

INDICE-SOMMARIO

	Pag.
DIRITTO CIVILE	
Tribunale per i minorenni di Perugia, 19 ottobre 2007, con nota di IRENE LONGO, <i>Il cognome nella filiazione naturale: nuove prospettive di riforma</i>	621
Tribunale di Orvieto, 12 giugno 2006, n. 640, con nota di STEFANIA TUC- CANI, <i>Profili degli obblighi di informazione dell'intermediario finanzia- rio nel contesto delle logiche comunicative con il cliente investitore</i>	636
Tribunale di Perugia, 29 marzo 2005, con nota di ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI, <i>Strumenti di tutela dell'inferno di mente</i>	668
Tribunale di Perugia, Sez. lavoro, 27 aprile 2006, con nota di LOREDANA RONDELLI, <i>Osservazioni in tema di compenso dell'associato in partecipazione</i>	691
Tribunale di Perugia, 17 gennaio 2008, con nota di ANDREA BRACCO, <i>Cenni in merito all'esercizio di un'attività pericolosa e risarcimento danni</i>	698
Tribunale di Terni, 8 marzo 2006, con nota di ALESSANDRA FANI, <i>Profili attuali del negozio fiduciario</i>	706
Giudice di Pace di Terni, 2 marzo 2007, con nota di STEFANIA TUC- CANI, <i>Circolazione stradale e posizione dell'invalido civile, tra tra normativa nazionale e provvedimenti locali</i>	732
DIRITTO PENALE	
Corte di Appello di Perugia, 10 aprile 2006, C., con nota di GRA- ZIA PACIULLO, <i>Diritto di voto e simboli religiosi: considerazioni sulla presenza del crocifisso nei seggi elettorali</i>	747
Corte di Appello di Perugia, 2 novembre 2006, G.A.M., con nota di CHIARA SAN- TILLI, <i>Gli «elementi diversi» a sostegno della nuova richiesta di revisione</i>	761
Tribunale di Perugia, 10 agosto 2007 (ord.), K, con nota di DANIELA FAL- CINELLI, <i>In glossa all'art. 270 quinque c.p., appunto sulla necessaria plurisoggettività di un delitto non associativo</i>	777
Tribunale Monocratico di Perugia, 3 maggio 2005, T. ed altri, con nota di CHIARA PEPARELLO, <i>Brevi riflessioni in tema di abbandono di rifiuti urbani</i>	802
Tribunale di Perugia, Sez. Città di Castello, 18 ottobre 2006, C. I. ed altri, con nota di MARIA CHIARA BISACCI, <i>Alcune considerazioni in tema di accertamento della tipicità dell'illecito colposo di evento</i>	812

Tribunale di Perugia, 31 luglio 2007, D.M.P.G., con nota di LAURA FILIPPUCCI, <i>Nuovi arresti giurisprudenziali in tema di falso per induzione</i>	828
G.U.P. Tribunale di Orvieto, 20 giugno 2006, M.S. ed altri, con osservazioni di MARIA CHIARA BISACCI.....	837
GIP presso il Tribunale di Perugia, 2 luglio 2007, S., con nota di CASIMIRO NIGRO, <i>Fugaci osservazioni in tema di confisca: in particolare, del «prezzo» del reato, del giudizio prognostico sulla confiscabilità dei beni già sequestrati e della irrilevanza della prescrizione dell'illecito penale ai fini della confiscabilità dei beni delittuosi</i>	850

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – 11 agosto 2006, con osservazioni di ANDREA PENSI.....	878
T.A.R. UMBRIA – 14 settembre 2006, con osservazioni di MARTA LUCARONI..	894
T.A.R. UMBRIA – 10 gennaio 2007, con nota di SANDRO SABA, <i>I controversi rapporti tra forma e potere in una recente sentenza del TAR Umbria</i>	903
T.A.R. UMBRIA – 10 gennaio 2007, con nota di GIORGIO VERCILLO, <i>Alcune riflessioni in tema di riparto di giurisdizione sulle questioni in parte anteriori, in parte successive al 30 giugno 1998. Frazionamento o concentrazione? Giurisdizione del giudice ordinario o devoluzione al giudice amministrativo....?</i>	922
T.A.R. UMBRIA – 16 aprile 2007, con nota di ANNALaura GIANNELLI, <i>Le ordinanze non tangibili e urgenti: uno punto per riflettere sul significato della tipicità</i>	937
CORTE DEI CONTI – Sez. reg. controllo per l'Umbria – 16 novembre 2006, con nota di BARBARA MINENTI, <i>Il bilancio degli enti locali tra patto di stabilità interno e controllo della Corte di Conti: il caso delle farmacie comunali.</i>	951

OSSErvATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

ROBERTO CIPPITANI - VALENTINA COLCELLI, <i>Diritto privato europeo e capacità negoziale delle università</i>	967
--	-----

DOTTRINA

FABIO DEAN, <i>L'inesigibilità, la punibilità e la discrezionalità nel quadro del principio di opportunità dell'ordinamento penale</i>	1009
GIOVANNI MORANI, <i>Profili attuali del rapporto di filiazione. A proposito di un recente studio di Antonio Palazzo</i>	1035

VALENTINA COLCELLI, <i>Il risarcimento del danno da comportamento della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione</i>	1037
FEDERICA AMICI, <i>Il lavoro a tempo parziale e a termine in Italia e in Francia: l'eterogenea attuazione delle direttive comunitarie</i>	1071
DARIO RAZZI, <i>La lezione di Bartolo sulla tirannia</i>	1103
ALESSANDRO FORMICA, <i>La legge umbra sulla sussidiarietà orizzontale</i>	1111
ALESSANDRO PORCELLATI, <i>La natura del domain name, una questione giuridica ancora aperta</i>	1129

***OSSE*RVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO**

DIRITTO PRIVATO EUROPEO E CAPACITÀ NEGOZIALE DELLE UNIVERSITÀ

ROBERTO CIPPITANI e VALENTINA COLCELLI ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. *Limiti alla capacità negoziale delle università.* 2. *I contratti ad “interesse prevalente della controparte”.* 3. *I contratti senza prestazioni corrispettive.* 4. *La partecipazione delle università ai contratti di società.* 5. *Università e pubblici appalti.* 6. *La capacità negoziale delle università nel diritto comunitario.* 7. *Conclusioni.*

1. Limiti alla capacità negoziale delle università

Nel diritto italiano le fonti riconoscono alle università e agli enti di ricerca la personalità giuridica e attribuiscono ad essi l'autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile (rispettivamente art. 6 e art. 8 della legge 168/1989). La personalità giuridica di tali soggetti è regolata dai propri statuti e regolamenti (soprattutto il regolamento di amministrazione, finanza e contabilità⁽²⁾) e dalle leggi dello stato (per le università è specificato che dette leggi devono riguardare espressamente gli atenei).

Spesso le leggi e la disciplina interna di tali soggetti sembrano porre limiti alla capacità negoziale dei soggetti in parola. In effetti, la disciplina contrattuale delle università e degli enti di ricerca riguarda soprattutto i contratti con i quali tali soggetti acquistano beni e servizi⁽³⁾; sono poche le disposizioni

⁽¹⁾ Il presente lavoro è stato realizzato insieme dai due autori; in ogni modo i paragrafi 1, 2, 3, 6 sono attribuibili a Roberto Cippitani, e i paragrafi 4, 5, 7 a Valentina Colcelli.

⁽²⁾ Qualora non sia stato approvato lo specifico regolamento, si applica la disciplina esistente e, in particolare, il d.P.R. 4 marzo 1982, n. 371. Il decreto, negli articoli 74 e 75 e 93, prescrive le procedure interne per istituti e dipartimenti universitari.

⁽³⁾ È emblematico che il titolo III del d.P.R. 4 marzo 1982, n. 371, intitolato ai «Contratti», riguardano gli appalti, le forniture, le vendite, le permute, l'acquisto di servizi.

che prevedono esplicitamente la possibilità per le università di stipulare contratti di contenuto diverso, ma soltanto in ipotesi determinate.

Si pensi all'art. 66, d.p.r. 11 luglio 1980 n. 382, rubricato «Contratti di ricerca, di consulenza e convenzioni di ricerca per conto terzi»⁽⁴⁾, in base al quale le università possono «eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati»⁽⁵⁾. Questa disposizione è stata interpretata dal Ministero competente (art. 1, 2° co., d.m. 30 dicembre 1981) nel senso che i contratti in parola sono quelli che prevedono «prestazioni eseguite dalle università, avvalendosi delle proprie strutture, che non rientrano nei compiti istituzionali delle università stesse, ed in cui l'interesse del committente è prevalente». I contratti «conto terzi», come sono poi indicati nella regolamentazione interna e nella prassi, identificano la cosiddetta «attività commerciale» delle università, contrapposta all'attività istituzionale⁽⁶⁾. Nell'interpretazione corrente, desumibile dai regolamenti e dalla prassi degli atenei, sono considerati contratti per conto terzi quelli con prestazioni corrispettive⁽⁷⁾. I contratti senza prestazioni corrispettive sarebbero da ricondurre sempre nell'attività istituzionale; quest'ultima, inoltre, non potrebbe comprendere i contratti a titolo oneroso.

Le due tipologie di attività ricevono una disciplina interna diversa: in particolare per l'attività commerciale è prevista l'incentivazione del personale docente e non docente, ai sensi del 3° co. del citato art. 66, d.P.R. 382/1980; inoltre è stabilito un prelievo in favore dell'amministrazione della struttura universitaria e dell'amministrazione centrale, solitamente maggiore del prelievo previsto per l'attività istituzionale. Nella prassi interpretativa, inoltre, molto spesso da questa distinzione tra attività com-

⁽⁴⁾ Sull'art. 66 v.: Lanza, *L'attività di ricerca e consulenza per conto terzi*, in *Manuale di Legislazione Universitaria*, Napoli, 1992, 561 ss.; FULCINITI, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, 1993, Milano, 168 ss.; SALVINI, *Attività di ricerca e consulenza svolta dalle università per conto terzi: note sull'art. 66 comma 1, d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382*, *Arch. giur.*, 1983, 1-3, 91 ss.; CALABRÒ, *Sui limiti della possibilità dei Dipartimenti universitari di partecipare a pubblici appalti*, *Foro amm. TAR*, 2002, 7-8, 2572.

⁽⁵⁾ V. anche l'art. 49, 1° co., r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, Approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore, per il quale «gli Istituti scientifici delle Università e degli Istituti superiori, compatibilmente con la loro funzione scientifica e didattica, possono eseguire, su commissione di pubbliche amministrazioni o di privati, analisi, controlli, tarature, prove ed esperienze».

⁽⁶⁾ Esempi dell'utilizzo delle espressioni «attività commerciale» e «attività istituzionale» si trovano nella disciplina interna di tutte le università italiane. A titolo di esempio v. il regolamento di amministrazione, finanza e contabilità (di seguito RAFC) dell'Università degli Studi di Perugia, in particolare l'art. 106. (Attività commerciale: convenzioni e prestazioni conto terzi).

⁽⁷⁾ In particolare gli artt. 77 e 78 del d. P. R. 4 marzo 1982 n. 371, Regolamento per l'amministrazione e la contabilità generale delle Università e degli Istituti di Istruzione Universitaria, stabiliscono che i contratti conto terzi siano a «titolo oneroso».

merciale e attività istituzionale, si fanno derivare anche conseguenze di altro genere come quelle fiscali. In particolare si ritiene che i contratti considerati nell'attività commerciale sarebbero soggetti all'imposta sul valore aggiunto, mentre sarebbero esclusi i rapporti attratti all'area dell'attività istituzionale.

In base a questa impostazione, ci si chiede se le università possano validamente stipulare contratti senza prestazioni corrispettive, e se è corretto affermare che debbano essere disciplinati in modo differente dai contratti che rientrano nella richiamata classificazione.

Si pensi ai contratti con gli enti finanziatori nell'ambito dei programmi comunitari, nazionali o internazionali, che sono generalmente considerati come un'attività di carattere istituzionale⁽⁸⁾.

Non sembrano rientrare nella previsione di cui all'art. 66 citato, inoltre, i contratti di tipo associativo, che le università sono solite stipulare per regolare una collaborazione scientifica e didattica con altre università o altri enti pubblici e privati. Questi accordi sono stipulati per realizzare corsi di studio (per esempio, corsi laurea, master o dottorati congiunti) o per partecipare a programmi di finanziamento (chiamati, di volta in volta, associazioni temporanee di scopo, *consortium* o *cooperation agreement*, e così via).

Un'altra disposizione che sembra limitare la capacità negoziale delle università è l'art. 91-bis del citato d.P.R. n. 382/1980 che stabilisce che «Le università possono partecipare a consorzi o a società di capitale». La possibilità di partecipare alle società di capitali è limitata al caso in cui detta partecipazione sia finalizzata alla «progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1° dicembre 1983, n. 651». Inoltre la partecipazione delle università è ammissibile solo se: «a) la loro partecipazione sia rappresentata da esclusivo apporto di prestazione di opera scientifica; b) l'atto costitutivo preveda l'esclusione per esse da eventuali obblighi dei soci di versare contributi in denaro e che gli utili non vengano ripartiti ma reinvestiti per finalità di carattere scientifico; c) sia assicurata la partecipazione paritaria della università, nell'impostazione dei programmi di ricerca; d) le relative iniziative fruiscono di finanziamenti non inferiori alla metà da parte di organismi pubblici nazionali, internazionali o esteri; e) ogni eventuale emolumento corrisposto ai professori universitari o ai ricercatori che facciano parte degli organi sociali sia versato alle università di appartenenza». Tale disposizione, secondo il Consiglio di Stato⁽⁹⁾,

⁽⁸⁾ V., per esempio, l'11 co. del già citato RAFC dell'Università di Perugia: «non rientrano nell'ambito di applicazione del presente articolo i finanziamenti erogati alle strutture dell'Ateneo da Enti pubblici e da privati, finalizzati al conseguimento di risultati in cui sia dimostrato il prevalente interesse dell'Università».

⁽⁹⁾ Consiglio di Stato, sezione II, parere n. 1145 del 5 giugno 1996, in *Rass. cons. stato*, 1997, I, 615.

fisserebbe i principi generali per la partecipazione delle università alle società di capitali⁽¹⁰⁾.

Un'ulteriore presunta limitazione alla capacità negoziale delle università, come di altri enti pubblici e non *profit*, è quella riguardante la legittimazione alla partecipazione ai pubblici appalti. Un certo pensiero espresso in giurisprudenza e nella prassi amministrativa sembra negare la legittimazione delle università a partecipare ai pubblici appalti. Di particolare rilievo, per le sue potenziali implicazioni pratiche, è la deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, contenente “istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Servizio tutela ambienti naturali e fauna della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia – procedure aperte in attuazione del progetto S.A.R.A. Sistema Aree Regionali Ambientali”.

La questione sottoposta all'Autorità era se potessero considerarsi “operatori economici” ai sensi dell'art. 34 del d. Lgs. n. 163/2006, e quindi partecipare agli appalti per servizi anche liberi professionisti associati, società di professionisti, nonché “raggruppamenti temporanei di Enti pubblici e privati, Università, dipartimenti universitari, istituti di ricerca”.

Secondo l'Autorità la nozione di “operatore economico” è legata a quella di “esercizio professionale di una attività economica” e che a tale proposito “Giova richiamare...l'articolo 2082 del codice civile, secondo il quale “imprenditore” è colui il quale svolge un'attività con le seguenti caratteristiche: a) esercizio di un'attività economica, b) in modo professionale, c) mediante organizzazione, d) al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi”. Da tali rilievi deriverebbe che “le Università ovvero i Dipartimenti universitari, non [rientrano] in tale categoria, in quanto rivestono una finalità diversa dall'attività economica, come noto rivolta alla produzione di ricchezza”. Con un principio che, a parere dell'Autorità, va applicato anche agli enti pubblici e, valutata la questione caso per caso, anche agli Istituti di ricerca.

L'esclusione delle Università dalla nozione di “operatore economico”, inoltre, dipenderebbe dalla circostanza che tali soggetti non sono considerati nella elencazione, da considerare tassativa, di cui all'art. 34 del codice degli

⁽¹⁰⁾ Ulteriori ipotesi verrebbero stabilite dalla legge, come nel caso dell'art. 27 L. 5 ottobre 1991, n. 317, che riguarda le società consortili miste, aventi «come scopo statutario la prestazione di servizi per l'innovazione tecnologica, gestionale e organizzativa delle piccole imprese industriali, commerciali, di servizi e alle imprese artigiane di produzione di beni e servizi» (art. 27, comma 1). In queste società possono partecipare le università, il CNR, l'ENEA, le camere di commercio, istituti e aziende di credito, altri enti pubblici, privati che operano nel settore della ricerca e associazioni sindacali e di categoria (art. 27, comma 2). Le imprese artigiane e le piccole imprese devono essere titolari, complessivamente, di più della metà del capitale sociale (art. 27, comma 4). In questo caso specifico, quando si tratti di università, dovranno applicarsi le regole stabilite dal citato art. 91 bis d.P.R. 382/1980.

appalti, che avrebbe ribadito quanto già stabilito dall'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (v. sul punto anche le deliberazioni n. 83/2007 e 179/2002 in cui si afferma che "stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione, contenuto nell'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., risulta non conforme al dettato normativo l'affidamento di detti incarichi a dipartimenti universitari, fatta salva la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle Università dalla legge 168/1989"⁽¹¹⁾).

Quelle che precedono sono tra le principali ipotesi in cui si potrebbe ravvisare una limitazione della capacità negoziale delle università. Si tratta di verificare se tali limitazioni siano coerenti con il diritto vigente.

2. I contratti ad «interesse prevalente della controparte»

Come si è visto, il d.m. 30 dicembre 1981 prevede che le università possano stipulare contratti in cui vi sia un «interesse prevalente» della controparte. Si tratterebbe di contratti con prestazioni corrispettive, in base ai quali le università percepiscono un corrispettivo a fronte dell'esecuzione di prestazioni di carattere scientifico e didattico.

La disciplina in commento, tuttavia, non individua i contratti delle università in base al carattere corrispettivo o meno delle prestazioni in essi dedotte.

Innanzitutto perché la nozione di «interesse prevalente», introdotta dal decreto in parola, appare problematica sotto il profilo del diritto civile. Manca un criterio legale, nella stessa disciplina in commento, per stabilire quando

⁽¹¹⁾ L'art. 34 citato infatti stabilisce che "sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del d. lgs. 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37".

un interesse possa ritenersi prevalente rispetto ad un altro. Generalmente un giudizio di prevalenza è richiesto quando bisogna decidere sul conflitto tra soggetti portatori di interessi tra loro diversi. Non sembra che in un contratto tra una università ed un altro soggetto possa parlarsi di conflitto tra interessi, tra i quali preferire uno piuttosto che l'altro. In ogni modo non sembra che in un contratto con prestazioni corrispettive si possa parlare di interessi di una parte che prevalgono su quelli dell'altra; semmai gli interessi sono considerati diversi, ma comunque posti su di un piano di parità.

Inoltre l'art. 66 del d.P.R. 382/1980, in realtà, prende in considerazione contratti per «eseguire attività di ricerca e consulenza» senza specificare che questi contratti siano con prestazioni corrispettive o meno.

Non è decisivo neppure il riferimento alla circostanza che i contratti siano per “conto terzi”. Nel diritto civile quando ci si riferisce ad un soggetto che svolge un’attività per conto di un altro, il primo compie atti che hanno rilevanza per la sfera giuridica del secondo; sia che ciò avvenga in base ad un contratto (è l’ipotesi del mandato, art. 1703 ss. c.c.), sia che si realizzzi per altri fondamenti considerati legittimi (è il caso della gestione degli affari altrui, di cui all’art. 2028 ss. c.c., dell’espromissione e dell’accolto, previste dagli artt. 1272 e 1273 c.c.). Ma un tale significato sarebbe in contrasto con la stessa rubrica ed il contenuto dell’articolo 66, riguardanti non certo fattispecie come il contratto di mandato o la gestione di affari altrui, ma contratti che hanno per oggetto la ricerca e la didattica.

Anche il significato civilistico usuale dell’espressione “terzi” (v. per esempio gli artt. 1372, 2° co., e 1411 ss. c.c.), non appare coerente con la stessa rubrica e con il testo della disposizione in commento.

Se letta sotto il profilo delle categorie di diritto civile, pertanto, la disciplina universitaria non varrebbe ad individuare una categoria di contratti, neppure se ci si riferisce all’ampia categoria dei contratti con prestazioni corrispettive. Infatti, anche se i regolamenti degli atenei volessero prendere in considerazione soltanto i contratti con prestazioni corrispettive, non sarebbe corretto escludere aprioristicamente, come si è detto, i contratti con gli enti finanziatori. Alcuni di questi contratti, infatti, assumono la forma di contratti di appalto, quindi a titolo oneroso, come accade sovente nei programmi di finanziamento comunitari, accanto ad altre tecniche contrattuali come le sovvenzioni⁽¹²⁾.

Occorre ricostruire il senso dell’articolo in commento nel particolare contesto, che è quello della legislazione universitaria.

L’art. 66 del d.P.R. 382/1980, nell’impianto originario, costituiva effettivamente una limitazione alla capacità negoziale delle università, così

⁽¹²⁾ Per una definizione di appalti e di sovvenzioni nel diritto comunitario v. rispettivamente gli artt. 88 e 108 del regolamento del Consiglio n. 1605/2002. Sul punto ci si permette di rinviare a CIPPITANI, *I contratti per l’attuazione dei programmi comunitari*, in PALAZZO, SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 586.

come altre disposizioni della stessa legge⁽¹³⁾. In particolare si affermava la capacità delle università di essere parti di contratti, ma nel rispetto delle finalità didattiche e scientifiche proprie degli atenei⁽¹⁴⁾.

Dalla prospettiva del legislatore del 1980, così come era accaduto per quello del T.U. delle leggi sull'istruzione superiore, una tale cautela appariva necessaria soprattutto per contratti da considerare eccezionali rispetto a quella che era considerata la normale attività degli atenei (che è l'attività «istituzionale», di cui parla il d.m. 30 dicembre 1981). Si tratta di quei contratti che hanno per oggetto attività di ricerca e più in generale attività di consulenza, dietro il pagamento di un corrispettivo («provento», nella terminologia adottata dall'art. 66), tra i quali, soprattutto, il contratto d'opera (art. 2222 c.c.) e il contratto di appalto (art. 1655 c.c.). Nella visione del legislatore dell'epoca questi contratti sarebbero i soli a generare risorse che possano essere utilizzate per il pagamento dei compensi aggiuntivi al personale e per la copertura delle spese generali dell'ateneo.

Il decreto ministeriale di attuazione e la normativa degli atenei, quando richiedono la «prevalenza dell'interesse» della controparte contrattuale, non forniscono un criterio nuovo rispetto alla legge, ma indicano – in modo non certo ineccepibile sotto il profilo tecnico – quei contratti in cui l'interesse del committente è ricevere l'opera dell'università, mentre quello dell'ateneo consiste soprattutto nella percezione di una somma di denaro. Qui «interesse prevalente» sta per indicare che il committente richiede l'opera dell'università e quindi il suo interesse caratterizza il rapporto⁽¹⁵⁾: in questo senso è considerato prevalente.

Visto il senso della disposizione, non sarebbe corretto dare all'art. 66 una portata più ampia di quella che ha. Essa non limita certo la capacità negoziale degli atenei ai contratti ivi considerati. L'art. 66, semmai, pone dei limiti alla distribuzione di incentivi al personale e stabilisce l'obbligo di destinare le risorse generate dai contratti di consulenza ad alcuni scopi⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ V. per esempio, l'art. 91 *bis* d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, inserito dall'art. 13 legge 9 dicembre 1985, n. 705, che prevede la facoltà da parte delle università di partecipare a consorzi o a società di capitali per la progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca, finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico, nel rispetto di tutta una serie di limiti.

⁽¹⁴⁾ Al minimo, infatti, appare frutto di un equivoco del decreto ministeriale del 31 dicembre 1981 quello di tradurre l'espressione “purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica didattica” dell'art. 66 con la richiesta che i contratti “per conto terzi” debbano non rientrare “nei compiti istituzionali delle università stesse”.

⁽¹⁵⁾ Analogamente a quanto accade nella Convenzione di Roma del 1980 sulla legge nazionale applicabile alle obbligazioni contrattuali (v. art. 4), la «prestazione» di una delle obbligazioni viene isolata e considerata «caratteristica», al fine non certo di applicare la disciplina sulla corrispettività, ma di stabilire la legge applicabile.

⁽¹⁶⁾ Come dimostra la, seppur scarsa, giurisprudenza contabile sulla disposizione, che si occupa principalmente di delimitare l'utilizzo delle risorse derivanti dai

Peraltro, le esigenze alla base dell'art. 66 citato possono oramai manifestarsi con riferimento ad un ampio ventaglio di contratti, seppure non riconducibili a quelli "conto terzi" nel senso sopra evidenziato. Questioni, come quelle dell'incentivazione e del prelievo in favore dell'amministrazione centrale, possono essere trattate, per esempio, con riferimento ai contratti con gli enti finanziatori. I compensi accessori e la quota di spese generali potranno essere determinate ogni qualvolta l'attività dell'università genera risorse, il che è possibile in astratto per tutti i programmi di finanziamento, indipendentemente dalla tecnica contrattuale adottata, siano essi appalti o sovvenzioni.

Il potere di regolare la materia in parola è oggi esplicitamente ammesso, sia dall'art. 7, 1° co., l. 168/1989, sia dall'art. 4, 5° co., l. 19 ottobre 1999, n. 370 «Disciplina della materia da parte delle singole università» prescrive che «la materia di cui all'art. 66 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, è rimessa all'autonoma determinazione degli atenei, che possono disapplicare la predetta norma dalla data di entrata in vigore di specifiche disposizioni da essi emanate», determinando un'autonoma capacità applicativa da parte degli atenei⁽¹⁷⁾.

3. I contratti senza prestazioni corrispettive

Dalle considerazioni svolte nel paragrafo precedente discende che la corrispettività non può essere assunta a fondamento necessario dell'attività negoziale delle università.

Ciò detto, non sembrano esserci limiti giuridici generali alla stipula di contratti a causa associativa e altri contratti senza prestazioni corrispettivi.

Oltre a quanto si dirà a proposito della partecipazione delle università alla società, si pensi agli accordi di collaborazione variamente denominati (*Consortium Agreement*⁽¹⁸⁾, Associazioni temporanee di scopo, e così via) che hanno l'obiettivo di attuare una collaborazione tra atenei, imprese e altri soggetti per realizzare progetti o iniziative in settori quali la ricerca,

contratti. V. Corte dei conti, Sez. Contr., det. n. 4, del 10 gennaio 1991, Università degli studi di Siena (p.d. 103134); Id., Sez. Contr., det. n. 2152 del 6 luglio 1989, Università degli studi Tor Vergata di Roma (p.d. 103087); Id., Sez. Contr., det. n. 1912 del 17 marzo 1988, Università degli studi di Roma (p.d. 102350).

⁽¹⁷⁾ Solo alcune università hanno iniziato a disciplinare la partecipazione ai programmi di finanziamento. Tra queste va ricordato il regolamento per la partecipazione ai programmi di finanziamento (dell'Unione Europea, dei ministeri, degli enti territoriali, delle fondazioni e di altri enti pubblici e privati) del Politecnico di Torino, emanato con d.r. n. 832 del 22 dicembre 2005, in vigore dall'1° gennaio 2006. Nel già citato RAFC dell'Università di Perugia, l'art. 116 – Contratti con l'Unione Europea, stabilisce che "la disciplina dei contratti stipulati con le istituzioni dell'Unione Europea, aventi per oggetto attività di ricerca, di formazione e altre attività inerenti l'attuazione di tutti i programmi comunitari, è demandata ad apposito regolamento approvato dal Consiglio di Amministrazione".

⁽¹⁸⁾ V. CIPPITANI, *Il Consortium Agreement*, in CIPPITANI, FULCI, *I programmi comunitari per la ricerca l'innovazione*, Perugia, 2007, 247 ss.

l'istruzione e la formazione professionale. Generalmente questi contratti, prevedono l'attribuzione di un mandato in favore del soggetto capogruppo (con rappresentanza, collettivo, solitamente a titolo gratuito, nell'interesse dello stesso mandatario) e dell'obbligo di partecipare alla realizzazione dell'attività prevista, nonché dell'esecuzione delle obbligazioni strumentali (come quella di rendicontazione e relazione). I contratti in parola rientrano nella categoria degli accordi di collaborazione, tipizzati nell'ordinamento nazionale soprattutto nel caso diano luogo a nuovi soggetti di diritto (v. la disciplina della società, del consorzio con attività esterna, dell'associazione) e che si sono diffusi ad opera della prassi contrattualistica internazionale attraverso il modello della *joint venture*. Tali contratti, che si considerano in generale ammissibili dall'ordinamento (ai sensi dell'art. 1322 c.c.)⁽¹⁹⁾, sono esplicitamente e implicitamente previsti dagli ordinamenti delle università⁽²⁰⁾ e dalla legislazione comunitaria e nazionale, per esempio quella in materia di pubblici appalti⁽²¹⁾ e di programmi di finanziamento.

In questi ultimi, qualunque sia la metodologia di finanziamento utilizzata (appalto, sovvenzione, mutuo, garanzie, partecipazione) l'ente

⁽¹⁹⁾ I contratti di *joint venture* ed in generale i contratti di collaborazione atipici sono stati riconosciuti legittimi nell'ordinamento italiano, anche prima e indipendentemente dalla disciplina comunitaria, in materia di appalti. Il che deriva dalle fonti, nonché da una consolidata interpretazione giurisprudenziale (v., tra le altre, la prima sentenza di legittimità in materia di raggruppamenti: Cassazione 24 febbraio 1975, n. 681 qualifica il raggruppamento tra imprese come rapporto atipico; v. anche Consiglio di Stato, sez. V, 16 aprile 1987, n. 246).

⁽²⁰⁾ V. per esempio l'art. 8 dell'Atto di indirizzo dell'attività contrattuale in materia di RS&D dell'Università di Roma "La Sapienza" (emanato con d.r. n. 385 del 15 settembre 2006), in base al quale "possono essere conclusi accordi di collaborazione scientifica con soggetti terzi operanti in settori disciplinari affini; detti accordi potranno prevedere l'erogazione di borse di studio, premi di laurea e/o contributi".

⁽²¹⁾ La fonte che attualmente regola la materia (direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE; per l'Italia v. il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, di seguito "Codice degli appalti"), infatti, in coerenza con quanto stabilito dalle direttive precedenti, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici stipulano contratti con gli "operatori economici", che sono da intendere "una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offre sul mercato... la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi". (art. 1, paragrafo 8, direttiva 2004/18/CE). Come suggerito dalla definizione appena riportata, pertanto, si coglie la possibilità per gli operatori economici di partecipare agli appalti, attraverso "raggruppamenti". Per l'articolo 4, paragrafo 2, direttiva 2004/18/CE "i raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi". Le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica, almeno in fase di presentazione dell'offerta. Può essere imposta una data forma giuridica al raggruppamento solo dopo l'aggiudicazione dell'appalto e solo nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto.

finanziatore predilige o impone che i beneficiari siano costituiti da una pluralità di soggetti eleggibili. In alcuni casi la pluralità dei beneficiari è obbligatoria, come accade in molti programmi comunitari che adottano la metodologia della sovvenzione (del grant), siano essi a gestione diretta (si pensi ai Programmi Quadro di Ricerca e Sviluppo Tecnologico) o a gestione indiretta (per esempio il Fondo Sociale Europeo). Per quanto riguarda i rapporti nell'ambito dei programmi di finanziamento, la base giuridica di essi presuppone un'ampia autonomia negoziale delle università nello stipulare contratti con gli enti finanziatori e altri contratti collegati (v. in seguito) ⁽²²⁾.

La prassi inoltre mette in evidenza altre tipologie di contratti senza prestazioni corrispettive, posti in essere dalle università nell'ambito delle proprie attività: si pensi ai comodati di attrezzature scientifiche, alla collaborazione a titolo gratuito per altri enti. Questi accordi trovano una particolare elaborazione nella cooperazione internazionale.

In tutti questi casi le università hanno la piena capacità negoziale, se pure rispettando i principi dell'agire degli enti pubblici ⁽²³⁾: la motivazione, il perseguimento delle finalità istituzionali, e ancora il principio di parità, trasparenza e non discriminazione (cfr. art. 2 della direttiva 2004/18/CE) ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Sui contratti collegati al contratto di finanziamento, v. CIPPITANI, *I contratti per l'attuazione dei programmi comunitari*, cit., 651 ss.

⁽²³⁾ Principi mutuati dalla disciplina sugli appalti, come appare evidente nella normativa comunitaria. Infatti il regolamento finanziario dell'Unione europea (regolamento del Consiglio 16/2002 e regolamento della Commissione 2342/2002) fissa il principio per cui tutti i contratti delle istituzioni comunitarie devono richiamarsi alla disciplina degli appalti pubblici (cfr. il ventiquattresimo “considerando” del regolamento 1605/2002, che si riferisce agli appalti e il trentesimo “considerando”, che riguarda le sovvenzioni).

⁽²⁴⁾ In questi casi non sembra necessario adottare una vera e propria procedura selettiva per la scelta degli altri contraenti, ma è opportuno che l'università, in qualità di ente pubblico espliciti la scelta di partecipare ad un dato raggruppamento, spiegando come la partecipazione al progetto sia coerente con gli obiettivi istituzionali, quali sono le caratteristiche dei componenti del raggruppamento, la disciplina applicabile, come si intendono regolare i rapporti reciproci, quali sono le risorse impegnate, le somme percepite, l'attività da svolgere e ogni altri elemento utile. Una maggiore attenzione, probabilmente, va posta nel caso in cui la pubblica amministrazione in parola sia promotrice e/o mandataria del progetto e quindi si faccia parte attiva nell'individuazione dei componenti del raggruppamento. L'impostazione qui adottata è confermata dalle pubbliche amministrazioni che hanno stabilito una procedura di partecipazione ai raggruppamenti temporanei. È il caso dell'Università degli Studi di Firenze e dell'Università degli Studi di Padova. Il regolamento adottato da questa ultima (Decreto Rep. n. 1095 - Prot. n. 21397 del 26 aprile 2006), non stabilisce una procedura selettiva ma un procedimento per evidenziare le motivazioni della partecipazione al raggruppamento. Allo scopo, la struttura che intende partecipare ad un raggruppamento temporaneo deve presentare all'amministrazione centrale una proposta che contenga i seguenti documenti (art. 4):

A fronte di una generale capacità delle università nei contratti senza prestazioni corrispettive, possono essere individuati limiti particolari, dovuti alla natura del contratto.

È il caso degli atti delle donazioni e degli liberalità (art. 819 c.c.). La dottrina gius-amministrativa e in qualche caso la giurisprudenza affermano la capacità di donare degli enti pubblici⁽²⁵⁾.

Sul punto la dottrina civilistica è più prudente⁽²⁶⁾, in quanto lo spirito di liberalità non sembra coerente con la finalizzazione imposta agli enti pubblici in generale⁽²⁷⁾. La liberalità infatti comporta essenzialmente una

“a. (se richiesta dal bando) dichiarazione di impegno a costituire l’associazione temporanea secondo l’allegato modello (Allegato n. 1) che sarà sottoposta alla firma del Rettore quale legale rappresentante dell’Università;

b. copia della bozza dell’atto costitutivo dell’associazione temporanea;

c. copia del bando o di altro atto emesso dall’ente finanziatore che richiede la costituzione dell’associazione temporanea;

d. copia del progetto necessario per concorrere al finanziamento;

e. delibera dell’organo collegiale della struttura universitaria interessata al progetto dalla quale emergano: l’interesse della struttura per il progetto; la compatibilità del progetto con le attività istituzionali; la durata del progetto; il responsabile scientifico; il capofila e i partner; il corrispettivo/contributo che la struttura riceverà; l’impegno della struttura a fornire le risorse (strutture, apparecchiature, personale, ecc.) necessarie per lo svolgimento della parte di progetto affidata all’Università;

f. (in caso di partecipazione al progetto di un Servizio dell’Amministrazione Centrale) decreto del Direttore Amministrativo con i contenuti di cui al punto precedente;

g. (solo nel caso in cui tra gli associati vi siano imprese private) dati sulle imprese coinvolte nell’associazione temporanea, forniti mediante un apposito modello (Allegato n. 2)”.

⁽²⁵⁾ È questa la posizione di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 764 ss., per la mancanza nell’ordinamento di una limitazione della capacità degli enti pubblici. V. sul punto anche PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, Enc. giur., IX, Roma, 1988, 8-9; SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, Enc. dir., IV, Milano, 1954, 11. In modo conforme, la giurisprudenza ammette che gli enti pubblici possano porre in essere donazioni: cfr. Cass., 17 novembre 1953; Cass., Sez. un., 18 gennaio 1955, *Foro It.*, 1955, I, 471; Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311; Cass. civ. Sez. Unite, 26-01-2000, n. 6, in *Foro It.*, 2000, I nota di FALCO;

⁽²⁶⁾ Tra gli altri, cfr. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2000, *passim*, spec. p. 56 s.

⁽²⁷⁾ In giurisprudenza si fa notare, che anche se si deve ammettere la possibilità di compiere atti di liberalità da parte di enti pubblici, questi devono o comunque come essere diretti alla soddisfazione di un interesse pubblico. In ogni modo “quando la Pubblica Amministrazione dispone a favore di altri di un proprio diritto in vista del conseguimento di prestazioni che altri debba eseguire e che essa Pubblica Amministrazione delibera dover essere eseguite nell’interesse generale, il fine che la muove non è lo spirito di liberalità, ma la cura del detto interesse” (Cass. civ., 7 dicembre 1970, n. 2589, in *Mass. giur. it.*, 1970).

“spontaneità” (come affermava l’art. 1050 c.c. 1865), la mancanza di un obbligo ad adempiere⁽²⁸⁾.

Un riflesso delle perplessità da ultimo citate, si ritrova nella giurisprudenza contabile che qualifica “liberalità” le spese delle università considerate illegittime⁽²⁹⁾, in quanto non riconducibili neppure allo scopo della rappresentanza dell’ateneo.

Discorso diverso è quello del potere di erogare finanziamenti a persone fisiche (borse di studio e di ricerca, prestiti d’onore) e a soggetti diversi (altre università, fondazioni, associazioni). Non si tratta in questi casi di atti di liberalità, ma di erogazioni che dipendono da rapporti a titolo gratuito, che attuano la normativa comunitaria, legge nazionale (cfr. l’art. 12 della legge 241/1990), i regolamenti degli atenei e che trovano fondamento in principi di rango costituzionale, come quello di solidarietà (art. 2 Cost., artt. 2, 3 Trattato CE). In questi casi, l’erogazione finanziaria viene attribuita «solo in quanto rientrino tra i propri fini istituzionali o siano strettamente legati da un rapporto di connessione o strumentalità con gli stessi»⁽³⁰⁾.

4. Le limitazioni alla partecipazione delle università alla società

Per ragionare intorno al problema dell’esistenza, in capo agli atenei, di limitazioni alla costituzione di società o al possesso di partecipazioni azionarie, è necessario primariamente formulare brevi considerazioni sulla

⁽²⁸⁾ JEMOLO, *Lo spirito di liberalità*, in *Studi Vassalli*, vol. II, Torino, 1960, 973 ss.; CASULLI, *Donazione (dir.civ.)*, in *enc. dir.*, III, Milano, 1964, 969. La giurisprudenza romana contrapponeva *liberalitas a necessitas*. Nel Digesto si afferma che “*nemo in necessitatibus liberalis existat*” (Mod.D., 34, 4, 18) e “*donare videtur quod nullo iure cogente conceditur*” (D. 50, 17, 82). V. sul punto ARCHI, *Donazione (diritto romano)*, in *Enc.dir.*, Milano, vol. XIII, 1964, p. 930 ss., in particolare 935.

⁽²⁹⁾ V. per esempio la sentenza della Corte dei conti, Sez. I, 13 gennaio 1984, n. 10, in *Cons. Stato*, 1984, II, 311, che non considera spese di rappresentanza, e cioè “ispirate al perseguitamento di fini dell’università...finalizzate a far conoscere ed apprezzare all’esterno l’attività dell’ateneo”, ma liberalità “le spese sostenute da università per medaglie ed altri riconoscimenti in occasione del collocamento a riposo o di altri accadimenti della vita burocratica dei dipendenti” oppure “le spese per pranzi a professori della stessa università o per il trasporto a Roma di presidi di facoltà” o anche “le spese per ospitalità in favore di funzionari ministeriali in missione”. In un’altra sentenza (Corte dei Conti, Sez. contr., 21 giugno 1990, n. 39, in *Riv.Corte Conti*, 1991, fasc. 3,5) si afferma che “è illegittima la corresponsione, da parte dell’università, di un contributo per il dopolavoro universitario, che si configura come mero atto di liberalità, trattandosi di spesa non sorretta da normativa sostanziale”. Sul concetto di spese di rappresentanza v. CELANI, *Le spese di rappresentanza nella Pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 1999, 182 ss.; SOMMOVIGO, *Attuali profili della responsabilità amministrativa e contabile di amministratori e dipendenti*, in *Nuova rassegna*, 1997, 933 ss.

⁽³⁰⁾ Corte Conti, sez. contr., 26 gennaio 1989, n. 2076, *Riv. Corte Conti*, 1990, 36.

generale capacità dei soggetti giuridici pubblici di essere parte di una società la modalità con cui questo avviene⁽³¹⁾.

Ogni ente pubblico – sulla base della generale capacità di diritto privato attribuita dal legislatore⁽³²⁾ – ha legittimazione a costituire società di capitali, così come ad assumere partecipazioni azionarie.

Il limite a tale possibilità negoziale è costituito soltanto dalla conformità che la partecipazione societaria deve avere rispetto agli scopi che l'istituzione è chiamata a perseguire.

Sono società pubbliche, ai sensi dell'art. 2449 c.c., quelle nelle quali gli enti possiedono delle partecipazioni azionarie o sono tali gli enti pubblici che hanno la struttura organizzativa di società per azioni.

Quest'ultime non ineriscono la problematica in esame, perché istituite per legge o mediante atto amministrativo autorizzato dalla legge stessa. Momentaneamente, infatti, non vi sono previsioni normative che prevedono il coinvolgimento di università in siffatte tipologie di persone giuridiche. Queste sono, invero, società dal carattere necessario la cui predeterminazione funzionale sottrae la loro destinazione alla volontà dei propri organi deliberativi. Il contenuto minimo che deve avere l'atto istitutivo (la denominazione, lo scopo e l'appartenenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria) è la cifra della loro destinazione funzionale e necessaria⁽³³⁾.

Accanto a quest'ultime vi sono società semplicemente partecipate da un ente pubblico.

Le problematiche relative alla partecipazione di una università sono circoscritte a questa seconda tipologia.

⁽³¹⁾ Secondo IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1/2, 43 il quale ricorda come con l'espressione "società pubbliche" "si designano comunemente enti societari (e dunque privati) a partecipazione pubblica, nei quali, cioè pubblico non è l'ente in sé considerato, bensì i soggetti - o alcuni dei soggetti - che vi partecipano", pertanto non annovera tra tali società anche gli enti pubblici con struttura organizzativa societaria; diversamente, GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello stato*, in *Serv. pubb. e appalti*, 2004, 4, 707, qualifica come "società pubbliche" gli enti pubblici a struttura di società.

⁽³²⁾ Si legga CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Servizi pubblici e appalti*, suppl. al n. 4/2004, 92, per il quale "se, quindi, i privati possono perseguire fini pubblici (...) non è lecito desumere dal fatto che un soggetto giuridico impersonale persegua fini pubblici la sua qualificazione come ente pubblico. (...) il sistema normativo non consente di unificare in uno stesso soggetto la qualifica di società e quella di ente pubblico" alla luce sia degli artt. 11, 12 e 13 del codice civile che distinguono nettamente le persone giuridiche pubbliche da quelle private che dell'art. 4 della l. n. 70/1975, che stabilisce l'impossibilità di creare o riconoscere enti pubblici se non per legge.

⁽³³⁾ Si veda Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 403, dove si conferma l'esistenza nell'ordinamento giuridico degli enti pubblici la cui forma è quella delle società per azioni, accogliendo il concetto della necessarietà. Per la Cass. n. 7799/2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2728 sono esempi di enti pubblici a struttura societaria le Posta italiane spa e l'Age control spa.

In queste ipotesi la presenza dell'ente pubblico nella compagine sociale potrà essere maggioritaria, totalitaria o minoritaria. Sono assimilate a detta categoria di società anche quelle che, pur non essendo partecipate direttamente da uno o più enti pubblici, sono da queste controllate o influenzate⁽³⁴⁾, anche attraverso il potere di nomina di uno o più amministratori⁽³⁵⁾.

È infatti l'art. 2450 (ex art. 2459 c.c.)⁽³⁶⁾ a stabilire che la legge o lo statuto possano attribuire allo Stato o ad enti pubblici il potere di nomina di amministratori, anche qualora il soggetto pubblico al quale tale potere compete non abbia partecipazione azionaria alla società⁽³⁷⁾.

L'art. 2449 (ex art. 2458), ultimo comma, c.c. equipara coloro che ricoprono funzioni di amministrazione e controllo in ragione della nomina rimessa dalla legge o dallo statuto ad un ente pubblico, a coloro che vengono investiti di tale ruolo dall'assemblea. Si stigmatizza così il rapporto che sussiste tra interesse sociale ed interesse pubblico, chiamando anche gli amministratori che rivestono tale qualità per nomina pubblica a realizzare gli interessi della società privata in virtù del rapporto di dipendenza discendete dall'incarico.

La norma pone con evidenza il problema del rapporto tra l'interesse pubblico dell'ente e quello privato dei soci in relazione al ruolo degli amministratori di nomina non assembleare, i quali comunque non debbono indirizzare l'impresa nel perseguitamento dell'interesse pubblico⁽³⁸⁾, pur

(34) Così IBBA, *op. cit.*, 42.

(35) L'influenza può realizzarsi perché la società è legata da particolari vincoli contrattuali ad un determinato soggetto pubblico o perché a quest'ultimo è comunque riservato il diritto di procedere alle nomine di uno o più amministratori, nonostante la mancanza di una partecipazione azionaria. Si legga sulle modalità con cui si effettua il collegamento tra imprese CIPPITANI, *A proposito della definizione di "piccola e media impresa" nel diritto comunitario*, in questa rivista, 1, 2004, 432 ss.

(36) Cfr. MONTEDORO, *Controlli delle regioni e degli enti locali territoriali sulle aziende e le società a partecipazione pubblica maggioritaria e minoritaria tra diritto pubblico ed autonomia privata*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 12, 2570 e ss, ricorda come tali previsioni normative rispondono all'esigenza di un particolare equilibrio di interessi all'interno della società legittimando il perseguitamento dell'interesse pubblico nello svolgimento del rapporto sociale.

(37) Il potere di nomina può prescindere anche dalla misura della partecipazione, che può essere di minoranza o di maggioranza, conferendo così al socio di natura pubblica poteri più intensi di quelli che spetterebbero in relazione al mero possesso della partecipazione azionaria. Sul potere di nomina e di revoca si veda Cass. S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, 1, 2726, ha confermato che: "la facoltà attribuita all'ente pubblico (...) dall'art. 2458 c.c. è, quindi, sostitutiva della generale competenza dell'assemblea ordinaria, trovando la sua giustificazione nella peculiarità di quella tipologia di soci, e deve essere qualificata estrinsecazione non di un potere pubblico, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, in quanto espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa".

(38) Si veda *ex multis* Corte dei conti, sez. I d'appello, 3 novembre 2005, n. 356, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 3428, chiarendo che le attività gestionale degli ammini-

rimanendo fermo l'obbligo della conformità dell'attività della stessa agli scopi istituzionali dell'ente partecipante⁽³⁹⁾.

A tale fine la riforma del diritto societario ha permesso l'inserimento nel contratto istitutivo di clausole dirette a cautelare e salvaguardare la posizione dell'amministrazione che ad esso partecipa⁽⁴⁰⁾, fornendo agli enti uno strumento che permetta di rafforzare la tutela degli interessi pubblici da essi perseguiti all'interno dell'organismo di diritto privato di cui sono parte.

Le società in cui l'ente pubblico ha una partecipazione conservano, infatti, la loro natura giuridica privatistica⁽⁴¹⁾. In queste, inoltre, al contrario di quanto accade per le forme di società pubbliche nate da previsione di legge o da atto amministrativo, gli organi societari rimangono gli unici titolari delle funzioni, delle facoltà, dell'oggetto della società, così come della sua stessa durata ed esistenza⁽⁴²⁾.

Dalla breve e sommaria lettura delle norme generali sulla possibilità di partecipazione dei soggetti giuridici pubblici a società si possono svolgere

stratori di società pubbliche è sindacabile dal giudice contabile “quando contravvenendo a criteri di efficacia ed economicità si concreti in “abus, arbitri od omissioni” produttive di danno patrimoniale alla società, ma anche quando contrastino o siano comunque estranee ai fini pubblici che la società, per la sua caratura pubblicistica, deve persegui” stigmatizza incidentalmente quali sono i compiti a cui è chiamato un amministratore di nomina pubblica. Si veda sul punto BARZAZI, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche tra tutela dell'interesse pubblico e uniformità di normazione*, in *I cont. dello Stato e degli Enti pubbl.*, n. 4/2004, 521 ss.

(39) Si veda Montedoro, *op. cit.*, 2571 per cui la funzione degli amministratori e degli organi di controllo scelti dalla PA, comunque, non è quello di indirizzare necessariamente l'impresa nel perseguitamento dell'interesse pubblico, quando l'interesse della P.A. coincide con quello della mera presenza all'intero della società, al fine di garantire il regolare funzionamento di quest'ultima. In tal caso gli amministratori di nomina pubblica sono chiamati a realizzare un controllo pubblico sull'attività d'impresa. In questo caso l'interesse pubblico perseguito dai pubblici poteri coincidebbe con l'interesse pubblico al corretto funzionamento della società. Si veda Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo, Portale, Torino, 1992. Se invece l'interesse dell'ente pubblico alla partecipazione alla società è quello per cui la nomina degli amministratori è finalizzata alla realizzazione di un determinato indirizzo nell'attività della società, l'amministratore nominato dai pubblici poteri nell'espletamento dei suoi compiti non dovrà operare esclusivamente in funzione dell'interesse sociale, ma farsi portatore di un interesse superiore rispetto all'interesse privatistico dei soci.

(40) Cfr. MONTEDORO, *op. cit.*, 2578: “possibilità di conformare più liberamente i modelli di governance societaria in relazione alle concrete esigenze dell'impresa sociale”

(41) Si veda CAMMELLI e ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, 1997, Rimini, 119, per cui: “la partecipazione pubblica in organismi regolati dal diritto privato è stata da sempre considerata del tutto inidonea ad alterare la naturale qualificazione privatistica del tipo societario”.

(42) Si veda Cassetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 103.

alcune considerazioni specifiche del caso in cui l'ente pubblico in esame sia un ateneo.

È regola il dato che in capo all'università, quale persona giuridica pubblica, sussista una generale capacità d'agire di diritto privato.

L'esistenza di limiti alla capacità di diritto privato di un ente – qualsiasi ente – realizzano, semmai, delle eccezioni giustificate dalla sua natura pubblica.

In quanto eccezioni queste non possono essere presunte, ma devono essere espressamente stabilite dal legislatore⁽⁴³⁾.

Se quest'ultimo non ha previsto in modo manifesto divieti o limiti alle modalità organizzative, l'ente pubblico può dar vita liberamente ad organismi di diritto privato.

In questo senso ne è esempio la necessità avvertita dal legislatore di estendere alle società a partecipazione pubblica sopra richiamate alcune specifiche norme tipicamente indirizzate agli enti pubblici. Il riferimento è alla materia dell'accesso agli atti⁽⁴⁴⁾ per cui art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, così come modificato dall'intervento del legislatore del 2005, che contiene le definizioni e principi in materia di accesso. In forza della modifica si precisa che per “pubblica amministrazione” nei confronti della quale avanzare richiesta d'accesso agli atti, si intendono “tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”. La precisazione introdotta al fine di far rilevare che il diritto di accesso si esercita anche nei confronti degli eventuali organismi di diritto privato che, pur non perdendo la loro natura privatistica, esercitano un servizio pubblico. Vi è una applicazione generalizzata delle norme sull'accesso ai soggetti privati limitatamente all'attività funzionalizzata di cura di un pubblico interesse⁽⁴⁵⁾. Così come del pari la previsione dell'applicazione delle

⁽⁴³⁾ Cfr. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in *ivi*, suppl. al n. 4/2004, 70: “con l'applicazione generalizzata delle regole pubblicistiche risulta formalmente assicurata l'evidenza pubblica e si precludono possibili elusioni alla sfera della sicura pubblicità. In senso contrario vale però il criterio per cui in tal modo si determina una (ri)espansione del diritto pubblico per fattispecie e materie che il legislatore ha voluto sottoporre di regola al diritto comune; così invertendo il rapporto tra regola (il diritto comune) e l'eccezione (il diritto pubblico)”.

⁽⁴⁴⁾ Si veda le modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, G.U. 21 febbraio 2005, al capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241, specificatamente al suo art. 22 che contiene le definizioni e principi in materia di accesso. In forza della modifica si precisa che per “pubblica amministrazione” nei confronti della quale avanzare richiesta d'accesso agli atti, si intendono “tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”.

⁽⁴⁵⁾ Si veda in questo senso T.A.R. Veneto, sez. I, 14 marzo 2005, n. 975 in *Il Foro amm. TAR*, 2005, vol. 4, 7/8, con nota di FERRARA, *Brevi considerazioni sul diritto di accesso nei confronti dei gestori di pubblici servizi*.

dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 2 D.p.r 28 dicembre 2000 n. 445⁽⁴⁶⁾. Questi due riferimenti sono il sintomo preciso di quanto sopra affermato: fuori dalle espresse previsione di legge, l'estinzione della disciplina pubblicistica alle società partecipate dagli enti pubblici non è proponibile, altrimenti poco senso avrebbe per il legislatore precisare quando ciò avviene.

Per l'università la capacità di partecipare ad organismi di natura privatistica è confermata dal dato normativo per cui gli atenei sono dotati di autonomia ai sensi della legge 9 maggio 1989 n. 168.

La loro capacità, come già sopra riportato, si estrinseca nella potestà statuaria e regolamentare⁽⁴⁷⁾ sotto forma di autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile⁽⁴⁸⁾.

La ragione per cui una università può partecipare o dar vita ad una società risiede, allora, nella possibilità che proprio attraverso nuovi soggetti partecipati dall'ateneo si realizza la gestione di servizi universitari, o comunque un servizio qualitativamente migliore delle attività strumentali ai fini istituzionali.

⁽⁴⁶⁾ Articolo 2: “le norme del presente testo unico disciplinano la formazione, il rilascio, la tenuta e la conservazione, la gestione, la trasmissione di atti e documenti da parte di organi della pubblica amministrazione: disciplinano altresì la produzione di atti e documenti agli organi della pubblica amministrazione nonché ai gestori di pubblici servizi, nei rapporti tra loro e in quelli con l'utenza e ai privati che vi consentono. Le norme concernenti i documenti informatici e la firma digitale, contenute nel capo II, si applicano anche nei rapporti tra privati come previsto dall'articolo 15, comma 2 della legge 15 marzo 1997, n. 59”.

⁽⁴⁷⁾ La competenza ad emanare statuti e regolamenti è del Senato accademico in quanto mai emanata da parte dello stato la normativa particolareggiata in tema di autonomia. Prevedeva, infatti, l'art. 16 della legge 168/98 che durante il periodo di approvazione della legge sull'autonomia la competenza per la loro emanazione era del Rettore con decreto. Si prevedeva altresì che comunque qualora la legge particolareggiata sull'autonomie non fosse stata approvata entro un anno dall'entrata in vigore della normativa istitutiva del MIUR la competenza sarebbe passata al Senato accademico, integrato per i lavori con i rappresentati della diverse componenti delle realtà universitarie. E' quindi tutt'ora del Senato non essendo mai intervenuta la normativa prevista dall'art. 6, comma 8, l. 168/89. Si veda per esempio, di come l'autonomia si realizza l'art. 54 (“autonomia negoziale”) del RAFC dell'Università di Perugia: “l'Università ha piena autonomia negoziale e può stipulare contratti e convenzioni di ogni tipo per perseguire le proprie finalità istituzionali”.

⁽⁴⁸⁾ Il contenuto del citato art. 6 della legge 168/1989 costituisce la principale e compiuta realizzazione della riconosciuta autonomia universitaria, realizzando ancora oggi il maggiore riferimento. In realtà proprio il medesimo articolo 6, suo comma 8 (*La legge di attuazione dei principi di autonomia di cui al presente articolo stabilisce termini e limiti dell'autonomia delle università, quanto all'assunzione e alla gestione del personale non docente*) contiene espresso riferimento all'approvazione di apposita legge sull'autonomia, che avrebbe dovuto esplicare in modo esplicito i principi propri dell'autonomia. Approvazione di una legge che fosse in grado di dare attuazione in modo esplicito al dettato costituzionale, ma che oggi - a circa 10 anni dall'entrata in vigore della L. 168/1989 - può dirsi un appuntamento mancato.

In forza del ruolo rivestito dall'università potranno essere inserite nel contratto di società – nel quale la partecipazione potrà essere maggioritaria o minoritaria – previsioni volte a rafforzare la tutela degli interessi pubblici da essa perseguiti.

Questo non significa che non sussistano dei limiti per gli atenei alla partecipazione a società, seppur come eccezioni rispetto alla regola.

Esistono impedimenti in capo alle università per la costituzione o la partecipazione ad una società solo se a ciò conseguia l'elusione dei divieti normativi concernenti le attribuzioni dell'ente; ovvero di norme precettive di carattere procedurale che sono poste a garanzia di un corretto uso delle risorse pubbliche affidate agli atenei, sì che si verifichi uno spoglio, totale o parziale, dei compiti istituzionali che derivano dall'esercizio di pubbliche funzioni ad esse affidate⁽⁴⁹⁾.

Quanto detto costituisce il limite generale oltre il quale la costituzione di società per gli atenei non è consentita.

Esistono, poi, limiti particolari, seppur circoscritti alle previsioni di cui all'art. 91 bis dPR cit.⁽⁵⁰⁾, relativamente alla partecipazione dell'università a consorzi o società di capitali diretti alla progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico, ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1° dicembre 1983, n. 651⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Si veda sul punto Corte dei Conti, sez. contr. Enti, 86/883, *Nuova giust. civ. comm.*, 87, 141. Va tenuto comunque in considerazione, secondo Cass. 77/5245, che “i caratteri distintivi dell'ente pubblico non stanno nelle finalità da esso perseguiti, dal momento che alcuni enti, sicuramente privati, persegono finalità a cui tende lo stato stesso mentre quest'ultimo svolge anche attività privatistiche, ma sono dati in modo preminente dalla titolarità di pubblici poteri, di auto-organizzazione, di certificazione e di autotutela, dalla operatività necessaria, ossia dall'impossibilità che i suoi compiti vengano espletati da altri soggetti che non siano altri enti pubblici ad essi preposti, e dall'impossibilità che l'ente stesso fallisca o si estingua per propria volontà, nonché dal controllo e dall'ingerenza dello stato o di altri enti pubblici sulla formazione della sua volontà”.

⁽⁵⁰⁾ Articolo aggiunto dall'art. 13 della legge n. 705/85.

⁽⁵¹⁾ Il d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, avente oggetto il “riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica” ha permesso di superare il limite che notoriamente aveva impedito alle Università di partecipare a società. Il riferito limite era stigmatizzabile nel dato che nell'ipotesi di ricerca universitaria l'interesse pubblico veniva fatto coincidere non con la necessarietà di svolgere una attività di ricerca che potesse dirsi pura e finalizzata alla didattica. Negli anni il concetto delle finalità istituzionali delle Università si è andato evolvendo e si è arrivati ad una rinnovata visione della ricerca che “ne valorizza sempre più l'aspetto sperimentale ed applicativo”. Tale evoluzione ha fatto cadere poco alla volta gli ostacoli alla partecipazione universitaria a società. In tal senso è intervento l'art. 91-bis dPR cit., per il quale è possibile la partecipazione dell'Università a consorzi o società di capitali la progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico. Si legga DUGATO,

Nel caso in esame la partecipazione è condizionata al rispetto di alcune regole che stigmatizzano operativamente la funzione sociale che è chiamato a svolgere l'ateneo.

L'adesione dell'università alla società, pertanto, sarà possibile a condizione che la sua partecipazione sia rappresentata da esclusivo apporto di opera scientifica; l'atto costitutivo preveda l'esclusione per esse da eventuali obblighi dei soci di versare contributi in denaro e che gli utili non vengano ripartiti, ma reinvestiti per finalità di carattere scientifico; sia assicurata la partecipazione paritaria dell'università nell'impostazione dei programmi di ricerca; le relative iniziative fruiscono di finanziamenti non inferiori alla metà da parte di organismi pubblici nazionali, internazionali o esteri ed ogni eventuale emolumento corrisposto ai professori universitari o ricercatori che facciano parte degli organi sociali sia versato alle università di appartenenza.

Il già citato articolo 66 stabilirà le modalità di corresponsione dei proventi derivanti da eventuali contratti di ricerca o consulenza richiesti agli atenei. Sarà obbligo dell'università destinare a fini di ricerca gli eventuali utili⁽⁵²⁾.

L'art. 91-bis cit. prevede, quindi, il divieto per le università di effettuare apporti al capitale sociale diversi dalla prestazione di opera scientifica.

La previsione in esame è stata dettata al fine di ridurre i rischi economici dell'università alla partecipazione societaria, ma nel contempo pone il problema del suo coordinamento con le previsioni codicistiche in materia di conferimenti alle società di capitali.

La questione che si pone è quella di quale forma debba assumere la società *partecipata* dall'ateneo in ragione della modalità con cui questo è chiamato ad effettuare il suo conferimento.

Le università possono con sicurezza partecipare a società di capitali a responsabilità limitata.

L'art. 2464 c.c., infatti, prevede come possano essere oggetto di conferimento anche le prestazioni d'opera o di servizi.

Al contrario l'art. 2342 c.c., così come modificato dal d.P.R. 1986 n. 30, prevede che la partecipazione ad una società di capitali possa avvenire solo attraverso il conferimento di danaro, di beni in natura e di crediti, escludendo che le prestazioni di opera e servizi possano formare oggetto di conferimento.

Il d.P.R. n. 30/1986, modificando l'art. 2342 c.c., ha previsto accanto al conferimento di denaro anche il conferimento in natura e di crediti, ed ha escluso nel contempo il conferimento mediante prestazioni di opera o di servizi.

L'art. 91-bis cit., stabilendo che i conferimenti da parte dell'Ateneo avvengano esclusivamente mediante attività scientifica, si pone in termini di

La partecipazione dell'università a società di capitali: il caso dell'Università degli Studi di Bologna, in *Contratto e Impresa*, 2, Padova, 1995, 701.

⁽⁵²⁾ Sull'argomento DE ANGELIS, *L'associazione a fini di ricerca scientifica: forme giuridiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 601.

specialità rispetto alle previsioni codistiche dettate in materia di società per azioni.

La lettura comunemente accolta fa dell'art. 2342 c.c norma generale di il-limitata applicabilità. Con essa, infatti, si sono introdotte modifiche imperative ad un articolo del codice civile che rendono non applicabile il principio della prevalenza della legge speciale – normativa universitaria – sulla legge generale posteriore, essendo quest'ultima di portata generalissima.

In ogni caso limite alle partecipazioni a società di capitali, derivante dalla modalità con cui l'università è chiamata ad effettuare i conferimenti, è destinato ad operare in modo circoscritto alla sola presenza di un ateneo all'interno di società di capitali dirette alla progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca, e non relativamente ad ogni possibile partecipazione societaria di un ateneo.

L'art. 91-bis cit., infatti, non è norma di portata generale alla quale attingere per regolare qualsiasi forma di partecipazione universitaria a società.

La disciplina in essa contenuta è limitata a regolare solo la partecipazione degli atenei a società aventi quale scopo sociale quello della realizzazione di programmi di ricerca applicata e di sviluppo scientifico e tecnologico ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1° dicembre 1983, n. 651.

Fuori dal settore di riferimento della norma in esame, rimane ferma la possibilità per le università di utilizzare tutti gli strumenti associativi previsti dal codice civile per il perseguitamento dei propri fini istituzionali, al pari di ogni altra amministrazione pubblica⁵³.

Tale considerazione finale è rafforzata dalla stessa disciplina normativa degli *spin-off* universitari.

Il d.lgs. del 27 luglio 1999 n. 297, disciplinando gli interventi di sostegno alla ricerca industriale, alla formazione e alla diffusione delle tecnologie derivate, afferma che i soggetti destinatari dei riferiti interventi sono società, consorzi e società consortili costituite da imprese e centri di ricerca, nonché università.

Delle tipologie di società disciplinate dal decreto legislativo richiamato, dal D.M. 8 agosto 2000 che al precedente a dato attuazione, nonché dai regolamenti degli *spin-off* dei singoli atenei, la tipologia di imprese *spin-off* rilevanti ai fini del presente discorso sono quelle in cui l'ateneo è titolare di quote di partecipazione come socio proponente o come socio partecipante al progetto, su richiesta del proprio personale docente.

Va immediatamente rilevato come il citato articolo 2 nella sua lettera d), sottolinei significativamente che si può ipotizzare la partecipazione di università o enti di ricerca a società, consorzi e società consortili *comunque questi siano costituiti*.

⁽⁵³⁾ Cfr. DUGATO, *La partecipazione dell'Università a società di capitali: il caso dell'Università degli Studi di Bologna*, cit., 705, il quale ricorda che diversamente si impedirebbe all'università come ente pubblico di fare ciò che ogni amministrazione può fare.

Appare chiaro che detta affermazione apre la possibilità per le università, così come per gli enti di ricerca, di scegliere qualsiasi forma giuridica per la costituzione di organismi di diritto privato, e ciò senza alcuna limitazione

L'analisi di alcuni regolamenti in materia, adottati da diverse università, confermano la lettura data della legge. Si faccia riferimento ad esempio al Regolamento dell'Ateneo perugino sugli *spin-off* universitari⁽⁵⁴⁾ che la suo articolo 1, secondo comma, definisce *spin-off* le società per azioni o a responsabilità limitata aventi per scopo l'utilizzazione imprenditoriale, in contesti innovativi, dei risultati della ricerca e lo sviluppo di nuovi prodotti o servizi (quindi *spin-off* come strutture dirette all'esercizio in maniera professionale di un'attività economica organizzata alla produzione o allo scambio di beni e servizi).

Le società – *spin-off* universitari sono pertanto organismi di diritto privato che non perdono affatto la loro natura in forza della partecipazione dell'ateneo, nonostante – anche in questo caso – il possibile inserimento di norme di salvaguardia dell'ente nell'atto istitutivo o nello statuto.

Si può anzi affermare che la scelta di costituire dette organizzazioni in forma di società di capitali, comprese quelle per azioni, sia proprio strumento diretto a salvaguardare l'ente partecipante, in ragione della patrimonialità perfetta che le caratterizza.

Va comunque rilevato come sia *policromo* il sistema dei rapporti di collaborazione nella ricerca scientifica. In detto settore, infatti, esiste un ricorso a diverse forme contrattuali, scelte spesso perché non danno luogo a centri di rapporti o di interessi giuridici autonomi rispetto agli stessi soggetti che vi partecipano. È il caso ad esempio dell'associazioni in partecipazione (art. 2549 c.c.), dei consorzi con attività interna (art. 2602 c.c.) così come del diffusissimo fenomeno dell'associazioni temporanee di impresa⁽⁵⁵⁾.

Parimenti vi è un assoluto ricorso a contratti atipici per disciplinare i rapporti tra soggetti che partecipano ad una attività di ricerca.

Di solito ciò avviene per determinare liberamente il contenuto del rapporto e per non incorrere nei presunti limiti che si pensano caratterizzare l'ingresso di un ateneo in una società. Ma non sempre la scelta che appare meno impegnativa è sempre la più adeguata. Basti a tal proposito ricordare come l'utilizzo di accordi associativi implichi il ricorso a schemi giuridici non sempre adeguati proprio a tutelare l'ente partecipante. Si pensi alla disciplina delle associazioni non riconosciute, di cui agli art. 14 ss cc., in termini gestione del potere, determinazione e competenze degli organi sociali, così come di garanzie per i terzi, nonché della stessa impossibilità di bilanciare gli interessi dei partecipanti, compresi quelli di cui sono portatori

⁽⁵⁴⁾ L'università degli studi di Perugia in attuazione al d.lgs. n. 297/99 ha emanato il d.r. n. 620 del 19.03.2003 e sue successive modifiche.

⁽⁵⁵⁾ Disciplinate per la prima volta relativamente al sistema di partecipazione degli appalti pubblici con la L. 8 agosto 1977, n. 584.

i soggetti pubblici, attraverso il principio del *una testa-un voto* tipico dello svolgimento dell'attività assembleare nelle associazioni⁽⁵⁶⁾.

In questo ambito è, altresì, assolutamente variegato il panorama degli schemi di diritto privato utilizzati per lo svolgimento di attività scientifica consortile in collaborazione, aventi rilevanza soggettiva esterna.

Si possono, così, trattare le forme del consorzio-associazione disciplinato dal libro primo del codice civile, nonché del consorzio per il coordinamento della produzione e degli scambi di cui al libro IV del codice civile, al quale è assimilabile il ricorso alla disciplina del Gruppo Europeo di Interesse Economico⁽⁵⁷⁾. Il Gruppo, infatti, al pari del consorzio di cui all'art. 2612 ss. c.c. ha rilevanza esterna, ma è privo dello scopo di lucro. Il G.E.I.E. è, precisamente, un contratto a causa associativa, concluso tra almeno due persone fisiche o giuridiche, che sviluppano la loro attività in due diversi paesi comunitari⁽⁵⁸⁾ o che in essi hanno la loro sede legale o l'amministrazione. Il Gruppo possiede capacità giuridica⁽⁵⁹⁾, in quanto ha la possibilità riconosciuta dalle norme di essere titolare a proprio nome "di diritti e di obbligazioni di qualsiasi natura, di stipulare contratti o di compiere altri atti giuridici e di stare in giudizio"⁽⁶⁰⁾, per agevolare e sviluppare l'attività economica dei suoi membri, migliorare o aumentare i risultati di questa attività.

L'attività del G.E.I.E. è connessa a quella "economica dei suoi membri e può avere soltanto un carattere ausiliario rispetto a quest'ultima"⁽⁶¹⁾. Pur non essendo una società il Gruppo è comunque soggetto alle forme della pubblicità nel registro dell'impresa ed ha obblighi contabili⁽⁶²⁾.

Si fa così ricorso al G.E.I.E. soprattutto in tema di progetti di ricerca finanziati dall'Unione europea di durata limitata, e privi di scopo di lucro.

Di solito la scelta tra le diverse forme organizzative sopra riportate è dettata dalla finalità dell'attività di ricerca.

Ai sensi delle norme del codice civile, infatti, è consorzio quello al quale partecipa un'azienda pubblica con altri imprenditori privati, ma anche quello al quale partecipa un ente pubblico non economico – come può essere un

⁽⁵⁶⁾ Rileva detto problema RIZZUTO, *L'organizzazione consortile nel settore della ricerca scientifica e tecnologica*, in *Cont. e imp.*, 2000, 733.

⁽⁵⁷⁾ Istituito con il regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985. In Italia l'attuazione del regolamento n. 2137/85 è avvenuta con d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240.

⁽⁵⁸⁾ Art. 4, par. 2, regolamento 2137/85.

⁽⁵⁹⁾ Così CIPPITANI, *i soggetti del mercato interno*, in PALAZZO e SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 60.

⁽⁶⁰⁾ Art. 1, par. 2, regolamento n. 2137/85.

⁽⁶¹⁾ Cfr. art. 3, par. 1, regolamento n. 2137/85.

⁽⁶²⁾ Relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (G.E.I.E.), in G.U.C.E. n. L 199 del 31 luglio 1985, pp. 1-9. Il regolamento n. 2137 disciplina il contenuto del contratto che istituisce il Gruppo (art. 5), la registrazione (art. 6) e le forme di pubblicità degli atti (articoli 7 ss.) - il tutto con il richiamo delle direttive in materia di società – gli organi (art. 16), e altre disposizioni relative al funzionamento e la chiusura.

ente di ricerca - quando il consorzio è chiamato a svolgere un'attività di impresa anche marginale rispetto ai propri compiti istituzionali.

È l'ipotesi, per esempio, di un ente di ricerca che al fine di ridurre i propri costi di gestione o conseguire entrate, prende parte ad un appalto insieme ad altri imprenditori per lo svolgimento di un servizio, la realizzazione di un'opera o di un progetto dietro corrispettivo.

In questi casi l'ente pubblico non economico svolge un'attività come operatore economico per il quale riceve una retribuzione sulla scorta del prezzo di mercato.

Se al contrario il consorzio viene costituito al fine di realizzare una forma di collaborazione intergrata, strettamente connessa alle finalità istituzionali che l'ente è chiamata a realizzare, il legame con fini istituzionali incide profondamente sullo scopo del consorzio, così come spesso anche sulla formulazione dello statuto attraverso, ad esempio, la previsione in quest'ultimo di riserva di nomina alla pubblica amministrazione di cariche all'interno degli organi consortili oppure la previsione di una forma di controllo da parte della stessa amministrazione.

Sarà privilegiato l'istituto del consorzio-associazione, allora, quando la volontà dei partecipanti ad un progetto sarà quella di realizzare una attività di ricerca non commerciale, erogativa, divulgativa e soprattutto con risultati non riservati. L'eventuale svolgimento di attività di ricerca imprenditoriale dovrebbe rimanere marginale.

Nel caso in cui l'attività di ricerca è imperniata sull'utilizzabilità di risultati di ricerca riservati e destinati a rimanere nell'ambito dell'impresa consorziate, lo strumento giuridico utilizzabile sarà quello di cui agli articoli 2612 s.s. c.c. per i consorzi con attività esterna, nonché quello delle società consortili di cui all'art. 2615-ter c.c.

In questi casi, infatti, l'attività di ricerca costituisce una fase dell'attività d'impresa.

Il problema della presenza di un ateneo o di un ente di ricerca in una società consortile ha una sua innegabile rilevanza⁶³. Sono numerose, infatti, le disposizioni di legge che prevedono la partecipazione di enti di ricerca ed università a consorzi per lo svolgimento di attività di ricerca, e che a tal fine promuovo la costituzione di consorzi misti o società consortili⁶⁴.

⁽⁶³⁾ Pur non essendo possibile affrontare in questa sede la questione relativa ai consorzi misti e soprattutto risolvere il dubbio circa la loro natura imprenditoriale o meno, quel che è certo è che l'eventuale partecipazione di un ente pubblico ad un consorzio misto non implica necessariamente il venir meno, solo per questo fatto, della eventuale natura imprenditoriale dello stesso.

⁽⁶⁴⁾ Il riferimento può essere fatto a L. 25 ottobre 1965, n. 1089, art. 4; L. 2 maggio 1976, n. 183; L. 21 maggio 1981, n. 240, art. 6, lett. g) e art. 17; L. 17 febbraio 1982, n. 46, art. 2; D.M. 1 settembre 1989, art. 2, L. 5 ottobre 1991, n. 317, art. 27; L. 29 marzo 1995, n. 95, art. 3; L. 24 giugno 1997, n. 196 e successive disposizioni di attuazione D.M. del M.U.R.S.T. 1 dicembre 1997; d.lgs. 27 luglio 1999, n. 297; nonché

L'art. 2615-ter c.c. tratta infatti la questione delle società consortili. Per quest'ultime, specificamente, si ripropone il problema iniziale della presenza per gli atenei di eventuali limiti alla partecipazioni a società. L'articolo richiamato, infatti, rinvia – anche se con una disciplina più dettagliata – alle figure della s.n.c. e della s.p.a..

Queste forme di società nel caso di atenei ed enti di ricerca sono di solito previste da disposizioni di legge specifiche.

Non è pacifica in giurisprudenza l'ammissibilità di società consortili miste con atenei e enti di ricerca fuori dei casi e requisiti appositamente stabiliti da norme specifiche⁽⁶⁵⁾.

Di fronte alla possibilità di istituire società consortili il problema dei limiti, pertanto, si pone in una duplice direzione: da un lato i possibili limiti rinvenibili nelle disposizioni specifiche che trattano l'autorizzazione alla partecipazione degli atenei e degli enti di ricerca a siffatte tipologie di società; dall'altro nella possibilità per questi di partecipare a società consortili fuori dei casi stabiliti dall'apposita normativa di settore.

La prima problematica in realtà ruota attorno alla previsione di cui all'art. 91-bis citato. Ed anche nell'ipotesi di società consortili possono essere assunte le stesse conclusioni alle quali si è giunti relativamente alla partecipazioni degli atenei e degli enti di ricerca alle società di capitali.

Relativamente al secondo possibile limite rintracciabile nella impossibilità di costituire società consortili a partecipazione mista fuori dei casi previsti per legge, in realtà ciò non può essere aprioristicamente esclusa.

Si può affermare da una lettura della norme che in materia prevedono la costituzione di società consortili con la presenza di atenei ed enti di ricerca che i requisiti della composizione soggettiva delle società consortili miste previste nelle norme speciali rispetto alle previsioni codifiche, sono imposte al fine di poter usufruire delle agevolazioni stabilite dalla norma (fiscali o altro).

Non avvalendosi delle possibili agevolazioni sancite dalle singole disposizioni di legge, ben può ammettersi la costituzione, da parte di atenei e enti di ricerca, di società consortili miste fuori dai casi sopra riferiti⁽⁶⁶⁾, con il solo limite del rispetto della funzione pubblica da essi esercitata.

R.D. 31 agosto 1933 , n. 1592, art. 60 mai esplicitatamente abrogato, naturalmente il d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, art. 91 e art. 91-bis; L. 28 marzo 1991, n. 113; D. M. del M.U.R.S.T 17 maggio 1996, 18 giugno 1997, 27 marzo 1998.

⁽⁶⁵⁾ Si veda in questo senso Trib. Napoli, 8 aprile 1989, in *Riv. dir. impresa*, 1989, 73, con nota di VOLPE PUTZOLU, *Società consortili tra non imprenditori*; nonché Trib. Milano, 17 giugno 1982, in *Società*, 1983, 33; e Trib. Milano, 24 gennaio 1984, in *ivi*, 1984, 689.

⁽⁶⁶⁾ Si legga SPOLIDORO, *La società consortile*, Milano, 1984, 68 ss; BARCELLONA, *La costituzione di consorzi misti*, in *Società*, 1991, 23, nonché specificamente sull'argomento RIZZUTO, *L'organizzazione consortile nel settore della ricerca scientifica e tecnologica*, in *Cont. e imp.*, 2000, 737.

5. Università e pubblici appalti.

Come anticipato, discende dalla nozione di imprenditore di cui all'art.2082 c.c il possibile limite della partecipazione ai pubblici appalti dell'università.

Perché detta lettura possa trovare giustificazione è necessario interrogarsi e verificare di conseguenza se la normativa sugli appalti utilizzi la nozione di "operatore economico" e di "imprenditore" desumibile dal codice del 1942.

L'articolo 2082 c.c. fonda la definizione di impresa sugli elementi della "professionalità" e della "soggettività", infatti l'impresa è l'attività economica svolta in modo abituale da alcuni soggetti. La legge li identifica formalmente. Le persone fisiche che svolgono abitualmente un'attività economica sono qualificate imprenditori, distinte nettamente da coloro che esercitano una professione intellettuale. Per le persone giuridiche sono imprese le società commerciali. Il codice del 1942 esclude invece che altri soggetti, come associazioni, fondazioni o enti pubblici, possano svolgere attività di impresa, salvo che questa avvenga occasionalmente. Lo svolgimento di una attività d'impresa contrasterebbe, infatti, con le finalità che sono loro proprie.

La definizione di impresa, o meglio di imprenditore che emerge dal nostro codice civile, non coincide con quella di provenienza comunitaria. Ciò è tanto più importante se si riflette che per l'interpretazione della disciplina sugli appalti pubblici l'ordinamento comunitario costituisce il sistema di riferimento.

È impresa, infatti, per il supremo organo giurisdizionale comunitario "qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità"⁽⁶⁷⁾.

La vendita di beni e servizi in un mercato determinato, compresi i servizi che discendono dall'esercizio delle professioni intellettuali è per la giurisprudenza comunitaria "attività economica"⁽⁶⁸⁾.

Tale affermazione dilata necessariamente i possibili soggetti che possono essere chiamati ad esercitare una attività d'impresa: è il dato oggettivo dell'attività che si svolge l'elemento qualificante, non certo l'abituale o la professionalità con cui questa avviene.

⁽⁶⁷⁾ Corte di giustizia, 23 aprile 1991, *Höfner et Elser / Macrotron*, C-41/90, in *Racc.*, 1991, I-1979. La giurisprudenza sul concetto di impresa per il diritto comunitario è vasta. Tra le più recenti v., per esempio, Corte di giustizia, 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband e altri*, nelle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, in *Racc.*, 2004, I-2493; Id. 22 maggio 2003, *Freskot*, C-355/00, in *Racc.*, 2003, p. I-5263 ; Id. 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris / Commissione*, C-82/01, in *Racc.*, 2002, I-9297; Id. 19 febbraio 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, in *Racc.*, 2002, I-1577; Id. 22 gennaio 2002, *Cisal*, C-218/00, in *Racc.*, 2002, I-691. Per la dottrina v. Di VIA, *L'impresa*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, II, 54 ss.

⁽⁶⁸⁾ Corte di giustizia, 12 settembre 2000, *Pavlov e altri*, cause riunite C-180/98 e C-184/98, in *Racc.*, 2000, I-6451.

Su tale presupposto la Corte di giustizia ha considerato imprese non solo le società, comprese quelle cooperative⁽⁶⁹⁾, ma anche le associazioni⁽⁷⁰⁾, le imprese pubbliche o a partecipazione pubblica⁽⁷¹⁾ e le associazioni di categoria tra imprese⁽⁷²⁾.

L'estrema duttilità di questa definizione⁽⁷³⁾ ha permesso di estendere anche a coloro che svolgono professioni intellettuali la definizione di impresa. È il caso delle sentenze sugli agenti immobiliari, periti assicurativi⁽⁷⁴⁾, medici specialisti⁽⁷⁵⁾, avvocati⁽⁷⁶⁾ e spedizionieri⁽⁷⁷⁾.

Le stesse istituzioni nei loro documenti mutuano la definizione d'impresa elaborata dalla giurisprudenza.

Il riferimento è ad esempio alla raccomandazione del 6 maggio 2003, C(2003) 1422 def., emanata dalla Commissione che definisce il concetto di "piccola e media impresa". L'art. 1 dell'allegato alla raccomandazione, infatti, stabilisce come si consideri impresa "ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica."

⁽⁶⁹⁾ Corte di giustizia, 25 marzo 1981, *Cooperative Stremsel-en Kleusel-fabriek / Commissione*, 61/80, in *Racc.*, 1981, I-3851.

⁽⁷⁰⁾ Decisione della Commissione 92/521/CEE del 27 ottobre 1992, *Distribuzione dei pacchetti turistici Cappa Mondiali* 1990, in *G.U.C.E. L* 326, 31.

⁽⁷¹⁾ Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris / Commissione*, T-128/98, in *Racc.*, 2000, II-3929, punti 106-130.

⁽⁷²⁾ Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, *Wouters e altri*, C-309-99, in *Racc.* 2002, I-1577, punto 50 ss.

⁽⁷³⁾ L'espressione calzante è di CIPPITANI, *op. cit.*, 60.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. AGCM, 25 marzo 2004, *Guardia di Finanza c. Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali*, in *Boll.* n. 13/2004 e AGCM, 15 luglio 2004, *Tariffe dei periti assicurativi*, in *Boll.* n. 29/2004.

⁽⁷⁵⁾ Corte di giustizia 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e aaltri / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, in *Racc.*, 2000, I-6451, punto 77.

⁽⁷⁶⁾ Per quanto concerne gli avvocati, la stessa Corte ha di recente affermato che essi svolgono attività economica e, pertanto, costituiscono impresa, in quanto offrono, dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale consistenti nella predisposizione di pareri, di contratti o di altri atti, nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio. Inoltre, essi assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività poiché, in caso di squilibrio tra le spese e le entrate, l'avvocato deve sopportare direttamente l'onere dei disavanzi. V. Corte di giustizia 19 febbraio 2002, *Wouters, e altri*, *cit.*, punto 48.

⁽⁷⁷⁾ Per quanto riguarda gli spedizionieri, la Corte di Giustizia ha specificato come il fatto che "l'attività di spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani, non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE [ora, artt. 81 e 82]." Corte di giustizia, 18 giugno 1998, *Commissione / Italia*, C-35/96, in *Racc.*, 1998, I-3851, punto 38.

Ad ulteriore chiarificazione dell'indirizzo della Corte in meta di definizione di impresa, è doveroso ricordare come sia estraneo alle fonti comunitarie l'intento lucrativo perché una attività sia definibile attività d'impresa. Ed infatti l'art. 48 Trattato CE riconosce espressamente come società quelle cooperative, alle quali le legislazioni nazionali non attribuiscono alcun carattere lucrativo.

Le fonti comunitarie derivate, inoltre, evidenziano proprio come le cooperative realizzino imprese ad economia sociale⁽⁷⁸⁾ al pari di associazioni, fondazioni e mutue⁽⁷⁹⁾, il cui obiettivo primario è quello di "fornire servizi ai propri membri o a una comunità più ampia" e non preseguire come scopo principale la realizzazione di un profitto⁸⁰.

Dall'attività giurisprudenziale della Corte di giustizia emerge chiaramente come anche le università possano considerarsi imprese nel momento in cui queste svolgano attività di produzione di servizi, anche qualora ciò si realizzi senza alcun scopo di lucro. Nel momento in cui un'università produce servizi pur prescindendo dallo scopo di lucro e dall'occasionalità con cui questo avviene, essa svolge una attività d'impresa.

Parimenti non possono essere desunti limiti alla partecipazione agli

⁽⁷⁸⁾ V. il Libro verde della Commissione, "L'imprenditorialità in Europa", COM(2003) 27, del 21 gennaio 2003.

⁽⁷⁹⁾ Sull'importanza dell'economia sociale v. anche le conclusioni del Consiglio europeo di Lussemburgo del novembre 1997; l'istituzione della nuova voce di bilancio "terzo settore e impiego", per opera del Parlamento; i libri bianchi della Commissione sulle cooperative e le mutue; la Comunicazione della Commissione "Promuovere il ruolo delle fondazioni e delle organizzazioni di volontariato in Europa" (in questa comunicazione la Commissione propone una serie di provvedimenti per sostenere l'economia sociale: acquisizione di competenze adeguate per la comprensione del settore; adozione di forme di partnariato, nonché regimi fiscali e giuridici favorevoli; formazione degli operatori; migliore accesso ai fondi strutturali); il nuovo regolamento FSE, che all'art. 3, par. 1, lettera d) fa riferimento alla possibilità di destinare i fondi ad attività che rientrano nell'economia sociale, il parere del Comitato economico del 2 marzo 2000, sul tema "L'economia sociale ed il mercato unico".

⁽⁸⁰⁾ V. la Comunicazione della Commissione sulla promozione delle società cooperative in Europa, COM (2004) 18, del 23 febbraio 2004, che così individua i caratteri delle cooperative europee: "le cooperative operano nell'interesse dei loro membri, che sono al tempo stesso utilizzatori, e non sono gestite nell'interesse di investitori esterni. I profitti sono percepiti dai membri in proporzione alle loro transazioni con la cooperativa; le riserve e gli attivi sono detenuti in comune, non sono distribuibili e sono utilizzati nell'interesse comune dei membri. Poiché i legami personali tra i membri sono di norma stretti e importanti, le nuove adesioni sono soggette ad un'approvazione, mentre il diritto di voto non è necessariamente proporzionale alla quota detenuta (una persona, un voto). La dimissione di un membro conferisce a quest'ultimo il diritto al rimborso della quota e determina una riduzione del capitale. Tutte le cooperative agiscono nell'interesse economico dei loro membri e alcune di esse, inoltre, perseguono obiettivi sociali o ambientali più ampi, nell'interesse dei loro membri e nell'interesse collettivo più generale." (Introduzione, par. 1.1)

appalti da parte delle università dalla lettura restrittiva che spesso viene realizzata dell'art.34, d.lgs. 163/2006.

Si è ritenuto, infatti, così come sopra riportato, che dal novero degli "operatori economici" riportati nel citato articolo siano escluse proprio gli atenei, in quanto l'elenco di esso debba considerarsi tassativo.

La lettura considerata si ferma al dato letterale della norma, decontestualizzandola però dalla normativa del settore appalti al quale si riferisce. Se, infatti, dell'art. 34 cit. si ricostruisce, ai sensi dell'art. 12 prel., il significato attraverso la connessione con espressioni ivi contenute con le altre disposizioni del codice degli appalti, i risultati sono diversi da quelli sopra riportati.

L'art. 2, comma 6, del codice degli appalti, infatti, stabilisce che "gli "appalti pubblici" sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice". Ed ai sensi del successivo comma 22 per operatori economici devono intendersi, "l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi". Il comma 19 stabilisce che il termine "imprenditore" riguarda una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica.

Dal confronto tra le definizioni di cui all'art. 2 del codice sugli appalti e l'art. 34, non sembra che si possa affermare che quest'ultima disposizione è da intendersi in modo tassativo. Altrimenti non ci sarebbe stata alcuna necessità di stabilire che ai contratti pubblici possono partecipare operatori economici e cioè imprenditori in senso più generale; sarebbe infatti bastato il riferimento all'art. 34 dello stesso codice.

Inoltre, per pacifica giurisprudenza del giudice comunitario, il significato proprio di una fonte nazionale di recepimento va correttamente intesa ai sensi del diritto comunitario e specificamente della direttiva recepita. Per quanto detto l'elemento interpretativo più rilevante è quello che discende dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, alla luce delle quali vanno interpretate le disposizioni del codice sugli appalti. Gli atti di diritto derivato richiamati non contengono alcuna tassativa elencazione comparabile a quella del citato art. 34 (v. l'art. 4 delle direttive che, tra l'altro, è richiamato dalla sotto rubrica dell'art. 34) e fanno esclusivo riferimento alla nozione di operatore economico e di imprenditore.

Quest'ultimo concetto, lo si è visto, nel diritto comunitario riceve una definizione diversa da quella civilistica.

Va ricordato inoltre che la giurisprudenza, soprattutto amministrativa, tende normalmente a riconoscere a soggetti *no profit*, come enti di promozione sociale, le fondazioni, le associazioni senza finalità di lucro, la capacità di partecipare alle gare di appalto pubbliche, al pari di quanto si verifica per le imprese commerciali⁽⁸¹⁾.

⁽⁸¹⁾ Si veda *ex multis* T.A.R. Lazio sez. III *quater*, 18 luglio 2006, n. 5993, in *Sannità pubbl.*, 2006, 6, 79; nonché T.A.R. Emilia Romagna sez. II Bologna, 25

La posizione della giurisprudenza amministrativa trova radici lontane⁸². Da tempo infatti i giudici si sono pronunciati a favore dell'assoluta impossibilità di precludere la partecipazione a gare pubbliche ad organizzazioni non lucrative qualora queste siano capaci di offrire un servizio qualitativamente ed economicamente competitivo.

Sarebbe paradossale, quindi, sia alla luce della richiamata giurisprudenza nazionale che da tempo apre gli appalti ai c.d enti *no profit* e soprattutto della definizione di impresa proveniente dall'ordinamento comunitario, introdurre limiti alla partecipazione agli appalti degli atenei alla luce di una interpretazione dell'art. 34, d.lgs. 163/2006 realizzata in maniera avulsa dalla connessione con le altre norme di settore, comprese quelle comunitarie, contraria in questi termini alla stessa previsione di cui all'art. 12 delle preleggi.

6. La capacità negoziale delle università nel diritto comunitario.

Dalle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, si può osservare che il diritto comunitario ha ampliato il ruolo delle università nell'ordinamento e di conseguenza anche la loro capacità giuridica.

Come è accaduto per le persone fisiche, anche per i soggetti diversi il diritto comunitario prevede un riconoscimento più ampio, che non è legato allo svolgimento di una particolare attività economica, come parrebbe dalla sola lettura di disposizioni quali l'art. 48 Trattato CE (che sembrerebbe limitarsi alle società ed agli altri soggetti lucrativi).

Il diritto comunitario, infatti, prende in considerazione materie che spesso riguardano direttamente e indirettamente le università, quali la politica sociale (di cui all'art. 136 ss. Trattato CE)⁸³, la ricerca (articoli 163 ss. Trattato CE), l'istruzione e la formazione (articoli 149 ss. Trattato CE), la cultura (articoli 151 ss. Trattato CE), l'ambiente (articoli 174 ss. Trattato CE), lo sport (v. la dichiarazione n. 29 allegata all'Atto unico europeo).

Il ruolo delle università, in quanto enti che si occupano di istruzione, formazione e ricerca⁸⁴, è divenuto particolarmente importante nella cosid-

maggio 2005, n. 822, in *Mass. redazionale*, 2005 che fa operare il divieto solo per le associazioni di volontariato.

⁽⁸²⁾ Il riferimento è a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 1999, n. 108, in *TAR*, 1999, I, 878, ed a T.A.R. Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, in *Urb. appalti*, 2000, 11, 1249.

⁽⁸³⁾ V. la dichiarazione n. 23 allegata al Trattato di Maastricht “sulla cooperazione con le associazioni di solidarietà sociale”, secondo la quale: “la conferenza sottolinea l’importanza che riveste, per il perseguitamento degli obiettivi dell’art. 136 del trattato che istituisce la Comunità europea, una cooperazione tra quest’ultima e le associazioni e le fondazioni di solidarietà sociale, in quanto organismi responsabili di istituti e servizi sociali.

⁽⁸⁴⁾ L'università ha iscritto nel suo “patrimonio genetico” questo intreccio tra

detta “strategia di Lisbona”, nell’ambito della quale è particolarmente enfatizzato “Il ruolo delle università nella società della conoscenza”⁽⁸⁵⁾.

Questo nuovo ruolo è desumibile dalle fonti comunitarie e dalle riforme dell’istruzione a livello continentale (come il processo di Bologna e quello di Copenaghen)⁽⁸⁶⁾. Nel settore dell’istruzione e della formazione, il diritto comunitario esclude qualsiasi intervento armonizzatore da parte delle istituzioni dell’Unione. Gli stati membri conservano il potere esclusivo di decidere i percorsi educativi e di riconoscere i relativi titoli, soprattutto per quanto riguarda quelli emessi all’estero. Gli attuali processi di convergenza in materia di istruzione e formazione, ed in particolare il Processo di Bologna, prevedono però strumenti che consentono una leggibilità e una comparabilità dei titoli (*Diploma Supplement*, dei titoli di studio congiuntamente rilasciati dalle università, ma soprattutto il sistema di trasferimento dei crediti formativi, ECTS, *European Credit Transfer System*)⁽⁸⁷⁾. Questi strumenti sono attuati direttamente dalle università dei diversi paesi attraverso reciproci accordi, senza la necessità di un preventivo riconoscimento statuale. Gli accordi che attuano strumenti come l’ECTS o i titoli congiunti possono essere realizzati non solo a livello europeo, ma anche con paesi extra-europei. Programmi specifici dell’Unione (i programmi di cooperazione internazionale come *Tempus*, *Alfa*, *Erasmus Mundus*) danno supporto finanziario a tali accordi internazionali.

Nella costruzione della società della conoscenza, inoltre, le università sono il fulcro del cosiddetto “Spazio europeo della ricerca e dell’innovazione” (V. Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, “*Verso uno spazio europeo della ricerca*”, COM (2000) 6 del 18 gennaio 2000). In questa prospettiva le università europee sono i principali centri di elaborazione e valorizzazione della conoscenza, in collaborazione con gli altri atenei, gli enti pubblici e privati di ricerca pubblica, le imprese (art. 163 Trattato CE);

insegnamento e ricerca, come diceva RUBERTI, *L’Università tra memoria e futuro*, discorso tenuto all’Università di Roma “La Sapienza”, 8 novembre 1999.

⁽⁸⁵⁾ Comunicazione della Commissione, *The role of the universities in the Europe of knowledge*, COM(2003) 58 del 5 febbraio 2003.

⁽⁸⁶⁾ Il documento base del “Processo di Bologna” è una “dichiarazione” sottoscritta a Bologna nel giugno del 1999 da ventinove paesi europei (oggi sono diventati quaranta). Il “Processo di Bologna” prevede una revisione biennale degli obiettivi e l’individuazione di nuovi impegni, da realizzare in occasione di appositi vertici dei ministri competenti, e la costituzione di gruppi di lavoro. Gli obiettivi del “Processo di Bologna” sono tramutati in testi giuridici nazionali, adottati in applicazione delle particolari regole interne. In un modo similare si realizza il “Processo di Copenaghen”, in materia di formazione professionale, che si basa sulla dichiarazione del 30 novembre 2002.

⁽⁸⁷⁾ Per maggiori approfondimenti su tali temi, si rinvia a CIPPITANI, *L’Europa della conoscenza (la ricerca e l’educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in SEDIARI (a cura di), *Cultura dell’integrazione europea*, Torino, 2005, 81 ss.

a supporto di questa collaborazione sono previsti i programmi quadro (art. 164) e le altre iniziative.

L'azione comunitaria in queste materie presuppone il pieno riconoscimento della soggettività giuridica dei soggetti coinvolti nella partecipazione ai programmi, nella mobilità e nelle attività di collaborazione transfrontaliera.

Il processo di integrazione europeo, soprattutto per opera dei programmi di finanziamento e degli altri strumenti di intervento, presuppone una generale capacità negoziale delle università, come si è anticipato negli esempi dei capitoli precedenti.

Una importante conseguenza del diritto comunitario nell'attività negoziale delle università, è che, nell'ambito di sistemi nazionali, come quello italiano, basati sulla tipizzazione dei contratti, le fonti europee influenzano il giudizio di meritevolezza sui contratti. Si pensi, per esempio, agli accordi stipulati tra università, nel settore dell'educazione e della ricerca, che sono previsti dalle fonti europee, mentre sono spesso ignorati dalle normative nazionali o addirittura sottoposti a limiti. Tali accordi persegono interessi sicuramente meritevoli di tutela, proprio in ragione della considerazione che ricevono nelle fonti comunitarie e non potrebbero essere giudicati con sfavore nel diritto nazionale.

La capacità riconosciuta dal diritto comunitario alle università e agli enti di ricerca spesso amplia quella attribuita dagli ordinamenti nazionali.

7. Conclusioni

Discende dai principi generali dell'ordinamento giuridico il dato che le università siano dotate di generale capacità di diritto privato.

Ai singoli atenei, infatti, proprio in quanto persone giuridiche non si può non riconoscere piena capacità giuridica e capacità d'agire ai sensi dell'art. 33 della Costituzione, nonché dell'art. 11 del codice civile⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1933, 352: “se si accede alla tesi prevalente, secondo cui le persone giuridiche private nel nostro diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole. (...) Deroghe sussistono per singoli enti pubblici e per singoli tipi di enti pubblici, se e in quanto previste da norme espresse”. Sul punto CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, 218: “sulla questione della sussistenza in capo agli enti pubblici o alle pubbliche Amministrazioni (...) di una generale capacità di diritto privato, la risposta affermativa è da ritenersi un dato ormai acquisito in dottrina; e anche in giurisprudenza”, con ampio riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza in materia. In particolare merita un richiamo la decisione del Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374; si veda anche MONTEGORI, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in www.Giustizia-amministrativa.it, il quale evidenzia che: “sul punto la giurisprudenza amministrativa dopo una notevole chiusura, e ripetute oscillazioni, sembra

L'ente pubblico, quale persona giuridica, è dotato di autonomia negoziale riconosciuta dall'ordinamento ad ogni soggetto, la cui natura, pubblica o privata, è indifferente ai fini del riconoscimento di detta capacità generale di diritto privato.

La capacità di diritto privato propria delle università si realizza nella partecipazione - al pari di qualsiasi ente pubblico - ad organismi di diritto privato e nella stipula di negozi giuridici di tale natura.

Anche per le università vale il principio per il quale un ente pubblico, prima che di essere pubblico, è in ogni caso un *ente*, un soggetto giuridico come un qualsiasi soggetto di diritto privato, per cui il carattere pubblicistico non può costituire un *minus* rispetto alla normale capacità di diritto privato rappresentando, al contrario, ed eventualmente, un'espansione della capacità giuridica⁽⁸⁹⁾.

Per tale ragione, gli atenei – come più in generale gli enti pubblici - sono legittimati a far ricorso agli strumenti del diritto privato ogni volta che a ciò non vi sia un espresso divieto in tal senso posto dal legislatore⁽⁹⁰⁾.

Da quanto sopra riferito discende che le università proprio perché enti pubblici possono disporre di tutti gli strumenti che l'ordinamento giuridico possiede al fine di raggiungere i propri scopi.

Se il ricorso agli strumenti privatistici discende direttamente dai principi generali dell'ordinamento, allora l'università potrà farvi riferimento per il perseguimento dei propri scopi anche in maniera alternativa rispetto ai modelli autoritativi. E sicuramente, comunque, prescindendo dall'esistenza di una norma che di volta in volta legittimi ed autorizzi l'ente all'abbandono dell'attività provvedimentale⁽⁹¹⁾.

Il ricorso agli strumenti offerti dal diritto privato, quindi, non solo è possibile, ma è anche lecita quando ciò è strumentale alla realizzazione dei fini che sono propri dell'amministrazione pubblica⁽⁹²⁾.

orientata nel senso del riconoscimento pieno della capacità generale alle persone giuridiche pubbliche, allineando la loro posizione a quella delle persone giuridiche private". Come riferimento normativo art. 1, comma 1 bis, della legge n. 241/1990.

⁽⁸⁹⁾ Così DUGATO, *op. cit.*, 704. Sull'argomento si veda PIRAINO, *La capacità dell'ente pubblico nell'evoluzione dei moduli dell'azione amministrativa*, in *Nuova rass.*, 20, 2000, 2117 ss.

⁽⁹⁰⁾ Sempre DUGATO, *op. cit.*, 704.

⁽⁹¹⁾ Sempre DUGATO, *op. cit.*, 704.

⁽⁹²⁾ Cfr. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte*, in www.giustamm.it: "da un punto di vista sistematico la norma [art. 1] vuol significare una inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è il diritto normale dell'amministrazione e in caso di dubbio interpretativo sono sempre le norme di diritto pubblico a doversi applicare da parte delle pubbliche Amministrazioni e non quelle di diritto comune. L'agire secondo il diritto pubblico è la regola per le pubbliche amministrazioni; l'agire secondo il diritto privato l'eccezione, da tenere limitato ai casi espressamente previsti dalla legge. Questo principio, peraltro, da ritenere superato sia nella prassi

In realtà la lettura fornita in queste pagine non potrebbe essere diversa se non volendo porre nel nulla l'ormai chiaro disegno del legislatore. I più significativi interventi del legislatore sono infatti nel senso di fare dei poteri pubblici e di quelli privatistici strumenti fungibili per il perseguitamento di uno scopo comune che è identificabile nel c.d. interesse pubblico⁽⁹³⁾, attraverso una sorta di interscambiabilità tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato⁽⁹⁴⁾.

Si pensi in questo senso alle previsioni di cui all'art. 1-bis, 11 della L. 241/90.

Fin dalla formulazione originaria di questo articolo⁽⁹⁵⁾ è apparso chiaro che l'ordinamento avesse realizzato un preciso giro di boa⁽⁹⁶⁾. Con esso, infatti, ha da un lato si è permessa la stipula di accordi all'interno del procedimento amministrativo prescindendo da apposita autorizzazione a farlo⁽⁹⁷⁾, e dall'altro il legislatore ha manifestato una sicura preferenza alla ricerca della conclusione del procedimento attraverso la formula consensuale piuttosto che mediante quella unilaterale ed impositiva realizzata dal provvedimento⁽⁹⁸⁾.

applicativa delle pubbliche Amministrazioni, sia nelle impostazioni dottrinali e giurisprudenziali, viene ribaltato dalla norma in esame. Secondo essa infatti l'agire secondo il diritto pubblico dev'essere oggetto di espressa previsione normativa; che altrimenti le pubbliche Amministrazioni agiscono secondo il diritto privato".

⁽⁹³⁾ Testualmente CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 150.

⁽⁹⁴⁾ Si veda in questo senso Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 28 aprile 1997, n. 35, in *Cons. Stato*, 1997, I, 592 ed anche Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 novembre 1995, n. 336, *ivi*, 1995, 1607.

⁽⁹⁵⁾ Gli accordi tra pubblica amministrazione e privati sono oggi previsti dall'art. 11 della legge 241/90, articolo che ha avuto la capacità di fondare giuridicamente la figura degli accordi, la quale, prima di tale intervento legislativo, riceveva disciplina solo relativamente a singole fattispecie, come ad esempio le convenzioni di lottizzazione, gli accordi di cessione di bene espropriato, etc. Cfr. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1215, il quale rileva come anche le previsioni di cui all'art. 11 della L. 241/90 rientrino in una operazione di crescente privatizzazione dell'attività amministrativa così come a qualche decennio a questa parte si sta realizzando, basti pensare al crescente coinvolgimento dei privati nella realizzazione di opere pubbliche, alla esternalizzazione delle funzioni amministrative, alla partecipazione e all'accesso agli atti ed al procedimento.

⁽⁹⁶⁾ Parla di giro di boa descrivendo l'art. 11 L. 241/90 GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 77, il quale sottolinea come le previsioni di cui al citato articolo schiudano nuove potenzialità all'azione amministrativa segnando il passaggio da un'amministrazione che impone obblighi ad un'amministrazione che assume obbligazioni.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. SALA, *Accordo sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 228, il quale ricorda come la giurisprudenza abbia sempre considerato la mancanza di apposita autorizzazione alla stipula di patti come causa di nullità dell'accordo in quanto viziato da causa illecita.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. LEDDA, *appunti per uno studio sugli accordi preparatori dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 391, proprio sulla preferenza che l'art.

L'articolo in esame è stato, infatti, identificato da autorevole giurisprudenza come il fondamento giuridico per la stipula di contratti da parte della P.A.. Ed oltre ad essere un ulteriore riconoscimento della capacità privatistica esistente in capo all'amministrazioni è soprattutto espressione della tendenziale equivalenza tra l'attività amministrativa qualificabile di diritto pubblico e quella identificabile come diritto privato⁽⁹⁹⁾. Ciò è tanto più vero se ci sofferma sulla novella dell'art.11 cit. Questo è stato infatti modificato dalla legge del 2005 citata nella parte in cui fa venir meno il riferimento alla riserva di legge nella tipizzazione degli accordi sostitutivi e nella previsione che introduce il comma 4-bis, per cui “a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”⁽¹⁰⁰⁾.

11 l. cit appare accordata all'azione amministrativa fondata sul consenso piuttosto che sull'autorità.

⁽⁹⁹⁾ Si veda già Cons. giust. Amm. Sicilia, 4 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, III, 466, per cui “gli Enti pubblici, salvo espresse eccezioni di diritto positivo nei limiti delle loro finalità istituzionali, hanno capacità negoziale; capacità messa in particolare rilievo dall'art. 11 L. 7 agosto 1990 n. 241, che, ammettendo largamente la conclusione di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti e sottoponendo gli accordi al regime dei contratti, ha ammesso una tendenziale equivalenza tra attività amministrativa di diritto pubblico e l'attività amministrativa di diritto privato”.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge 241/90*, in www.giutamm.it/new-2005/Cerulli-Irelli, parte I, 5 ss, il quale osserva che l'art. 1-bis della riformata l. n. 241/90 opera un inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale e che quindi lo strumento negoziale vada sempre privilegiato, ove possibile, in luogo di avviare il procedimento autoritativi. Anche BACOSI, LEMETRE, *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della 241*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005, sostengono che la nuova formulazione degli accordi sostitutivi sia una spinta verso la privatizzazione dell'azione amministrativa, pur ritenendo che la clausola contenuta nell'art. 1-bis ridurrebbe sensibilmente la valenza generalizzante del ricorso alla enorme di diritto privato. Ossia non vi è - leggendo in combinato disposto l'art. 1-bis e l'art.11 della l. 241/90 – una spinta verso la totale privatizzazione dell'azione amministrativa “è pacifico, infatti, che l'attività della pubblica amministrazione, anche quando operi *iure privatorum*, sia funzionalizzata al pubblico interesse: l'equiparazione di tale forma di attività con l'attività negoziale tradizionalmente riservata ai privati riguarda solo le forme, non anche l'interesse perseguito. Ciò si riflette nella adeguata motivazione richiesta dalla giurisprudenza a sostegno della scelta del modulo negoziale di azione” (LOMBARDO, *I principi dell'azione amministrativa alla luce della “nuova” legge 241/90*, in *Riv. amm.*, fasc. 1/2006, 14, oggi forse anche dalla previsione di cui al comma 4-bis dell'art. 11 legge 241/90. E sembra quindi ancora valida la conclusione che fa Greco (GRECO, *op. cit.*, Torino, 2003, 295) per cui “l'accordo amministrativo è un contratto, cui l'Amministrazione partecipa nell'esercizio di potestà e poteri ammi-

In tale già chiaro contesto sembra non aver innovato nulla la novella dell'art.1-*bis* della legge 241/90, il quale espressamente afferma: "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

Se del caso l'articolo in ultimo richiamato non fa altro che confermare l'impianto sopra descritto.

La previsione di cui all'art. 1-*bis* cit. non si occupa affatto della scelta di fondo tra autonomia negoziale ed esercizio del potere amministrativo. Sottolinea più limitatamente come nell'ambito degli atti di natura non autoritativi, esista l'assoluta possibilità, riconosciuta alle amministrazioni, di far ricorso, in difetto di contrarie previsioni normative, agli strumenti di diritto privato⁽¹⁰¹⁾.

Non viene ad essere smarrito il perseguitamento del primario interesse pubblico attraverso l'uso di strumenti privatistici, anzi "la finalità pubblicistica è presente in atti di diritto comune, che restano comunque disciplinati dalla normativa civilistica"⁽¹⁰²⁾. Ossia l'atto autoritativo non è più il solo strumento della cura degli interessi pubblici, essendo divenuti fungibili gli strumenti attraverso cui perseguiрli: "il diritto privato assunto dalla sfera pubblicistica si rivela in sé neutro strumento organizzatorio (e si pensi al fenomeno delle società miste) o modulo convenzionale o pattizio dell'agire amministrativo (accordo ex art. 11, l. n. 241/1990) utilizzabile, nei casi previsti dalla legge ed entro i limiti di meritevolezza dell'art. 1322 c.c."⁽¹⁰³⁾.

Gli strumenti (e le relative discipline) provenienti dal diritto privato civile sono di fatto e sempre più utilizzati nel settore amministrativo. Hanno acquisito ormai la fisionomia di strumenti (e di discipline) di diritto comune, inteso come un patrimonio di esperienza che si è affrancato dalla rigida dicotomia diritto privato - diritto pubblico⁽¹⁰⁴⁾.

nistrativi. La disciplina codicistica delle obbligazioni e contratti non si sostituisce a quella pubblicistica degli atti amministrativi, ma si aggiunge ad essa, con funzione complementare ed integrativa. L'Amministrazione conserva, dunque, i parametri normativi ed il regime giuridico dell'esercizio del potere, sia in fase di formazione, sia in fase di esecuzione. Tuttavia con l'accordo l'Amministrazione esaurisce il suo potere discrezionale a circostanze immutate e il vincolo contrattuale che ne deriva, non può essere superato se non per sopravvenute esigenze di interesse pubblico, nei limiti della legittimità e nel rispetto, comunque, dell'equilibrio economico originario".

⁽¹⁰¹⁾ In questi termini DE MARZO, *op. cit.*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 4, 383.

⁽¹⁰²⁾ In questi termini Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, in *Cons. Stato*, 2000, I, 533; nonché in dottrina CORSO, *op. cit.*, 149 e MANFREDI, *op. cit.*, 94 i quali sostengono che anche nell'ambito del diritto privato sia possibile una funzionalizzazione per cui il perseguitamento dell'interesse pubblico può avvenire da parte della PA anche con forme privatistiche.

⁽¹⁰³⁾ Testualmente Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2636, cit.

⁽¹⁰⁴⁾ Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2 del 2005, 432.

Sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti, si ritiene ormai quasi pacificamente che “né la peculiare connotazione soggettiva di una delle parti del contratto, né la direzione dell’atto al perseguimento dell’interesse pubblico, siano circostanze tali da legittimare l’introduzione di deroghe sostanziali alla disciplina ordinaria dell’interpretazione del contratto⁽¹⁰⁵⁾”, e più in generale della normativa dei contratti così come degli altri istituti di diritto privato utilizzati nello svolgimento dell’attività amministrativa.

E ciò proprio al fine di circoscrivere il più possibile le forme di immunità e di privilegio che possono essere riconosciute ad uno dei contraenti in quanto soggetto di diritto pubblico⁽¹⁰⁶⁾.

In ogni caso, questa tendenziale parificazione tra le posizioni dei soggetti parte di un rapporto privatistico, e dunque la soggezione della P.A. alle regole del diritto comune, non significa completa svalutazione di ogni aspetto e differenza. La presenza di un’amministrazione pubblica come controparte del contratto non è un dato privo di rilevanza⁽¹⁰⁷⁾.

Infatti, anche non tenendo conto del momento strutturale della formazione di un contratto con la P.A. (si pensi all’eventuale procedimento preparatorio alla stipula di un contratto di diritto privato), dal punto di vista funzionale deve riconoscersi come anche attraverso l’utilizzo di uno strumento negoziale l’azione amministrativa è chiamata a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, efficienza, economicità e proporzionalità.

È innegabile, quindi, che esista una qualche peculiarità propria dell’attività negoziale della P.A.⁽¹⁰⁸⁾. Questo aspetto sembra essere insopprimibile anche dentro l’attività della P.A. qualificabile come di puro diritto privato (si pensi ai c.d detti contratti strumentali), nella quale non possono non affiorare momenti autoritativi-provvedimentali, non fosse altro con riferimento agli atti preparatori del contratto⁽¹⁰⁹⁾.

È infatti opinione diffusa che ogni attività della P.A., anche quella in cui la stessa agisca strettamente come soggetto privato, sia strumentale al

⁽¹⁰⁵⁾ Sempre PENNASILICO, *op.cit.*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2 del 2005, 432.

⁽¹⁰⁶⁾ Si pensi alla evoluzione che nel tempo ha caratterizzato proprio l’attività negoziale della PA o alla esclusione prima dell’intervento della C. Cass n. 500/99 della risarcibilità dell’azione amministrativa.

⁽¹⁰⁷⁾ Ancora PENNASILICO, *op. cit.*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2005, 437 anche se l’autore si riferisce espressamente al piano eremeneutico del contratto che vede parte la P.A..

⁽¹⁰⁸⁾ Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2503: “la posizione di autonomia privata e la legittimazione negoziale delle Pubbliche amministrazioni sono regolate dalle norme di diritto positivo relative alla persone giuridiche in genere; tuttavia, in conformità dei principi relativi all’evidenza pubblica, le persone giuridiche pubbliche non possono assumere impegni contrattuali se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che ne funzionalizzano l’attività, finalizzata al perseguimento di interessi pubblici”.

⁽¹⁰⁹⁾ Così MOSCARINI, *Profilo civilistico del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 67.

perseguimento di fini istituzionali⁽¹¹⁰⁾: il fine dei contratti di diritto privato della PA è sempre il perseguimento di interessi pubblici⁽¹¹¹⁾.

Si pensi solo, nei contratti conclusi *iure privatorum*, al rispetto delle norme sulla contabilità e sui controlli da parte dei competenti organi, oppure ai modi di pagamento di debiti pecuniari da parte della P.A., e al richiamo della procedura speciale contabile per la formazione del ritardo del titolo di spesa⁽¹¹²⁾.

Esiste innegabilmente una centralità dell'interesse pubblico anche nell'azione amministrativa consensuale che emerge da una serie di elementi: da un lato l'interesse pubblico costituisce la giustificazione logico giuridica delle deviazioni previste dalla legge alla disciplina privatistica; dall'altro anche in un'ottica panprivatistica, il necessario perseguimento dell'interesse pubblico sembra doversi considerare un dato imprescindibile⁽¹¹³⁾.

Variamente viene spiegato questo riferimento al perseguimento dell'interesse pubblico anche attraverso l'agire *iure privatorum* della P.A..

Si è fatto riferimento alla vigenza, anche per l'attività consensuale della P.A., del principio di legalità che come tale creerebbe al potere negoziale dell'amministrazione un vincolo nel fine⁽¹¹⁴⁾, come avviene e

⁽¹¹⁰⁾ Si veda per esempio ROSSI, *Gli enti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, SANTANELLO (diretto da), vol. VIII, Padova, 1990, 52. Infatti per GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 447, "la distinzione fra attività privata dell'amministrazione – quella, cioè disciplinata dal diritto privato e rivolta al mantenimento di sé stessa come: la provvista degli edifici per i propri uffici e servizi, la provvista di materiali di consumo necessari per il funzionamento dell'apparato burocratico – ed attività amministrativa di diritto privato – concernente (...) quella posta in essere da amministrazioni soggettivamente pubbliche ma che operano esclusivamente in regime di diritto privato (istituti di credito di diritto pubblico, enti gestori di imprese in regime di libera concorrenza) (...) è stata elaborata dalla dottrina essenzialmente per dimostrare che con la prima non vengono direttamente curati interessi della collettività. (...) Sotto il profilo storico-evolutivo [però] va tenuto presente, che la progressiva diminuzione del peso dell'entrate patrimoniali ed il correlativo incremento delle entrate tributarie per il finanziamento delle spese pubbliche hanno condotto all'esigenza di una disciplina unitaria dell'attività della P.A. finanziata con denaro pubblico", pervenendo così "alla graduale pubblicizzazione, e quindi funzionalizzazione, dell'attività privata dell'amministrazione pubblica".

⁽¹¹¹⁾ *Ex multis* Cass. civ., Sez. III, 8 gennaio 2005, n. 262, in *Notariato*, 2005, 599.

⁽¹¹²⁾ Cass. 21 febbraio 1983 n. 1308 in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2386 sentenza che precisa che i poteri discrezionali della P.A. in ordine alla formazione e alla liquidazione del titolo di spesa, non certo all'impegno di spesa già predisposto al momento della formazione del contratto.

⁽¹¹³⁾ Così CANGELLI, *La dimensione attuale del vincolo teologico nell'attività amministrativa consensuale*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del convegno, Milano 2002, 265.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. GOTTI, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa fra interpretazione problematica del diritto vigente e profili di rilevanza costituzionale: a proposito di un "accordo" sostitutivo in materia di edilizia economica popolare*, in *Foro amm.*, 1998, 819.

per l'attività amministrativa autoritativa unilaterale⁽¹¹⁵⁾.

Si è anche precisato che il principio di legalità a cui debba farsi riferimento nel senso sopra indicato sia quello di legalità-indirizzo, rintracciando in quest'ultimo “un'obiettiva funzione ordinativa, la funzione di limitare e incanalare l'attività dello Stato nell'interesse dello Stato medesimo”⁽¹¹⁶⁾.

Va rilevato infatti come proprio l'evoluzione dell'amministrazione in senso pluralistico – e la conseguente introduzione dei diversi interessi in gioco – acuisce l'esigenza della legalità come legalità-indirizzo⁽¹¹⁷⁾. Per tale ragione proprio il richiamato principio di legalità-indirizzo, espressione del collegamento tra amministrazione e popolo per il tramite della volontà popolare⁽¹¹⁸⁾, dovrà considerarsi vigente anche per l'attività amministrativa consensuale.

Altri, invece, parlano più propriamente di vigenza in tutti i campi di azione della P.A. del principio di doverosità, dove il punto di partenza è la considerazione della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato dell'amministrazione all'interesse pubblico. Come detto, infatti, è oggi dato assolutamente pacifico che il contratto sia mezzo per la realizzazione dell'interesse dei cittadini al pari del provvedimento⁽¹¹⁹⁾.

Si può sintetizzare nei termini seguenti cosa si intenda, nell'azione amministrativa, rispetto del principio di doverosità.

Nel linguaggio comune il concetto di doverosità inerisce a comportamenti e la necessarietà di porli in essere. Nel linguaggio giuridico della teoria generale, invece, il termine usualmente viene richiamato per descrivere la caratteristica comune a certi comportamenti, attivi od omissivi, come dovuti.

La doverosità è utilizzata per indicare il rapporto sussistente tra una norma dell'ordinamento ed un atto, e precisamente per esprimere tale rapporto in termini di *necessitas agendi* (od *omittendi*).

Nell'ottica strettamente normativistica il concetto viene quindi contrapposto a quello di facoltà.

Nel diritto amministrativo la doverosità ha iniziato sin dagli anni 50, e proprio in seguito al superamento dell'interpretazione dell'interesse pubblico come interesse della pubblica amministrazione, ad essere menzionata

⁽¹¹⁵⁾ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 88; ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 155.

⁽¹¹⁶⁾ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 27.

⁽¹¹⁷⁾ Così ancora CANGELLI, *op. cit.*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del convegno, Milano 2002, 267.

⁽¹¹⁸⁾ MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, Milano, 1982, 23.

⁽¹¹⁹⁾ MARZUOLI, *op. cit.*, Milano, 1982, 23; LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Padova, 1957, 48; ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, I, 534 ss.; in giurisprudenza Cass. civ. 27 luglio 1982 n. 4322, in *Mass. Cass.*, 1982; Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 1994, n. 899, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1330.

nell'accezione tecnica di *preordinazione necessaria dell'azione amministrativa agli interessi pubblici legislativamente determinati*.

Il significato di doverosità, quindi, ha cessato di essere identificato con la mera necessità nell'adozione o nel convenuto del singolo atto, andando invece a descrivere l'azione amministrativa nel suo complesso, sul presupposto che l'ordinamento impone alla P.A. il risultato più che il comportamento ad esso prodromico.

Il concetto successivamente è stato richiamato come principio del diritto amministrativo e non più, unicamente, come sostanzivo riassumendo una caratteristica dell'azione della P.A.⁽¹²⁰⁾.

Il richiamo al concetto di doverosità dell'azione amministrativa realizza la perdita dell'idea di funzionalizzazione come privilegio più che come situazioni vincolate.

E' innegabile, infatti, che funzionalizzazione dell'attività privata della P.A., ossia l'acquisizione della consapevolezza della utilizzabilità del contratto in luogo del provvedimento al fine di realizzare anche con il negozio l'interesse pubblico, significasse - almeno inizialmente - puro riconoscimento di privilegi all'amministrazione e come espressione della sua autorità⁽¹²¹⁾.

Nell'ambito dell'attività negoziale privata della P.A. sicuramente il concetto di doverosità porta con se limiti e doveri negativi, ma sicuramente si concretizza meglio e più pienamente in obblighi e doveri positivi.

O meglio, riflettere sul concetto di doverosità dell'azione negoziale della P.A. significa non solo e non certo analizzare la correlazione tra contratto e fine pubblico in termini di compatibilità, ma soprattutto significa interessarsi a tutte le regole legislativamente dettate, ossia positivamente dettate e non diversamente desunte, per assicurare la concreta realizzazione dello scopo ed il rispetto dei contraenti privati nell'intento di perseguire il bene comune.

Rintracciare obblighi e doveri comuni nell'attività amministrativa

⁽¹²⁰⁾ L'intero periodo di descrizione del concetto di doverosità è attribuibile a GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 58 ss.

⁽¹²¹⁾ Cfr. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti in imperio e di gestione*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblico in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 703 ss. Va ricordato, comunque, come la scienza giuridica dell'800 negasse che l'attività privata della P.A. fosse strumento idoneo a realizzare l'interesse pubblico ed era vista essenzialmente solo come mera attività strumentale al procacciamento di mezzi per la pubblica amministrazione. Tale lettura è stata rafforzata dell'affermarsi dello stato a diritto amministrativo e l'affrancarsi di quest'ultimo dal diritto privato. Già all'inizio del secolo del novecento, però, non solo si negò l'asserto per cui l'inerenza di un contratto all'interesse pubblico fosse capace di alterarne la sua natura, ma anzi si fece largo l'opinione che i contratti di diritto privato potessero certo essere utilizzati dalla P.A. per adempiere a i suoi compiti. Si veda per una critica forte alla teoria della funzionalizzazione dell'azione privata della pubblica amministrazione ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, *passim*.

provvidenziale così come in quella contrattuale significa capire l'esigenza trasversale per la legge di fissare un nocciolo duro di garanzie, a prescindere dal mezzo prescelto dall'amministrazione, tanto per l'interesse primario quanto per quelli secondari della P.A..

La comparazione della doverosità presente nel contratto con quella nelle funzioni e nei servizi fa emergere una neutralità del principio di doverosità sia in relazione allo strumento prescelto per il perseguire l'interesse pubblico, sia relativamente al soggetto a cui in concreto spetta di soddisfarlo.

Al contrario l'analisi dei doveri dell'amministrazione che decide di contrarre a fronte dei suoi corrispondenti poteri, fa affermare che ciò che rende peculiari i contratti della PA. non è il potere, alla luce del quale giustificare eventuali privilegi, ma del caso il perseguimento del dovere che le è proprio⁽¹²²⁾, il quale trova concretizzazione nella stessa scelta degli strumenti privatistici per la sua realizzazione, salvo emergere espressamente quando la legge, e solo la legge, introduce deroghe espresse a favore della P.A. per la sua concretizzazione talvolta avvertita come diretta.

Nell'attività degli atenei, al pari di ogni altro ente pubblico, quindi il ricorso allo strumento privatistico è espressione del principio di finalizzazione dell'attività amministrativa⁽¹²³⁾.

Ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, infatti, tutto il complesso dell'azione di una pubblica amministrazione deve essere diretto al perseguiri

⁽¹²²⁾ Testualmente sempre Goggiamani, *op. cit.*, Torino, 2005, 194: "la bilateralità dello strumento prescelto per la cura del pubblico interesse implica, inoltre, un ulteriore piano di rilevanza della doverosità, la quale, infatti, finisce per coinvolgere di riflesso anche il contraente privato, più di quanto non si è visto accadere nell'attività funzionale. La parte privata del contratto, infatti, in quanto coinvolta nella realizzazione del bene collettivo, risulta dalla legge gravata di obblighi che non trovano equipollenti nei contratti *inter*-privati, si pensi, esemplificativamente, al sistema della qualificazione, all'obbligo di versare la cauzione, all'obbligo di pagamento delle spese del contratto. La ratio di tali ulteriori obblighi è quella di evitare che il fine pubblico sia pregiudicato dagli inadempimenti del contraente privato, mentre in un contratto tra privati l'ordinamento ritiene sufficiente gli ordinari mezzi di tutela contro l'inadempimento, essendo in gioco unicamente interessi di natura individuale. Il legislatore, quindi, per non rischiare che i comportamenti dei privati compromettano in alcun modo il fine prefissato detta una doverosità che può dirsi riflessa, in capo a loro e la rilevanza di tale dovutezza proviene dal codice penale al pari di quanto si è visto per i servizi pubblici". Si pensi a tutti i reati che coinvolgono il privato nella fase antecedente la conclusione dell'accordo che turbano la doverosità nel procedimento di stipulazione, lesivi dell'interesse pubblico alla regolare formazione del contratto dell'amministrazione, o quelli della fase esecutiva come i reati di inadempimento di contratti di pubbliche forniture, la frode nella pubbliche forniture, la malversazione in danno dello stato etc. Ci si potrà semmai domandare se il concetto di doverosità nel senso indicato come fondamento dell'azione negoziale della pa che condiziona, pur non modificandone la causa, i negozi privati che la stessa stipula anche per fine strettamente strumentali.

⁽¹²³⁾ Si veda CASSETTA, *op. cit.*, 57 ss.

mento dell'interesse che la norma nello specifico le attribuisce. Se l'ente pubblico in esame è l'università, quindi, il ricorso agli strumenti propri del diritto civile è possibile se quest'ultimi realizzano lo scopo proprio dell'ente: istruzione superiore e ricerca⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²⁴⁾ In generale si veda DOMENICHELLI, *Giurisdizione e "controversie societarie pubbliche"*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2005, 276: "il legislatore ha favorito l'ingresso delle amministrazioni pubbliche nel sistema delle società consentendo loro di servirsi dello strumento societario proprio per superare le limitazioni del diritto amministrativo, per aggiungere rapidità e responsabilità alle decisioni pubbliche in un'area, quella dei servizi pubblici, nella quale il legislatore chiede iniziativa imprenditoriale e concorrenza".