto 5 della motivazione.

⁴³ Sulla differenza tra danno da disservizio e danno da differenza retributiva, soprattutto quanto all'onere della prova di un effettivo scadimento dell'attività accademica, vedasi la già citata Corte conti, sez. III app., n. 7/2020.

⁴⁴ Corte conti, sez. riun., 31 luglio 2019, n. 26.

⁴⁵ Tra queste, Corte conti, sez. Lazio, 25 giugno 2019, n. 299; Corte conti, sez. Emilia-Romagna, n. 108/2019; Id., 31 ottobre 2017, nn. 209-210-211; Id., 6 novembre 2017, n. 2014; Id., 29 settembre 2014, n. 137.

⁴⁶ Così Corte conti, sez. Lazio, 26 marzo 2018, n. 251. Prima ancora, vedasi la già citata Corte conti, sez. I, n. 836/2014.

Ancora una volta, dunque, appare lampante che un incerto tessuto normativo e altalenanti orientamenti giurisprudenziali hanno fatto sì che ad analoghe infedeltà non siano corrisposte medesime conseguenze.

5. Il problematico riparto di giurisdizione

Un'ultima breve riflessione merita di essere svolta in relazione ad un'ulteriore incertezza conseguente dal sopra esposto quadro normativo e giurisprudenziale, ossia quella concernente la corretta individuazione del giudice dotato di giurisdizione, che anche in questo caso non sembra essere stata risolta dall'affermata giurisdizione esclusiva introdotta con il comma 7-*bis*.

Prima di tutto, i dubbi sul giudice chiamato a risolvere queste controversie conseguono dalle caratteristiche stesse della responsabilità contabile. In materia, la giurisprudenza è da lungo tempo consolidata nell'affermare che la giurisdizione penale e civile/amministrativa (quale giudice del lavoro), da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti e concorrenti, anche quando investono lo stesso fatto materiale⁴⁷. Pertanto, sussiste in concreto la possibilità che due azioni giurisdizionali volte al risarcimento dei medesimi danni patiti da un ateneo per le condotte di un proprio docente pendano davanti ai due differenti giudici (amministrativo e contabile), senza conflitto di giurisdizione alcuno: l'una attivata direttamente dall'amministrazione danneggiata, l'altra dalla procura regionale della Corte dei conti; la prima a tutela della specifica lesione subita dalla singola amministrazione, la seconda a generale protezione della finanza pubblica⁴⁸. Solo una condanna passata in giudicato, se ritenuta totalmente satisfattiva della lesione patita dall'amministrazione, dovrebbe comportare l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'azione innanzi al giudice contabile, e viceversa. Altrimenti a tale condanna, anche se definitiva, potrà essere riconosciuto solamente un effetto riduttivo, ma non paralizzante, dell'azione contabile, rimettendo ogni valutazione al giudice dell'esecuzione, al quale spetterà evitare una duplicazione risarcitoria in favore della parte pubblica⁴⁹.

⁴⁷ Così Cass., sez. un., 4 gennaio 2012, n. 11. Sui rapporti tra giurisdizioni, vedasi, *ex pluribus*, V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 41 ss. e V. ROMANO, *Caratteri del processo e rapporti con gli altri giudici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, cit., 224 ss.

⁴⁸ Vedasi G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, 387 ss. (spec. 390). In questo senso, vedasi anche l'esplicito riconoscimento dell'ammissibile parallelismo di giudizi in Corte conti, sez. Emilia-Romagna, 1° ottobre 2018, n. 176.

⁴⁹ La dottrina si è da lungo tempo espressa a favore dell'esclusività della giurisdizione contabile in materia di responsabilità amministrativa, di modo da evitare una duplicazione di processi inefficiente e costosa (tanto per la parte pubblica, quanto per quella privata). Così, chiaramente,

Nella materia del cumulo di incarichi tale aspetto risulta amplificato, proprio in conseguenza delle scelte del legislatore del 2012: da un lato, il comma 7-bis introduce un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice contabile quanto al danno da omesso riversamento; dall'altro, nulla sembra impedire agli atenei di far valere direttamente gli ulteriori profili di danno – su tutti, quello da differenza retributiva – anche davanti al giudice amministrativo. Se già così risulta evidente il necessario frazionamento dei giudizi, la situazione diviene ancora più intricata se si considera che, per quanto il comma 7-bis attribuisca al giudice erariale la giurisdizione esclusiva in relazione al danno da omesso riversamento, nulla impedisce agli atenei di attivarsi in sede sanzionatoria per il recupero delle stesse somme (come previsto dal comma 7), spettando così al giudice amministrativo la controversie relative alla contestazione da parte del docente di questi provvedimenti sanzionatori⁵⁰. Dunque, in relazione al cumulo di incarichi dei docenti universitari, le controversie apparterranno al giudice contabile se ad attivarsi siano i pubblici ministeri contabili, o al giudice amministrativo se ad attivarsi per il risarcimento del danno o per l'applicazione della sanzione siano direttamente le amministrazioni. Oppure, ancora, a tutti e due i giudici contemporaneamente, qualora tanto gli atenei quanto i pubblici ministeri contabili si attivino congiuntamente.

Infine, al di là delle difficoltà nell'individuare il giudice chiamato a risolvere la controversia e delle conseguenti inefficienze, la scelta di una giurisdizione piuttosto che un'altra può avere conseguenze più che mai concrete in termini di incisività della condanna: non si può ignorare, infatti, il peculiare potere riduttivo dell'addebito che è tradizionalmente riconosciuto alla Corte dei conti in relazione al danno erariale, e che invece non è riscontrabile in capo al giudice amministrativo nelle controversie relative ai pubblici dipendenti⁵¹. Ancora una vol-

F.G. SCOCA, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in ID., *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, cit., 9 ss.; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 44 ss.; G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., 394. Per una critica giurisprudenziale a questo parallelismo tra giurisdizioni, Corte conti, sez. Lombardia, 7 maggio 2019, n. 94.

⁵⁰ Vedasi, da ultimo, la già citata Corte conti, sez. Lombardia, n. 94/2019 che, a fronte della sopravvivenza della giurisdizione del giudice civile/amministrativo in relazione all'ipotesi sanzionatoria, nega si possa parlare propriamente di una giurisdizione esclusiva del giudice contabile.

⁵¹ Sul potere riduttivo dell'addebito quale elemento di specialità della responsabilità amministrativa, vedasi A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, cit., 141 ss. Vedasi anche V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, cit., 349, il quale mette in luce come “non competendo analogo potere al giudice ordinario [...] il lavoratore che venisse convenuto innanzi all'a.g.o. e non innanzi alla Corte dei conti per la refusione del danno causato alla p.a., si vedrebbe esposto ad una condanna di importo assai maggiore: da qui l'irragionevolezza di tale doppio binario”. Si noti come, per quanto la tendenza sia quella di escludere la possibilità di esercitare il potere riduttivo, soprattutto se in presenza dell'elemento psicologico del dolo spesso riscontrato in capo al docente infedele (così Corte conti, sez. Lombardia, n. 11/2020; Corte conti, sez. Abruzzo, 24 giugno 2019, n. 49 e Id., 23 ottobre 2019, n. 96),

ta, dunque, si ripropone il rischio che una medesima condotta dia luogo a una risposta più o meno energica non sulla base di una valutazione razionale: a essere dirimente, in questo caso, sarebbe il fatto che ad attivarsi per la contestazione della condotta *contram legem* sia un soggetto pubblico piuttosto che un altro.

Questo intrico di giurisdizioni, d'altra parte, ha trovato conferma ad opera del giudice del riparto, per quanto esso non si sia sempre mostrato univoco nella propria interpretazione⁵². Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la loro sentenza n. 14124/2019⁵³, hanno recentemente riaffermato che la contestazione del provvedimento sanzionatorio adottato dall'amministrazione e volto al recupero dei compensi esterni *ex* comma 7 rientra nella giurisdizione del giudice del lavoro (per i docenti, il giudice amministrativo), mentre se ad attivarsi è la procura contabile deve ritenersi sussistente la giurisdizione della Corte di conti, a fronte della presenza di un danno erariale tipizzato dal legislatore nel comma 7-bis e forfettizzato in misura pari ai compensi esterni percepiti dal dipendente.

6. Conclusioni

Il quadro appena tracciato è quello di un sistema fortemente afflittivo per il docente che intraprenda attività extra-istituzionali non autorizzate o autorizzabili, a fronte della pluralità di sanzioni e ipotesi di responsabilità in base alle quali il dipendente infedele potrebbe vedersi costretto a restituire una somma pari o maggiore di quella guadagnata dal cumulo di attività lavorative svolte, e ciò anche qualora abbia condotto proficuamente i propri incarichi accademici. Al peso conseguente dalla somma di sanzioni e responsabilità, si aggiunge anche quello della moltiplicazione delle sedi in cui lo stesso docente può essere chiamato a difendersi dalle medesime accuse, con una proliferazione degli oneri tanto per il dipendente, quanto per la parte pubblica.

non mancano casi concreti in cui esso sia stato esercitato (Corte conti, sez. Marche, 16 maggio 2019, n. 112).

⁵² A un iniziale riconoscimento di come, anche prima del comma 7-bis, l'omesso riversamento desse luogo a un'ipotesi di responsabilità amministrativa (vedasi le già citate Sezioni Unite, nn. 22688/2011 e 25769/2015), ha fatto seguito un'apparente inversione di rotta, per cui il mero credito sanzionatorio *ex* comma 7 non sarebbe stato in grado di dar luogo a un danno erariale, a una conseguente responsabilità amministrativa e, quindi, alla giurisdizione della Corte dei conti (così, *ex pluribus*, Cass., sez. un., 28 novembre 2016, n. 19072 e Id., 19 gennaio 2018, n. 1415; Id., 9 marzo 2018, n. 5789; Id., 5 aprile 2018, n. 8688; Id., 28 maggio 2018, n. 13239; Id., 3 agosto 2018, n. 20533). Per quanto queste decisioni avessero riguardato ipotesi antecedenti all'introduzione del comma 7-bis, i giudici sembravano suggerire uno svuotamento del comma stesso: mancando un danno erariale, sarebbe rimasta priva di senso concreto la previsione della giurisdizione contabile in relazione all'omesso riversamento dei compensi esterni. La situazione, però, si è ulteriormente ribaltata con le successive decisioni.

⁵³ Cass., sez. un., 26 giugno 2019, n. 17124, poi ribadita da Id., 14 gennaio 2020, n. 415.

Il sistema in analisi, a parere di chi scrive, si rivela così criticabile sotto un triplice profilo. Una prima ingiustizia è quella, appena indicata, scaturente dalla moltiplicazione dei processi e dei costi “difensivi” che è chiamato a supportare il docente. In questo senso, una soluzione più razionale, per il legislatore del 2012, sarebbe stata quella di riscrivere il comma 7, qualificando la sanzione in questione come sanzione pecuniaria applicata direttamente dalla Corte dei conti⁵⁴, piuttosto che aggiungere il successivo comma 7-*bis*. Questa scelta, oltre a dissipare i sopra riportati dubbi circa la natura della sanzione, avrebbe evitato di dover aggiungere un’ulteriore ipotesi di responsabilità amministrativa, nonché avrebbe circoscritto la proliferazione dei procedimenti, favorendo la concentrazione di responsabilità e sanzioni innanzi al giudice contabile. Si noti che parte della giurisprudenza ha cercato di dar luogo a questo processo di razionalizzazione in via interpretativa, riconducendo i commi 7 e 7-*bis* nell’alveo dell’art. 133 Codice del processo contabile⁵⁵, salvo essere (per vero correttamente) smentita da una pronuncia successiva delle Sezioni Riunite della Corte dei conti⁵⁶.

Una seconda ingiustizia scaturisce, invece, dall’incertezza circa le conseguenze della violazione delle norme sul cumulo di incarichi e dalla disparità di trattamento ingenerata dalle differenti applicazioni date alla normativa in questione dalle differenti sezioni della Corte dei conti. Ciò che lascia perplessi è la libertà con cui le varie procure e i vari giudici contabili hanno combinato (o non combinato) tra loro le suesposte ipotesi di responsabilità erariale (da omesso riversamento, da differenza retributiva, da disservizio, da danno all’immagine), con sostanziali differenze quantitative circa l’ammontare delle somme di cui è richiesto il pagamento.

Il terzo profilo di ingiustizia deriva proprio dal *quantum* che può essere chiesto al professore/ricercatore “infedele”. Come detto, quello sopra delineato è un sistema capace di esporre il docente universitario a un livello di conseguenze tale, in caso di cumulo di responsabilità e sanzioni, da comportare la totale privazione dei frutti del lavoro (di ogni lavoro, interno ed esterno), anche in caso di corretto svolgimento dei compiti legati alla propria funzione pubblica, con conseguenti dubbi di conformità a Costituzione, specie in relazione al diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro *ex art. 36*⁵⁷.

⁵⁴ Oggi espressamente contemplata dall’art. 133 del Codice del processo contabile, ma di fatto presente nel nostro ordinamento da prima della codificazione.

⁵⁵ Da ultimo, Corte conti, sez. Lazio, 16 aprile 2019, n. 166 e Id., 17 aprile 2019, n. 172.

⁵⁶ Corte conti, sez. riun., n. 26/2019.

⁵⁷ Di particolare interesse si rivela, in questa chiave, la sentenza Corte conti, sez. Marche, n. 112/2019 che sottolinea la “particolare rilevanza” dell’importo richiesto in risarcimento – anche solo in relazione al danno da omesso riversamento –, l’eccessiva rigidità della quantificazione del danno stesso – ancorata, *ex lege*, ai compensi esterni – e il rischio di dar luogo una richiesta sproporzionata, soprattutto in considerazione della condizione economica del dipendente, da ricondurre a razionalità con l’esercizio del potere riduttivo.

Auspiciando un intervento correttivo, che faccia giustizia e assicuri maggiore chiarezza in materia, ciò che si può fare, in pendenza del vigente sistema normativo, è suggerire una lettura costituzionalmente orientata dello stesso. Prima di tutto, come più volte ipotizzato, la sanzione *ex* comma 7 e la “responsabilità” *ex* comma 7 *bis* dovrebbero operare solamente in relazione alle ipotesi di svolgimento occasionale di attività esterne, ossia le uniche effettivamente suscettibili di autorizzazione. Non vi è dubbio, infatti, che lo svolgimento di sporadiche attività incompatibili non sia sufficiente a ledere concretamente l'esclusività del rapporto che lega il dipendente all'amministrazione. Dall'altra parte, lo svolgimento di attività assolutamente incompatibili, disciplinate nel differente comma 1 dell'art. 53, dovrebbe dare luogo al solo risarcimento del danno da “differenza retributiva”, risultando in questa ipotesi effettivamente lesa l'esclusività della prestazione pubblica. Né si dovrebbe parlare, in tale contesto, di omesso riversamento della sanzione, essendo illogico pretendere da un docente che violi il regime di incompatibilità assoluta una richiesta di autorizzazione a farlo⁵⁸. Maggiore peso, inoltre, potrebbe venire riconosciuto al corretto adempimento degli obblighi didattico-scientifici, che, oltre a escludere un eventuale danno da disservizio, potrebbe valere quale indice per legittimare l'esercizio del potere riduttivo del giudice contabile in relazione al risarcimento da “differenza retributiva”, stante le limitate conseguenze pratiche dell'infedeltà del docente. Così facendo, non solo si preserverebbe la dignità del lavoro (*rectius*, di almeno uno dei due lavori, o pubblico o privato) comunque svolto dal docente, evitando ingiustificati cumuli di responsabilità, ma si ricondurrebbe a maggiore razionalità la responsabilità amministrativa operante in caso di svolgimento di incarichi esterni.

Per concludere, può dirsi che l'asprezza del sistema “sanzionatorio” descritto nelle precedenti pagine sia sintomo di un legislatore che non è mai stato effettivamente capace di cogliere appieno la specialità del settore universitario. Sicuramente le attività *extra-officio* possono costituire una distrazione di energie e impegno per il docente, così da renderne legittima la regolazione e, in caso di violazioni, l'applicazione di sanzioni. D'altra parte, come riconosciuto dallo stesso Giudice delle leggi⁵⁹, gli incarichi esterni sono capaci di divenire per i docenti un luogo privilegiato di sperimentazione delle teorie scientifiche formate in ambito accademico, nonché occasione di arricchimento anche in relazione alla attività didattica-formativa rivolta agli studenti⁶⁰. Ciò avvalorà ulteriormen-

⁵⁸In questo senso si è mossa la recente Corte conti, sez. Puglia, 29 aprile 2019, n. 255 che esclude il danno da omesso riversamento – riconoscendo solo quello da differenza retributiva – in relazione allo svolgimento di attività esterne libero-professionali.

⁵⁹Corte cost., 23 dicembre 1986, n. 284. La sentenza riguarda un insegnante di scuola media statale, ma a maggior ragione una *ratio* analoga può ritenersi estendibile anche ai docenti universitari.

⁶⁰L. PAOLUCCI, *Il regime delle incompatibilità*, in CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2000, 1563. Più di recente, il concetto è

te l'irrazionalità della deriva "punitiva" assunta dalla disciplina delle conseguenze per la violazione delle norme sull'incompatibilità ed evidenzia il ripetersi di una schematica che caratterizza tutti più recenti interventi normativi in materia di amministrazione pubblica, laddove in nome di una promessa onestà dei pubblici apparati si accetta non solo il sacrificio della loro efficienza, ma anche la messa in pericolo di altri valori fondamentali – nel nostro caso, la dignità dell'individuo e del suo lavoro – che non dovrebbero essere indiscriminatamente sacrificabili dalla discrezionalità del legislatore.

stato ribadito da M. D'APONTE, *L'autorizzazione dei dipendenti pubblici allo svolgimento degli incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, 965 ss. e ID., *Commento all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, cit., 903; A. SAITTA, *Art. 98*, cit., 1917.

Finito di stampare nel mese di novembre 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, *«Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l.*, 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.^{bis} *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.

132. Smart mobility, smart cars e *intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
133. Palmina Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.
134. *Città, cittadini, conflitti. Il diritto alla prova della dimensione urbana*, a cura di Barbara Biscotti, Roberto Cornelli, Paolo Rondini, Carlo Ruga Riva, Alessandro Squazzoni, 2020.
135. Ilaria Tani, *Le baie storiche. Un'anomalia nel rapporto tra terra e mare*, 2020.
136. *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di Alfredo Marra, 2020.

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, *«Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l.*, 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.^{bis} *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.

132. Smart mobility, smart cars e *intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
133. Palmina Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.
134. *Città, cittadini, conflitti. Il diritto alla prova della dimensione urbana*, a cura di Barbara Biscotti, Roberto Cornelli, Paolo Rondini, Carlo Ruga Riva, Alessandro Squazzoni, 2020.
135. Ilaria Tani, *Le baie storiche. Un'anomalia nel rapporto tra terra e mare*, 2020.
136. *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di Alfredo Marra, 2020.