

La natura giuridica della Libera Università Kore di Enna.

di Massimo Greco

Materia: pubblica amministrazione / attività

### La natura giuridica della Libera Università Kore di Enna

L'istituzione in Sicilia del 4° polo universitario è stata particolarmente travagliata, ma il risultato alla fine si è ottenuto attraverso il riconoscimento della "Libera Università Kore di Enna". La tipologia adottata non è quella tradizionale degli atenei statali, ma neanche quella di stampo privatistico altrettanto tradizionale. E' una forma ibrida espressamente prevista dal nostro ordinamento la cui configurazione giuridica non risulta chiara neanche alle massime Istituzioni. Prova ne è che mentre l'Istituto Nazionale di Statistica l'ha inserita nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, individuate ai sensi dell'art. 1, comma 5 della legge 30/12/2004, n. 311, (1) il Ragioniere Generale della Regione Siciliana la esclude dall'elenco degli enti assoggettati alle norme sulla Tesoreria unica regionale(2), perché riveste natura giuridica di diritto privato.

#### La fonte normativa

Siamo infatti in presenza di Istituzioni previste dall'art. 1, secondo comma, n. 2 del R.D. 31/08/1933, n. 1592, nonché dagli articoli 198 e seguenti del medesimo regio decreto. La loro giuridica esistenza dipende dall'inclusione nel sistema nazionale d'istruzione superiore operata dal riconoscimento del Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica, che può anche sopprimerli (v. art. 200 e 212 R.D. 1592/1933). Il riconoscimento ministeriale della Libera Università Kore, di seguito denominata UAE, si è avuto con il Decreto del 5 maggio 2005 che, all'art. 1, così recita: *"E' istituita, a decorrere dall'anno accademico 2004-2005, la Libera Università della Sicilia centrale «Kore» non statale legalmente riconosciuta..."*.

A seguito del riconoscimento, la UAE ha acquisito anche l'autonomia nei confronti del Ministero. La giurisprudenza, in occasione di un approfondimento operato per la consorella Libera Università di Bolzano si è così espressa *"oltre ad essere dotata di personalità giuridica propria, gode...di piena autonomia didattica, organizzativa, amministrativa e finanziaria nei confronti del Ministero"* (3). Le Libere Università, pur avendo una più accentuata autonomia, non si differenziano sostanzialmente dalle Università statali, salvo che per le modalità di istituzione e per il contributo finanziario.(4) Per le università libere, infatti, l'iniziativa non è, ovviamente, dello Stato ed il contributo finanziario dello Stato è solo parziale o eventuale (quando diviene indispensabile l'università viene di solito statizzata e finisce di essere libera). Per il rimanente, entrambe i tipi di istituzione hanno una regolamentazione omogenea e le norme fondamentali o essenziali dettate per le università statali si applicano anche a quelle libere.(5)

L'UAE ha natura (quale libera università appartenente alla categoria di cui al n. 2 dell'art. 1 T.U. delle leggi sull'istruzione superiore approvato con R.D. 31/08/1933 n. 1592) di persona giuridica di diritto privato, tuttavia dal riconoscimento (art. 1 del T.U.) della personalità giuridica non deriva una chiara e netta natura privata della stessa. Anzi, un'indicazione in senso contrario potrebbe trarsi dalla circostanza che, in passato, per alcune università vi era stata una espressa qualificazione pubblicistica (v. ad es. l'art. 1 del R.D. n. 1163/39 per l'Università Cattolica del sacro Cuore) sicché inevitabile appare il ricorso ai c.d. indici sintomatici, e in riferimento all'Università Pro Deo il principio di pubblicità è stato enunciato dalla sentenza 9/11/1974 n. 3480 delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione sulla base di indicatori, tratti dalla normativa positiva, ritenuti sufficienti per configurare, attraverso

una sostanziale equiparazione nella natura e nelle finalità delle università libere alle università statali, un rapporto di ausiliarità con lo Stato.

### L'Ordinamento positivo

Definire con certezza se le Libere Università non statali legalmente riconosciute sono da considerare enti pubblici, solo formalmente privati, o viceversa enti anche sostanzialmente privati, come sopra accennato, è di fondamentale importanza per le numerose implicazioni che ne derivano in punto di giurisdizione, nel contesto delle norme che regolano gli appalti e le forniture, in materia di norme sul procedimento amministrativo e sul rapporto di lavoro e, più recentemente, anche per quanto concerne i vincoli che derivano dai cosiddetti patti di stabilità interni.

Una elencazione esaustiva delle Pubbliche Amministrazioni nel nostro ordinamento è contenuta nell'art. 1, comma 2, del D.Lgs 30/03/2001 n. 165 recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche". Oltre a quelle tipizzate, la norma fa un generico riferimento a "tutti gli enti pubblici non economici". L'individuazione di questi enti appare riservata all'ordinamento positivo. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 4 della legge 70/1975, "nessun ente pubblico può essere riconosciuto o istituito se non per legge". Tuttavia, neppure la qualificazione operata dalla legge risulta sempre decisiva. Diversi sono i casi di enti espressamente qualificati dalla legge pubblici o privati e diversamente dichiarati dalla giurisprudenza giusto insegnamento della Corte Costituzionale.(6)

Il diritto comunitario indirizza gli strumenti d'indagine sulla natura giuridica degli enti verso gli aspetti sostanziali, con particolare riferimento alla tipologia delle risorse impiegate. Infatti, "A livello comunitario, con il Regolamento CE 2223/96 del Consiglio, in data 25 giugno 1996, relativo al sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella comunità 8SEC 95), il Consiglio della Comunità economica europea ha modificato il Sistema Statistico europeo, varando nuove definizioni e regole di calcolo delle grandezze relative alla finanza pubblica denominate SEC 95, ed applicabili in ogni Stato. All'interno del SEC 95, che ha valore normativo primario poiché è stato approvato, come si è detto con un regolamento del Consiglio delle comunità europee, si ritrova una precisa nozione di Amministrazione Pubblica (seppur al limitato fine della disciplina settoriale esaminata), laddove è precisato che sono da considerare Amministrazioni Pubbliche «tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinati alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella ridistribuzione del reddito e delle ricchezze del paese». Deve considerarsi ente pubblico, pertanto, qualsiasi soggetto che indipendentemente dalla forma giuridica assunta utilizzi in prevalenza per lo svolgimento dell'attività per cui è costituito risorse pubbliche, anziché private. Ne consegue che, anche a livello europeo, al fine di individuare la natura di un ente non è rilevante la forma giuridica che viene data al medesimo, ma le risorse che utilizza per lo svolgimento della sua attività".(7)

Con una pronuncia del 26 marzo 2009 (8), la Corte di Giustizia Europea ha ritenuto che l'organismo europeo di controllo Eurocontrol, incaricato di sviluppare un sistema uniforme di gestione del traffico aereo in Europa sia un soggetto pubblico e non un'impresa in quanto le attività, per loro natura, le finalità e le regole a cui è sottoposto, connesse con l'esercizio di poteri di controllo e di polizia dello spazio aereo, sono tipicamente poteri pubblici e non attività economiche.

### L'evoluzione concettuale di Ente Pubblico

Per cercare di rispondere al quesito della natura giuridica delle Libere Università, e della Kore in particolare, occorre fare alcuni passi indietro lungo il percorso delle privatizzazioni e su quello connesso del concetto evolutivo di pubblica amministrazione e di ente pubblico.

La tradizionale impostazione di pubblica amministrazione è stata travolta attraverso le così dette privatizzazioni. Con la privatizzazione è infatti accaduto che alcuni servizi pubblici - pur ritenuti essenziali - siano stati affidati a società per azioni le cui quote risultano di pertinenza prevalente, se non esclusiva, di enti pubblici. La giurisprudenza ha così dovuto prendere atto della esistenza di società per azioni che costituiscono «istituzione pubblica» affermandone la giurisdizione della Corte dei Conti. *"Ed invero, come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 466/1993, si assiste ad uno stemperamento della dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato. Tale stemperamento si desume: dal crescente impiego della società per azioni per perseguire finalità di interesse pubblico; dall'adesione comunitaria ad una nozione sostanziale d'impresa pubblica; dall'accertata impossibilità di individuare nelle nuove società per azioni derivate dai precedenti enti pubblici connotazioni proprie della loro originaria natura pubblica. Con particolare riferimento alla nozione di impresa pubblica di matrice comunitaria, occorre precisare che la nozione europea di pubblica amministrazione, cui consegue l'obbligo di applicare la disciplina della evidenza pubblica e i relativi principi comunitari, si fonda su di una nozione sostanziale di organismo di diritto pubblico individuato sulla base di tre parametri tutti necessari: possesso della personalità giuridica; il fine perseguito costituito dal perseguimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; la sottoposizione ad un'influenza pubblica dominante".(9)*

Emerge quindi che un ente pubblico è quello che, al di là della definizione normativa, possa comunque essere ritenuto tale, nel senso che le definizioni non vincolano l'interprete, il quale dovrà determinare la natura dell'ente indipendentemente dalla sua denominazione, per cui la stessa qualificazione esplicita è irrilevante se in contrasto con l'effettiva natura. (10)

### La causa privatistica e la missione pubblica

Dunque, la qualificazione di un ente come società di capitali non è di per sé sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso, ma si deve procedere ad una valutazione concreta in fatto, caso per caso.(11) *"Queste circostanze dimostrano che, a differenza di quanto accadeva in passato, venuti meno i vincoli interpretativi ad una concezione «allargata» di pubblica amministrazione, quella che oggi risulta favorita non è la soggettività in sé (ossia l'elemento formale), quanto piuttosto la tipologia di attività svolte e la capacità a svolgerle (dunque, l'elemento sostanziale)".(12)* *"La nozione di «ente pubblico» come nozione unitaria (come quella che designa una serie di fattispecie accomunate da una disciplina generale) è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, pur supportata da una produzione dottrinale assai nota".(13)* Quindi, l'identificazione in concreto dell'ente pubblico, laddove incerta, deve essere fatta analizzando la disciplina giuridica propria di esso (gli elementi di disciplina certi); ricavando da questi elementi, in base a *parametri normativamente predeterminati*, l'essere pubblico dell'ente. *"In buona sostanza, l'indagine sulla natura di tali società deve essere svolta privilegiando gli aspetti sostanziali rispetto al dato meramente formale costituito dalla configurazione giuridica dell'ente, secondo un modus procedendi che è tipico del diritto comunitario"(14).* *"In effetti, si è andato consolidando in questi ultimi anni nella giurisprudenza nazionale - in linea con il concetto di impresa pubblica elaborato a livello comunitario, il cui elemento caratterizzante è l'influenza dominante dei pubblici poteri, prescindendo dalla natura formale -, l'orientamento della prevalenza degli aspetti pubblicistici sostanziali sulla forma privatistica ai fini della qualificazione di un soggetto. Si è quindi affermato che una s.p.a. a totale capitale pubblico è privata esclusivamente per la forma giuridica assunta, ma sul piano sostanziale essa, visto che continua ad essere sotto l'influenza pubblica, è assimilabile ad un ente pubblico. Anche la dottrina ha osservato che le società a capitale pubblico,*

*derivanti dalle privatizzazioni dei precedenti enti pubblici, presentano caratteristiche di specialità rispetto al modello tradizionale di società commerciali". (15)*

La problematica connessa a tale modello di società nell'epoca delle privatizzazioni pone una serie di interrogativi, con particolare riferimento alla compatibilità della *missione pubblica* con la causa privatistica, dell'equiparabilità all'Ente Pubblico, anche con riguardo ai profili di costituzionalità della disciplina e del riparto giurisdizionale delle controversie relative agli atti di gestione.(16) *"Al riguardo è d'obbligo richiamare due pronunce che rivestono fondamentale importanza nel dibattito nazionale sviluppatosi attorno al tema della configurabilità di enti pubblici a struttura societaria. La prima è quella con cui la Corte Costituzionale (sentenza n. 466 del 28/12/1993) - successivamente alla trasformazione in società per azioni degli enti di gestione delle partecipazioni statali e degli enti pubblici economici per effetto dell'art. 15 del D.L. 11/07/1992, n. 333, convertito nella legge 8/08/1992, n. 359-, ha affermato che persiste l'assoggettamento al controllo della Corte dei Conti delle società in questione finchè le stesse continuano ad essere detenute, in modo esclusivo o maggioritario, dallo Stato.....si da indurre a riconoscere la loro natura di società di «diritto speciale», tale da legittimare la compatibilità tra il controllo previsto dal citato art. 12 e la disciplina relativa alle «privatizzazioni». L'altro dictum giurisprudenziale volto ad evidenziare come anche in ambito nazionale la veste societaria non costituisca più elemento aprioristicamente ostativo alla connotazione pubblicistica dell'ente, è quello con il quale il Consiglio di Stato (sez. VI, 20/05/1995, n. 498), hanno statuito che, nonostante l'intervenuta privatizzazione formale, i contratti stipulati dalla s.p.a Ferrovie dello Stato sono assoggettati alle procedure dell'evidenza pubblica e le relative controversie appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo: più specificatamente, in tali fattispecie «l'adozione della forma societaria si presenta come modulo per rendere l'attività economica più efficace e più funzionale, fermo restando che l'impresa mantiene sotto molteplici profili uno spiccato rilievo pubblicistico». L'esclusione della riconducibilità del modello societario alla categoria soggettiva in questione sull'assunto della incompatibilità di alcuni elementi tipici dell'organismo societario - tra cui il fine di lucro e la natura economica dell'attività esercitata - e la connotazione pubblicistica che caratterizza, invece, la figura giuridica coniata dal diritto comunitario, non tiene conto dell'evoluzione del dibattito sviluppatosi in ambito nazionale ove vi è spazio per la qualificazione ad enti pubblici, o a connotazione pubblicistica, di soggetti aventi veste societaria. Tanto più che la nozione di organismo di diritto pubblico, com'è noto, si fonda su parametri di gran lunga più sostanziali ed elastici di quelli, sovente di carattere formale, utilizzati dall'ordinamento interno al fine di ricostruire la figura dell'ente pubblico.(17)*

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa (18)., ritiene che la veste imprenditoriale ed anche l'eventuale caratterizzazione lucrativa di un soggetto non ostano alla qualifica in termini di organismo di diritto pubblico, e, quindi all'equiparazione agli enti pubblici del diritto interno ai fini della natura pubblica dei relativi atti e alla conseguente emersione della giurisdizione amministrativa. Ancor prima, aderendo alla nozione sostanziale di pubblica amministrazione, il Consiglio di Stato(19), affermava che in linea di massima *"tali società, affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici, conservano inalterata la propria connotazione pubblicistica con la conseguenza che malgrado la trasformazione sono destinate a rimanere pubbliche"*. Lo stesso Consiglio di Stato ha altresì affermato che *"...il fenomeno dell'azionariato pubblico e, più in generale, della costituzione di società lucrative da parte della p.a., non si radica esclusivamente nella disciplina di diritto comune, ma presenta aspetti di diritto speciale, connessi al fatto che l'amministrazione, nella sua veste di azionista di una società formalmente di diritto civile, non può che indennizzare le attività societarie a fini di interesse pubblico generale, che fanno assumere alle stesse attività i caratteri della funzione amministrativa e valenza oggettivamente pubblicistica"*(20). Ancora, *"una società è da considerarsi pubblica quando sussistono regole di organizzazione e funzionamento che, oltre a costituire una consistente alterazione del modello societario tipico (comprendendo una compressione delle autonomie funzionale e statutaria degli*

*organismi societari), rivelino, al tempo stesso, la completa attrazione nell'orbita pubblicistica dell'ente societario".(21)*

Sulla stessa direzione, illuminante appare anche la sentenza della Cassazione penale secondo cui, *"Il momento d'individuazione della natura pubblica di un ente non va ricercato negli scopi da esso perseguiti (dal momento che mentre alcuni enti privati perseguono finalità cui tende lo Stato stesso, come quelle relative all'istruzione e al credito, quest'ultimo, a sua volta, interviene frequentemente in concorrenza con i privati in attività di natura privatistica, come nel campo dell'economia e della produzione), ma nel regime giuridico dello stesso nonché nella sua collocazione istituzionale in seno all'organizzazione statale, come organo ausiliario necessario al raggiungimento di finalità di interesse generale e, in quanto tale, dotato di poteri e prerogative analoghi a quelli dello Stato e assoggettato ad un intenso sistema di controlli pubblici. I caratteri sopra indicati si riscontrano negli automobil clubs provinciali, ai quali pertanto deve riconoscersi la natura di enti pubblici, con la conseguenza che i funzionari di tali enti sono pubblici ufficiali e pubblici sono gli atti da essi posti in essere nell'esercizio delle loro funzioni"(22).*

Per una parte della dottrina *"Quelle che comunemente vengono chiamate società a partecipazione pubblica non sono una terza specie di enti pubblici: sono invece società per azioni nelle quali azionista, unico, di maggioranza o di minoranza, è l'ente pubblico. Si tratta, cioè, di una species del genus società per azioni (di diritto privato)".(23)* Secondo un'altra corrente di pensiero (Cerulli Irelli, Bardusco, Virga, Sandulli), l'unico decisivo indice di pubblicità di un ente è dato dal regime giuridico, inteso come complesso di norme e di principio che ne regolano l'esistenza e l'attività nonché l'inserimento nella struttura della pubblica amministrazione cui lo stesso ente è sottoposto. *"la citata dottrina ha così individuato i seguenti indici di riconoscimento della natura pubblica di un ente: a) un sistema di controlli pubblici; b) ingerenza di un pubblico potere nella nomina e revoca dei dirigenti nell'amministrazione dell'ente; c) partecipazione dello Stato o di altra P.A., alle spese di gestione; d) potere di direttiva dello Stato; finanziamento pubblico istituzionale; costituzione ad iniziativa pubblica"(24).*

Anche la Corte dei Conti si è adeguata da tempo al suddetto indirizzo, affermando, a proposito della privatizzazione delle Poste, che al di là della formale connotazione come soggetto di diritto privato le Poste Italiane s.p.a., sono parte integrante della pubblica amministrazione e valgono per essa le argomentazioni valide per gli enti pubblici economici. Più recentemente è stato affermato che *"A seguito della diffusione nel settore pubblico del modulo societario, deve ritenersi che il criterio da utilizzare per individuare la natura pubblica o privata di un organismo non è dato dalla forma rivestita (ente o società), bensì dalla caratura pubblica dello scopo perseguito e dalle risorse utilizzate nello svolgimento della sua attività, con la conseguenza che anche in presenza della forma societaria se l'ente utilizza risorse pubbliche è da considerare senz'altro ente pubblico, con effetti sulla finalizzazione dell'attività e sul regime delle responsabilità"(25).*

Più recentemente anche la Corte Costituzionale è stata investita della questione, in occasione della eccezione di costituzionalità sollevata dalla Stato sulla legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004 n. 23. Lo Stato, deduceva l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4 lettera f), della legge regionale in esame, in quanto la stessa, nel prevedere che le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, sono obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, pone a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato ed invade quindi la competenza esclusiva statale nella materia "ordinamento civile" (art. 117, secondo comma, lettera I, della Costituzione). Per la Corte la questione non risultava fondata in quanto *"La disposizione in esame non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorchè formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime*

*giuridico, ad enti pubblici. D'altronde, questa Corte, sulla base della distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, e dunque con riferimento al suindicato principio, ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei Conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico (sentenza n. 466 del 1993)<sup>(26)</sup>*

### Gli indicatori sintomatici della natura giuridica

Tornando al caso in specie, è necessario indagare sulla genesi della Libera Università al fine di attribuirle la giusta qualifica. Certo, nessun indicatore sintomatico è, per definizione, determinante; *"ciò che rileva è il loro complesso, ma un elemento decisivo ai fini della valutazione complessiva è costituito dal mutamento di prospettiva introdotto dalla sentenza n. 394/88 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 17 luglio 1890 n. 6972 (Norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza) nella parte in cui non prevede che le Ipab regionali e infraregionali possano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano tuttora i requisiti di una istituzione privata. Nella motivazione della sentenza è stato infatti considerato primario proprio il criterio della genesi privatistica.....Sembra perciò al collegio che in una lettura del T.U. n. 1592 del 1933 conforme al principio di libertà della scuola di cui all'art. 33, comma 3; Cost. gli indici sintomatici richiamati a sostegno del principio di generale pubblicizzazione delle università libere perdano, a fronte dell'origine privatistica, il rilievo ad essi attribuito. Deve, in altri termini, escludersi che l'appartenenza alla categoria di cui al n. 2 dell'art. 1 del T.U. implichi per l'università libera la qualificazione di persona giuridica pubblica. Ciò non significa escludere la possibilità per l'università libera di assumere tale natura anche in difetto di una genesi privatistica, da indici più incisivi di quelli sopra richiamati e comunque diversi da quelli riconducibili al riconoscimento del potere di rilasciare titoli aventi valore legale"<sup>(27)</sup>.*

### Il caso Luiss

La Corte Costituzionale nell'indagare la natura giuridica dell'Ipab ha fatto riferimento, quale espressione di principi generali insiti nell'ordinamento, all'art. 17 del DPR 19 giugno 1979 n. 348, il quale indica come criteri discriminanti la composizione dell'organo collegiale deliberante, la provenienza dei beni patrimoniali e le percentuali di finanziamento pubblico. La Corte di Cassazione,<sup>(28)</sup> facendo ricorso a tali criteri, ha escluso la possibilità di ravvisare nella Libera Università Luiss una persona giuridica pubblica: il Consiglio di Amministrazione comprende (art. 5 dello Statuto), oltre al rettore, ai presidi di facoltà ed ai numerosi rappresentanti della Luiss e dell'Associazione amici della Luiss e del personale docente e non docente, un unico rappresentante del Governo designato dal Ministro della pubblica istruzione. Per la Cassazione non è sembrata dubbia, inoltre, la provenienza dei beni patrimoniali dagli enti promotori e finanziatori, così come la prevalenza del finanziamento privato. *"Tale pronunciamento, rappresentando un revirement rispetto alla quarantennale giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione che ha ritenuto di potere fare rientrare nella categoria degli enti pubblici le Università libere, si fonda sull'affermazione che «...il principio di generale pubblicità delle università libere ripetutamente affermato da questa Corte non appare applicabile alle università libere di recente costituzione ma, ad avviso del collegio, esso risultava comunque in contrasto con il dettato costituzionale»<sup>(29)</sup>.*

### Il caso Lumsa

La Corte di Giustizia Europea ha statuito che *"L'art. 1, lett. B), comma 2, della direttiva 92/50 deve essere interpretato nel senso che l'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale deve essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni che istituiscono l'organismo ed individuano i bisogni per il cui soddisfacimento l'organismo stesso è istituito"<sup>(30)</sup>* Con questa sentenza la Corte ha

sostanzialmente giudicato che rientra nella nozione di organismo di diritto pubblico una società di capitali, istituita da due comuni olandesi per la gestione del servizio della raccolta dei rifiuti dei rispettivi territori. La Corte di Giustizia Europea (31) ha ribadito che la natura non industriale o commerciale dei bisogni istituzionalmente soddisfatti può dirsi sussistente allorchè si tratti di bisogni che da un lato sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di servizi e beni sul mercato e, dall'altro, al cui soddisfacimento lo Stato preferisce provvedere direttamente ovvero con modalità organizzative tali da consentirgli di mantenere un'influenza dominante. E' stato sottolineato, proprio con riguardo alla nozione di organismo di diritto pubblico, che un'attività industriale o commerciale svolta in stretta collaborazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente da un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale.(32)

A mente dell'art. 1 par. 9, della direttiva 2004/18 del 31/03/2004 si considerano amministrazioni aggiudicatrici, oltre lo Stato e gli enti pubblici territoriali, gli «organismi di diritto pubblico», ossia quei soggetti giuridici *"istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di questi ultimi, oppure i cui organismi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico"*.

Le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a seguire le regole comunitarie o quelle dei procedimenti ad evidenza pubblica pure per quegli affidamenti che non siano strumentali alla gestione di un pubblico interesse; invero, l'esigenza di certezza del diritto esclude che la qualifica di un ente possa variare in funzione dell'oggetto degli appalti che pertanto, se aggiudicati da un organismo classificabile tra quelli di diritto pubblico, ricadono tutti sotto la disciplina comunitaria, indipendentemente dall'obiettivo particolare che si prefiggono.(33)

Per un caso concreto, la Giustizia Amministrativa si è così espressa: *"Il fatto che l'ATO ME 4 sia formalmente una società di diritto privato non può, anzitutto, avere rilevanza, trattandosi di soggetto a capitale pubblico - costituito tra i comuni territorialmente competenti e la provincia regionale di Messina per la gestione integrata dei rifiuti in ambito territoriale ottimale - che in quanto «amministrazione aggiudicatrice» è tenuta comunque ad applicare la normativa, di derivazione comunitaria, in tema di appalti pubblici di servizi"*.(34) Ancora, a proposito delle Fondazioni nelle quali possono essere trasformati gli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico, *"ma anche se siano strutturate in fondazioni formalmente di diritto privato, ma in realtà assimilabili ad «organismi di diritto pubblico» (essendo costituiti da enti pubblici; con amministratori nominati da enti pubblici, il cui patrimonio è di origine pubblica; con un organo di controllo designato da enti pubblici, ecc..)"*.(35)

La giurisprudenza amministrativa si è occupata anche della natura giuridica della Libera Università Lumsa, osservando che *"pur esistendo il profilo soggettivo (personalità giuridica) ed il profilo oggettivo (finalità pubblica) necessari ai fini del riconoscimento della qualità di organismo di diritto pubblico, la partecipazione finanziaria, anche se minoritaria, di soggetti privati, presenti altresì negli organi di governo dell'ente, esclude, per difetto di giurisdizione, la sottoposizione degli atti emessi dalla stessa al Giudice Amministrativo e pertanto dall'ambito di soggezione alla disciplina del decreto legislativo n. 157/95"*.(36)

## Il caso Kore

Se l'esistenza della componente privatistica negli organismi interni alla *governance* ha escluso la natura giuridica pubblica delle Libere Università Luiss e Lumsa (anche se l'approfondimento *ratione temporis* risulta antecedente alla direttiva 2004/18 del 31/03/2004), stessa cosa non può dirsi per l'UKE di Enna. Dall'analisi genetica della stessa e da un'indagine delle norme statutarie emerge infatti in modo non controverso quanto segue: 1) l'esistenza del profilo soggettivo (personalità giuridica - Decreto Ministeriale di riconoscimento del 5 maggio 2005); 2) l'esistenza del profilo oggettivo (finalità pubblica volta a soddisfare esigenze generali della collettività non aventi carattere industriale o commerciale - Statuto della UKE, art. 3); 3) tutti gli organi decisionali (Statuto della UKE, artt. 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14 e 15) non comprendono al loro interno componenti espressioni di soggetti privati; 4) la provenienza dei beni patrimoniali ad oggi è totalmente pubblica, nonostante la previsione dell'ultimo periodo del 2° comma dell'art. 4 dello Statuto della UKE che così recita: *"Allo sviluppo dell'UKE potranno altresì concorrere soggetti pubblici e privati interessati a sostenere l'impegno dei promotori"*.

L'UKE, interamente nella mani pubbliche, non evidenzia quindi una causa privatistica, né tanto meno, lucrativa ex art. 2217 cod. civ., ma agisce per il perseguimento di finalità pubblicistiche.

Alla luce delle superiori argomentazioni si può ragionevolmente affermare che la Libera Università Kore di Enna, in quanto ente interamente posseduto da soggetti pubblici, governato da amministratori espressione della sfera pubblica e che utilizza, per lo svolgimento della propria attività, risorse totalmente pubbliche, naviga in un'orbita oggettivamente pubblicistica.

In particolare, l'UKE è certamente un Organismo di diritto pubblico, e come tale un'«amministrazione aggiudicatrice» ai sensi dell'art. 3, comma 15, del D.lgs n. 163/2006 in attuazione della sopravvenuta direttiva 18/2004/CE assoggettata alle regole dettate dal D.lgs n. 157/1995, poiché presenta i tre requisiti individuati dal diritto comunitario: a) la personalità giuridica; b) il soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; c) la sottoposizione ad influenza pubblica. Detta circostanza non significa però che tale soggetto associativo sia ontologicamente omologabile, ad ogni effetto, ad una "Pubblica Amministrazione", ossia ad una persona giuridica pubblica non ordinata in forma societaria o associativa e che svolge le proprie funzioni con modalità di tipo prevalentemente autoritativo. Lo stesso art. 3 del D.lgs n. 163/2006, infatti, ben distingue al suo comma 25, all'interno della categoria delle "amministrazioni aggiudicatrici" (a sua volta anch'essa confluyente nella più generale nozione di "enti aggiudicatrici") le "amministrazioni dello Stato e gli Enti pubblici territoriali".

Si può inoltre affermare che l'UKE è pienamente collocabile tra le autonomie funzionali di cui alla legge n. 59/97 in quanto categoria di soggetti titolari dell'allocazione del potere politico e dell'esercizio della funzione pubblica. Nella legge n. 59/97, cosiddetta "Bassanini", infatti, l'area dei compiti riservati agli enti dotati di autonomia funzionale costituisce uno spazio che il legislatore ha inteso distinguere sia dall'area di applicazione della sussidiarietà verticale che dall'area di applicazione della sussidiarietà orizzontale.<sup>(37)</sup> L'esercizio di attività connesse a questa tipologia di enti riguarda un'area di compiti che può non essere trattenuta dallo Stato (viceversa si avrebbe una Università statale), che non va trasferita alle Regioni e che volutamente non viene lasciata alla libera iniziativa privata (viceversa si avrebbe una Università privata a tutti gli effetti). *"Le autonomie funzionali trovano infatti la loro genesi nella collettività o categoria di interessi a cui appartengono. Rappresentano, in tal senso, un modo di fare amministrazione differente, dove l'appartenenza alla comunità ne delimita gli interessi da tutelare e allo stesso tempo permette di attribuire una connotazione soggettiva all'ente che tali interessi rappresenta"* (38).

La configurazione formale di diritto privato, non incidendo sulla sostanza pubblicistica dell'UKE e delle sue funzioni, comporta altresì l'assoggettamento, sul piano della lettera normativa come sul versante della *ratio*, allo strumento dell'accesso di cui alla legge n. 241/90, il quale è finalizzato alla



verifica della rispondenza dell'attività di enti pubblici e gestori di pubblici servizi ai parametri dell'imparzialità e dell'efficienza. Per le stesse argomentazioni si può altresì affermare che l'UKE è un ente assoggettato al controllo della Corte dei Conti per fatti di gestione ai sensi dell'art. 1 e 3 della L. n. 20/1994, in considerazione che sulla scorta della già citata giurisprudenza costituzionale, per la devoluzione di fattispecie alla giurisdizione della Corte dei Conti, il "discrimen" della giurisdizione contabile risiede nella natura pubblica delle risorse finanziarie di cui esso si avvale, avendo il legislatore del 1994 inteso tutelare il patrimonio pubblico.(39)

MASSIMO GRECO

(Funzionario Direttivo Regione Siciliana e Cultore di Politiche Pubbliche)

Note

- 1) Comunicato ISTAT, G.U. - serie gen. N. 178 del 31/07/2008.
- 2) D.A., Assessorato Bilancio Regione Siciliana 8/05/2008.
- 3) Tar Bolzano, sent. n. 182 del 20/04/2006.
- 4) N. Daniele, "La pubblica istruzione", Milano, Giuffrè, 2001.
- 5) Ufficio legislativo e Legale della Regione Siciliana, parere n. 133/2003.
- 6) Corte Cost. 7/04/1988 n. 396.
- 7) Giuseppe Naimo, "L'incidenza del diritto comunitario sulle nozioni di a) organismo di diritto pubblico; b) impresa pubblica. Gli enti pubblici in forma societaria, DirittodeiServiziPubblici.it, 14/04/2008.
- 8) Causa C-113/07.
- 9) Ferruccio Capalbo, "Le privatizzazioni di enti pubblici dopo la legge n. 178/2002", Giust.it n. 9-2002.
- 10) Dauno Trebastoni, "Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina", Giustizia-Amministrativa.it, 07/05/2007.
- 11) Cass. sez. unite civ. sent. 3/05/2005 n. 9096.
- 12) Sgueo Gianluca, Diritto.it, 02/11/2006.
- 13) Cerulli Irelli, "Ente Pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile", in Cerulli Irelli e Morbidelli (a cura di), Ente pubblico ed enti pubblici, Torino, 1994, 89.
- 14) Maria Teresa Sempreviva, in "I Succedanei dell'Ente Pubblico nell'epoca delle privatizzazioni", Rivista Trimestrale degli Appalti n. 4/2000, Maggioli Editore.
- 15) Ufficio legislativo e legale della Regione Siciliana, Parere n. 353/2005.
- 16) Antonio Catricalà, I Succedanei dell'Ente Pubblico nell'epoca delle privatizzazioni, "Rivista Trimestrale degli Appalti n. 4/2000", Maggioli Editore)
- 17) Maria Teresa Sempreviva, "Le società per la gestione dei servizi pubblici locali", "Rivista Trimestrale degli Appalti n. 4/2000", Maggioli Editore.
- 18) Cons. St., sez. V°, 1/04/2000, n. 2078; sez. VI, 4/04/2000, n. 1948; sez. VI, 1/04/2000, n. 1885.
- 19) Cons. St. sez. VI, sent. n. 498 del 20/05/1995.
- 20) Cons. St. sez. II°, 20/06/2001 parere n. 1428/2000.
- 21) Cons. St. sez. VI, n. 1303/2002
- 22) Cass. Pen. Sez. V°, 14/04/1980, in Cass. Pen, 1981, 1541.
- 23) Guido Corso, L'attività amministrativa, Torino, 1999, 156.
- 24) Leonardo Cambierati, "L'ente pubblico a struttura societaria", Diritto.it, 29/09/2005
- 25) Corte dei Conti, sez. controllo Reg. Lombardia, delib. 18/10/2007 n. 46.
- 26) Corte Cost. sent. n. 29 dell'1/02/2006.
- 27) Corte di Cassazione, 15/12/1999, n. 14129/99.
- 28) Corte di Cassazione, 15/12/1999, n. 14129/99.
- 29) Stefania Sotgia, "Università private e qualificazione, ai fini previdenziali, del rapporto di lavoro con i professori", [www.inps.it](http://www.inps.it), 14/10/2008.
- 30) Corte di Giustizia U.E. Corte plenaria, sent. 10/11/1998 in C. 360/96, Gemeente Arnhem, BFI Holding BV.

- 31) Corte di Giustizia U.E sent. 22/05/2003, C.18/2001, resa nel caso Taitotalo.
- 32) Cons St. sez. V°, 22/04/2004, n. 2292.
- 33) Corte di Cassazione sez. un. civ., sent. 24722/2008.
- 34) Cons. Giust. Amm. Parere n. 533/07 dell'11/12/2007.
- 35) Tar Lazio, sez. III-quater, sent. n. 11749/2007.
- 36) Tar Lazio, sez. III°, sent. 18/01/2005 n. 351.
- 37) Anna Maria Poggi, "Principio di sussidiarietà e autonomie funzionali", Astrid, 20/10/2002.
- 38) Francesca Liberati, "Le Autonomie Funzionali quale espressione del divenire del pluralismo nell'Ordinamento Italiano", Federalismi.it, 16/12/2009.
- 39) Cassazione Civile, sez. un., 22/12/2003, n. 19667.

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )