amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

"Fondazioni universitarie, riflessioni sulla natura giuridica ed applicabilità del codice dei contratti pubblici".

di Claudio Vitale

(Avvocato)

Abstract

The document intends to made remarks on the particular regulatory reality of university foundations established pursuant to art. 59, paragraph 3 of Law no. 388/2000 and regulated by the Presidential Decree n. 254 of 24.5.2001.
The article provides a series of operational indications to allow the correct identification of the legal nature of university foundations which cannot be generalized as it requires a case-by-case verification to get out of the maze of interpretations that confuse sector operators.
In particular, is highlighted the contrast, currently in force, both in Doctrine and in Jurisprudence on the legal nature of university foundations and on the applicability to them of Public Contracts Code.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

Il fenomeno della costituzione *ex lege* di fondazioni in sostituzione di precedenti enti pubblici o di nuove realtà a supporto di enti pubblici esistenti si è affermato tra la fine del secolo scorso e l'inizio dell'attuale millennio.

Il fenomeno delle fondazioni legali è una caratteristica presente non solo nell'ordinamento italiano ma anche in altri ordinamenti europei (es. Germania, Francia, Portogallo, Norvegia, ecc.) così come risulta da una ricerca[1], che fotografa le varie tipologie di fondazioni esistenti in Europa. Altresì in uno studio del 1995[2], che opera una panoramica europea sulle fondazioni, vengono rintracciate diciotto tipologie fondazionali, raggruppate in quattro categorie: fondazione indipendenti, fondazioni di impresa, fondazioni pubbliche, fondazioni di comunità[3].

All'interno di questo variegato scenario, si pongono le fondazioni legali che intervengono in una pluralità di settori quali ad esempio nel campo dello spettacolo come le c.d. fondazioni liriche; in materia di gestione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali; in settori nevralgici della assistenza e della ricerca sanitaria, con la previsione della possibilità di trasformazione in fondazioni degli IRCCS (istituto di ricovero e cura a carattere scientifico); nel campo della ricerca in ambito universitario come le c.d. fondazioni universitarie[4].

Queste ultime sono state costituite dalla legge finanziaria per il 2001 (art. 59, comma 3 della Legge n. 388/2000) e regolamentate dal D.P.R. n. 254 del 24.5.2001 il quale prevede che le università, per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca, possano costituire fondazioni di diritto privato con la partecipazione di enti, amministrazioni pubbliche e soggetti privati[5]. Dal punto di vista funzionale si tratta di enti che utilizzano le proprie disponibilità per realizzare direttamente attività coerenti con gli scopi statutari: "fondazioni operative"[6] che sono strumentali all'ente pubblico fondatore quale ente di riferimento (Università)[7], creando un'interfaccia più snella ed agevole tra il mondo accademico e le realtà economico-produttive[8].

---

[1] "Foundation in Europe, Berteksnabb Fundation, London, 2001" di A. Schulter – V. Then – P. Walkenhorst, p. 136.

[2] "Typology of Foundations in Europe", European Foundation Centre (EFC), Brussels, 1995.

[3] Sull'argomento e sulla possibilità di una nozione unitaria di fondazione nell'ordinamento comunitario "Le fondazioni nel sistema europeo" di Luigi Ferrara, in "Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche di Giuseppe Palma – Pierpaolo Forte, Giappichelli, Torino, 2008, p. 83 e ss.

[4] "Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato" Di Sandro De Götzen, Giuffré, Milano, 2001, p. 4-5.

[5] "Fondazioni universitarie: strumenti operativi di pubblica utilità" di E. Bellezza, in Terzo settore, 2001, n. 7/8.

[6] "La prelazione artistica. Riflessioni critiche sulla trasformazione in fondazione delle università" di Alessia Mignozzi in Obbl. e Contr., 2009, 5, 438.

[7] "Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole" di Giulio Napolitano in Dir. amm., fasc.3, 2006, pag. 573.

[8] "Problemi in tema di trattamento tributario degli enti non commerciali tra storia e prospettive di riforma" di Francesco Padovani in Riv. dir. trib., fasc.7-8, 2002, pag. 765.

ISSN 2036-7821

Le precitate fondazioni universitarie divergono dalle fondazioni previste dalla L. n. 133/2008 che ha individuato per le università statali la facoltà di trasformarsi in fondazioni di diritto privato, creando le "università-fondazione". La trasformazione comporta l'adozione del modello organizzativo codicistico, che si sostituisce a quello dell'ente pubblico. Le funzioni originarie rimangono inalterate e tutte nella titolarità della medesima figura soggettiva, che continua ad operare assumendo soltanto la diversa forma giuridica privatistica[9].

Le fondazioni universitarie costituite ex L. n. 388/2000 non devono essere confuse con le fondazioni disciplinate dal D.R. 31.8.1933, n. 1592, T.U. delle leggi dell'istruzione superiore, e dal D.R. 4.6.1938, n. 1269. Anche a questo tipo di fondazione, infatti, è attribuito comunemente il *nomen juris* di fondazione universitaria: il loro scopo, però, è limitato all'incremento degli studi superiori ed all'assistenza, nelle sue varie forme, agli studenti delle università e degli istituti d'istruzione superiore (art. 191 del D.R. 1592/1933).

Mentre per la seconda tipologia di fondazioni ("università-fondazione") ci sono, tutti gli indici di riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico previsti dalla normativa comunitaria ed anche quelli dell'ente pubblico secondo la normativa italiana (es. la vigilanza sulle fondazioni universitarie è esercitata dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze; la Corte dei conti esercita il controllo sulle fondazioni, ecc.) non si può dire lo stesso per le "fondazioni operative" di cui alla prima tipologia[10], che esamineremo specificamente in questo articolo.

Infatti è discusso in Giurisprudenza se sussistano indici di riconoscimento[11] delle fondazioni universitarie (ex Legge n.388/2000) come organismo di diritto pubblico o di ente pubblico.

Parte della Giurisprudenza[12] ritiene che la fondazione universitaria rientri nell'ambito delle cd. fondazioni di partecipazione, in quanto non deriva dalla trasformazione in soggetto privato di un ente pubblico, ma dalla decisione di questo di esternalizzare alcune attività, costituendo appunto una nuova persona giuridica secondo uno schema privatistico.

Difatti essa, come tipicamente avviene nelle cd. fondazioni di partecipazione, è aperta alla partecipazione di soggetti pubblici e privati, e ciò la distingue dal modello codicistico della fondazione, essendovi l'elemento associativo della partecipazione

[9] "Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica" di Franco Sciarretta, in Giurisprudenza Commerciale, fasc.5, 2013, pag. 951.

[10] "Legge e autonomia nelle università" di Fabio Merusi in Dir. amm., fasc.4, 2008, pag. 739.

[11] Sugli indici di riconoscimento o indici "significativi" si è pronunciata anche la Dottrina, in particolare "Manuale di diritto amministrativo" di Aldo Mazzini Sandulli, Napoli, Jovene, 1989, p. 195 e ss. e "Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato, di Sandro de Gotzen, Giuffré, Milano, 2001, p. 339 e ss.

[12] T.A.R. Pescara, (Abruzzo) sez. I, 27/06/2016, (ud. 20/05/2016, dep. 27/06/2016), n.236.

ISSN 2036-7821

che incide anche sull'implementazione del patrimonio nella vita dell'Ente, oltre che sulla sua gestione.
In sostanza, la "fondazione di partecipazione" costituisce un modello atipico di persona giuridica privata, a causa mista, perché sintetizza l'elemento personale (che nelle fondazioni di partecipazione non viene reciso), tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni[13] .
Inoltre, anche se privi di fine di lucro (e quindi pur non essendo imprese pubbliche), tali enti di partecipazione, quando si rivolgono al mercato, devono essere considerati a tutti gli effetti come organismi di diritto pubblico[14].
Ciò chiarito, ne consegue non solo la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, ma anche l'applicabilità di quei principi fondamentali in materia di contratti pubblici[15].
Di pari avviso una pronuncia della Suprema Corte a sezioni unite [16], la quale prevede che la fondazione universitaria pur essendo ente di diritto privato (Legge n.388/2000) rientra tra gli organismi di diritto pubblico soggetti alle procedure di evidenza pubblica in materia di appalti e che la natura strumentale delle fondazioni universitarie impedisce ad essa di sottrarsi alle procedure pubblicistiche[17].
Inoltre parte della Dottrina[18] ritiene che la fondazione universitaria, pur essendo dalla legge qualificata come ente di diritto privato, presenti molti elementi sintomatici dell'ente pubblico, ad esempio le funzioni di indirizzo e riscontro dell'ente di riferimento (Università) sono esercitate (art. 1 comma 5, art. 12 D.P.R. 254/2001) in forma intermediata attraverso l'adozione di linee guida o con il potere di nomina dei membri del C.d.A. della fondazione universitaria.
Altra parte della Dottrina[19] e della Giurisprudenza[20] ritiene indubbio che la fondazione universitaria, avendo personalità giuridica di diritto privato come previsto dall'art. 1, comma 1, del D.P.R. n. 254/2001, sia espressamente qualificata come soggetto di diritto privato ed - il fatto che operi esclusivamente nell'interesse degli enti di riferimento - non scalfisce la natura privata della fondazione.

---

[13] Corte dei Conti, sez. Emilia Romagna, parere n. 654 del 2010; nonché Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 25 del 2013, in cui tali modelli vengono ritenuti meritevoli di tutela in quando rientranti nell'ambito delle "altre associazioni di carattere privato" di cui all'articolo 12 del codice civile.

[14] Tar Brescia, sentenza n. 831 del 2015.

[15] Tar Brescia, cit.

[16] Cassazione civile sez. un., 30/03/2018, (ud. 23/05/2017, dep. 30/03/2018), n.8037.

[17] "Osservatorio sulla giustizia amministrativa" di Maria Alessandra Sandulli in Foro Amministrativo (Il), fasc.3, 01/03/2018, pag. 361.

[18] "Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato" di Sandro De Götzen in Giuffrè, 2011, pp. 307 e ss; nello stesso senso "La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato" di Fabio Merusi in Dir. amm., 2004.

[19] "Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche" di Francesco Manganaro in Diritto Amministrativo, fasc.01-02, 2014, pag. 45.

[20] T.A.R. Catanzaro, (Calabria) sez. II, 12/06/2013, n.655.

ISSN 2036-7821

Infatti, è noto che il perseguimento di finalità di interesse pubblicistico non è condizione sufficiente per la qualificazione del soggetto quale ente pubblico, in quanto è necessaria la previsione legale di un regime giuridico "di spessore pubblicistico"[21], caratteristica che non sussisterebbe per la fondazione universitaria, in considerazione della disciplina introdotta dal D.P.R. n. 24 maggio 2001, n. 254. Ciò in forza della disciplina dettata dalla Legge 20 marzo 1975, n. 70, che prevede che la costituzione e il riconoscimento di enti pubblici può avvenire esclusivamente in forza di legge[22].

Nè è dirimente il riferimento al tema della vigilanza e dei controlli, cui la fondazione universitaria è sottoposta, atteso che anche le fondazioni di diritto comune sono soggette, ex art. 25 c.c., a penetranti controlli da parte dell'Autorità Pubblica[23].

Inoltre se in un primo momento[24] le fondazioni universitarie rientravano nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, successivamente l'ISTAT ha escluso le fondazioni universitarie dal precitato elenco, stante la natura privatistica delle stesse.

Altresì la riprova di un ulteriore autonomia privatistica della fondazione rispetto al proprio ente di riferimento (Università) viene data con la riforma prevista dall'art.19 del D.L. n.76 del 16/07/2020, ove il presidente del collegio dei revisori della fondazione universitaria non è più nominato dall'Università ma dalla fondazione e stesso discorso dicasi per gli altri due componenti titolari del collegio non più designati dall'Ateneo di riferimento ma dalla fondazione.

Cionondimeno, la volontà legislativa di connotare in termini pubblicistici una persona giuridica può essere esplicata, oltre che con una qualificazione espressa, anche con la previsione di indici sintomatici rivelatori della matrice pubblicistica dell'ente[25].

La determinazione della natura pubblica o privata di un ente impone quindi una valutazione empirica circa le caratteristiche organizzative e strutturali dell'ente stesso, tenendo cioè conto delle concrete caratteristiche proprie delle istituzioni prese in considerazione e facendo ricorso ai criteri tradizionalmente indicati dalla giurisprudenza ai fini della distinzione tra enti pubblici e privati, a prescindere dalle denominazioni assunte e dalla stessa volontà degli organi direttivi[26].

Tradizionalmente[27] gli indici o criteri rivelatori vengono individuati:

---

[21] Consiglio di Stato, sez. V, 28/06/2012, n. 3820 e Consiglio di Stato, sez. VI, 11/09/1999, n. 1156.

[22] Consiglio di Stato sez. IV, 04/04/2019, (ud. 28/03/2019, dep. 04/04/2019), n.2217.

[23] Cassazione SS.UU., 23/11/1985, n. 5812.

[24] Comunicato dell'istituto nazionale di statistica del 31 luglio 2009 (in Gazz. Uff., 31 luglio, n. 176).

[25] Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 3820/2012 cit.

[26] Cassazione SS.UU., 06/05/2009, n. 10365.

[27] Cassazione civile, SS.UU, 07/04/2010, n. 8225. Analogamente la Cassazione Civile, SS.UU, 07/07/ 2011, n. 14958. "Enti Pubblici: sul riconoscimento della natura pubblica di una persona giuridica" di Ettore Nesi su

ISSN 2036-7821

a) dal punto di vista teleologico, nelle finalità di pubblico interesse perseguite dall'ente;
b) dal punto di vista genetico, nell'essere stato costituito l'ente per volontà di Stato, Regioni o di altri Enti pubblici;
c) la sottoposizione dell'ente a poteri di ingerenza, di vigilanza, di controllo da parte di Stato, Regioni o altri enti pubblici;
d) finanziamento pubblico.

Inoltre, la Corte Costituzionale[28] ha affermato che l'attribuzione della personalità giuridica di diritto privato ad una categoria di enti non è di per sé sufficiente ad escluderne la qualificazione in senso pubblicistico, osservando che nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di "fondazioni di diritto privato", tali soggetti possono avere una marcata impronta pubblicistica (es. per il caso delle fondazioni liriche).

Pertanto bisogna verificare, caso per caso, se e in quale misura siano applicabili le regole propriamente amministrative. In tale prospettiva, la riqualificazione pubblicistica di questi soggetti giuridici è ritenuta in contrasto con la volontà del legislatore di determinarne una trasformazione in senso privatistico, che, però, non preclude l'applicazione di norme ed istituti di diritto amministrativo giustificata dagli interessi in gioco[29].

Ciò viene confermato da una importante pronuncia del Consiglio di Stato[30] che riconosce che uno stesso soggetto giuridico possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. Questa nozione "funzionale" di ente pubblico, consente di individuare un criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico che non è sempre uguale a sè stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della *ratio* ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime amministrativo previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si

---

http://www.studiolegalepn.it/avv-ettore-nesi-nota-2013-07-22-enti-pubblici-riconoscimento-natura-pubblica-persona-giuridica/

[28] Corte Costituzionale sent. n. 153 del 21/04/2011.

[29] "Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica" di Franco Sciarretta in Giurisprudenza Commerciale, fasc.5, 2013, pag. 951. La definizione normativa di questi enti come fondazioni non risolve il problema della loro qualificazione in senso privatistico o pubblicistico. La figura della fondazione non è forma organizzativa esclusivamente privatistica, essendo rinvenibile sia nel diritto privato che nel diritto pubblico. Infatti il rilievo che la qualificazione di un ente come fondazione non ne comporta la qualificazione necessaria come persona giuridica privata si deve a Rescigno, voce Fondazione (dir. civ.), in Enc. dir., XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 790 ss., spec. 791.

[30] Consiglio di Stato sent. n. 2660 del 26/05/2015.

ISSN 2036-7821

controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica.

La Dottrina[31] tende ad escludere l'esistenza di una categoria intermedia a cui ascrivere soggetti giuridici a metà strada tra il privato ed il pubblico integranti una sorta di *tertium genus*, potendosi ragionare semmai sulle diverse gradazioni interne della natura giuridica (pubblica) di un ente.

Le fondazioni universitarie di fonte legale (Legge n. 388/2000), essendo dotate di capacità giuridica di diritto privato, realizzano attività di natura privatistica, ponendo in essere atti giuridici ed operazioni materiali propri dei rapporti intersoggettivi devoluti alla giurisdizione ordinaria ed i loro strumenti operativi sono quelli contemplati dal codice civile e dalle altre leggi civili.

La situazione muta quando le precitate fondazioni assolvono compiti di amministrazione pubblica, che comportano l'applicazione (compatibilmente con le singole discipline speciali) delle norme e dei principi generali del diritto pubblico.

La Dottrina[32] prevalente concorda sul fatto che l'ordinamento positivo induce a ritenere superata la regola per la quale gli atti di soggetti privati non possono essere assimilati a quelli propriamente amministrativi se non vi è un titolo che giustifichi il trasferimento dell'esercizio del potere nell'originaria competenza dell'amministrazione.

La conseguenza è che la giurisdizione prescinde dalla natura provvedimentale o negoziale, di diritto pubblico o di diritto privato, degli atti attraverso i quali l'attività funzionalizzata viene a manifestarsi e dalla forma organizzativa del soggetto da cui promanano. Indipendentemente dal fatto che vi sia un'amministrazione in senso soggettivo e, quindi, un atto amministrativo, si ritiene devoluta al sindacato del giudice amministrativo ogni scelta finalizzata *ex lege* all'interesse generale[33].

Le due grandi tipologie di attività che la fondazione universitaria può esercitare (l'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato e lo svolgimento di attività strumentali e di supporto della didattica e della ricerca scientifica e

[31] "Le gradazioni della natura giuridica pubblica" di Giampaolo Rossi in Dir. amm., 2007, 685 ss. e Sandro de Gotzen, *op. cit*, 378-380.

[32] "Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche" di Andrea Maltoni in Dir. amm., 2011, 97 ss.; "Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica" di Francesca Trimarchi Banfi in Amministrare, 2008, n. 1-2, 5 ss.; "L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato" di Lucio Iannotta in Dir. amm., 2006, 353 ss.;" L'art. 1, 1º comma bis, l. n. 241 del 1990" di Francesca Trimarchi Banfi in Foro amm.-CdS, 2005, 947 ss.; "Rilievi critici in tema di attività amministrativa di diritto privato" di Francesco Gaspari in Giust. amm., 2007, 573 ss.; "Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali" di Vincenzo Cerulli Irelli in Dir. amm., 2003, 217 e ss.

[33] In tal senso, Franco Sciarretta op. cit.

ISSN 2036-7821

tecnologica) non sembrano idonee, in nessun caso, al perseguimento di un interesse, seppur *lato sensu*, di natura privata[34].

Alla luce di quanto sopra evidenziato occorre valutare se, al di là della qualificazione formale come ente di diritto privato, i requisiti sostanziali che caratterizzano ogni singola fondazione universitaria possano far ritenere che essa sia funzionalmente un organismo di diritto pubblico[35] e se sia applicabile o meno la normativa del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii).

Partendo proprio dal D.Lgs. n. 50/2016, in particolare dall'art. 3 comma 1 lett. d), bisogna accertare se la fondazione universitaria, nell'esercizio di una delle due grandi tipologie di attività sopra citate, abbia o meno i seguenti requisiti:

1) sia istituita per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) sia dotata di personalità giuridica;

3) l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Trasponendo nella realtà quotidiana questi principi di diritto è emerso, ad esempio, che il TAR Salerno[36] in una controversia insorta relativamente all'affidamento del servizio pulizie del Ateneo salernitano, si è pronunciato sulla natura di organismo di diritto pubblico della fondazione universitaria dell'Università di Salerno, proprio ai fini dell'applicazione della normativa sui contratti pubblici, in quanto sono state rinvenute nella stazione appaltante (fondazione) delle caratteristiche coincidenti con quelle proprie del cd. "organismo di diritto pubblico", benché permanga la sua natura privatistica.

Motiva il Tar[37] che l'individuazione della fondazione come organismo di diritto pubblico deriva dagli stessi atti costitutivi della fondazione appaltante, atteso che la stessa è stata costituita dagli enti pubblici indicati in sede statutaria (tra i quali ovviamente l'Università degli Studi di Salerno), in sintonia con l'art. 59, comma 3,

---

[34] "Le fondazioni universitarie - analisi del D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254" di Giovanni Maria Riccio in Nuova Giur. Civ., 2002, 3, 141-160.

[35] Sulla qualificazione delle fondazioni legali quali enti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici si è pronunciata la Dottrina vedi "Le basi del diritto amministrativo" di Sabino Cassese, Milano, Garzanti, 2003, p.231 e Sandro de Gotzen, *op. cit*, 373-374. In quest'ultima opera in particolare viene precisato che la fondazione universitaria, anche avendo personalità di diritto privato, si trova in un rapporto di strumentalità con l'ente pubblico Università e pertanto sembra possa essere qualificata, comunque, come organismo di diritto pubblico e quindi debba seguire la particolari procedure pubbliche nella scelta dei contratti di appalto di lavori o di servizi o di forniture e le relative controversie ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

[36] TAR Salerno n. 2109 del 03/04/2008.

[37] Tar Salerno, cit.

ISSN 2036-7821

della l.n. 388/2000, a) per l'acquisto di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato; b) per lo svolgimento di attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca (v. pag. 2 dello statuto). Si tratta quindi di attività di interesse dell'Università intese a consentire alla stessa il corretto espletamento del suo ruolo istituzionale, attività tra le quali espressamente rientra la pulizia dei locali. Al profilo teleologico si aggiungono quelli relativi al finanziamento (soprattutto di provenienza pubblica) e della personalità giuridica (acquisita con decreto prefettizio del 29.04.05).
Un ulteriore pronuncia importante è quella adottata dalla Cassazione pen. sez. VI, sent. n. 44667 del 31/10/2019, che pur riferendosi specificamente alla natura giuridica degli enti fieristici, indica dei criteri sostanziali applicabili anche alle fondazioni universitarie utili a poter distinguere l'attività di interesse pubblico da quella di natura privata. In particolare, per comprendere se le attività poste in essere dalle fondazioni universitarie possano avere o meno una rilevanza penale prevista dall'art. 358 c.p. per l'esercizio di un pubblico servizio, è necessario operare un discrimine oggettivo sull'attività svolta e il modo in cui la stessa si correla al perseguimento di interessi pubblici. Infatti ai fini della configurazione del reato di peculato, i soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di un ente di diritto privato possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, allorquando la ragione d'essere dell'ente risieda nel generale perseguimento di finalità connesse a servizi di interesse pubblico, a nulla rilevando che dette finalità siano realizzate con meri strumenti privatistici[38].
Pertanto nella nozione di servizio pubblico delineata dall'art. 358 c.p. assume rilevanza più che la connotazione soggettiva pubblica dell'ente, quella oggettiva della natura dell'attività svolta, e quindi va accertato se risultano o meno due requisiti essenziali: quello "teleologico" (della finalità di interesse generale dell'attività svolta) e quello "normativo" (della previsione di una disciplina di carattere imperativo che, in ragione della rilevanza di interesse generale dell'attività svolta, ne disciplini le modalità di svolgimento con stringenti limiti all'autonomia privata allo scopo di salvaguardare il prevalente interesse generale rispetto a quello privato).
Quindi è necessario verificare se l'attività posta in essere dalla fondazione universitaria risponda ad un interesse pubblico preminente rispetto a quello privato e se in forza di ciò la legge ne preveda l'assoggettamento ad una normativa di diritto pubblico.
L'esame di questi casi specifici comprova il fatto che bisogna prestare massima attenzione ad inquadrare la natura giuridica di una fondazione universitaria, in quanto è di palmare evidenza che non vi può essere un'opera di standardizzazione della natura delle fondazioni universitarie che invece vanno attentamente esaminate

[38] Cass. pen., sez. VI, n. 1327 del 7 luglio 2015; Cass. pen. sez. VI, n. 49759 del 27 novembre 2012; Cas. pen. sez. VI, n. 45908 del 16 ottobre 2013

ISSN 2036-7821

e studiate nello specifico, tenendo anche conto delle "coordinate di navigazione" fornite con il presente articolo.

Stante la "eterogeneità" della natura giuridica e la "polivalenza" delle attività delle fondazioni universitarie ci sarebbero ampi margini di intervento che consentano un maggior coinvolgimento[39] delle fondazioni non solo rispetto alle Università di riferimento ma anche in favore della società civile, così come avvenuto con il riconoscimento delle fondazioni universitarie quali organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro (ex. art. 76 del Decreto legislativo n. 276/2003) o all'attività di mediazione, senza fini di lucro, tra domanda e offerta di lavoro (ex. art. 12 del Decreto ministeriale del 23/12/2003).

Pertanto, alla luce dell'inattività normativa di quasi venti anni, sarebbero auspicabili nuovi interventi normativi che possano implementare il raggio di azione e le aree di operatività delle fondazioni universitarie.

[39] Ad esempio nei bandi comunitari, governativi e degli enti pubblici territoriali e non territoriali, potrebbero essere inserite oltre le Università e gli enti di ricerca anche le fondazioni universitarie.

ISSN 2036-7821