

ano 15 - n. 60 | abril/junho - 2015
Belo Horizonte | p. 1-308 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial
Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clémerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Autonomia delle Università: studio comparativo tra l'ordinamento giuridico brasiliano e quello italiano

Fabrcio Motta

Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (Goiânia-GO, Brasil). Doutor em Direito do Estado (USP) e Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Procurador do Ministério Público junto ao TCM-GO. 2º Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. E-mail: <fabrcio.motta@uol.com.br>

Riassunto: Il presente articolo ha quale tema centrale l'autonomia universitaria, identificandone i fondamenti costituzionali, le forme di esercizio ammesse, lo spiccato rilievo e i limiti. La tematica è stata oggetto di studio per quanto afferisce al contesto delle trasformazioni recentemente propugnate, nonché rese effettive, nella sfera del Diritto Pubblico, connotate eminentemente dall'abbandono della prospettiva autoritaria a favore del consensualismo e di una maggiore prossimità al cittadino. Per quanto afferisce alla situazione delle università pubbliche, si è partiti dall'ipotesi iniziale secondo la quale una loro funzione normativa sussisterebbe, apparendo, essa, integrata all'ordinamento giuridico, quest'ultimo riconoscendo la possibilità di produzione di atti normativi. Si è partiti, infine, dall'idea di base per cui le norme emanate dall'università debbano trovare fondamento nell'ordinamento stesso, in maniera esplicita o implicita, e solamente l'ordinamento possa qualificare un determinato rapporto giuridico e conferirgli effetto, non essendo conveniente ritenere che detti effetti siano inerenti al rapporto stesso.

Parole-chiavi: Autonomia; Diritto Amministrativo; Università; Diritto Costituzionale.

Sommario: 1 Introduzione – 2 Ragioni della scelta del tema, delimitazione dell'oggetto e sua importanza – 3 Diritto fondamentale all'istruzione: prospettiva comparata – 4 L'autonomia universitaria – 5 Conclusioni – 6 Riferimenti bibliografici

1 Introduzione

Il presente articolo consolida la ricerca condotta presso la Facoltà di Scienze Politiche e Sociali dell'Università del Salento, nel 2011, orientata dal Professor Dott. Michele Carducci. La ricerca è stata effettuata quale parte di un tirocinio post-dottorato realizzato presso la stessa Università. Il progetto iniziale presentato, e approvato dal Professore Tutore, aveva quale tema centrale quello della funzione normativa della Pubblica Amministrazione nella sua correlazione con l'autonomia universitaria, identificandone i fondamenti costituzionali, le forme di esercizio ammesse, lo spiccato rilievo e i limiti. La tematica è stata oggetto di studio per quanto afferisce al contesto delle trasformazioni recentemente propugnate, nonché rese effettive, nella sfera del Diritto Pubblico, connotate eminentemente dall'abbandono della prospettiva autoritaria a favore del consensualismo e di una maggiore

prossimità al cittadino. Con analoga visione, il tema è stato trattato tendendo costantemente all'effettività di precetti, e a obiettivi costituzionalmente tracciati.

L'oggetto d'indagine sminuzzato è identificato dalla funzione normativa promanante dall'autonomia universitaria all'interno del Diritto brasiliano, in una prospettiva comparativa rispetto all'ordinamento italiano. Si è assunto quale ipotesi teorica di studio quella secondo cui la configurazione dell'autonomia universitaria sarebbe, in ogni ordinamento, condizionata alle seguenti questioni interconnesse: a) l'analisi dell'effettività del diritto costituzionale all'educazione e la sua relazione con l'autonomia universitaria; b) le dimensioni e la portata dell'autonomia universitaria in ragione della sua forza normativa, e sua relazione col diritto fondamentale all'educazione; e c) l'esistenza o meno di un'asimmetria per ciò che concerne la competenza normativa, in ragione della pluralità di rapporti giuridici coinvolti.

In tal senso, la presente ricerca risulta basata su una struttura di carattere analitico-critico. L'idea essenziale assunta è stata la seguente: partire da una congiuntura normativo-istituzionale per poter andare oltre le barriere della dogmatica stabilita al fine di evidenziare una nuova possibilità di configurazione giuridica della questione in Brasile. Perciò, l'attenzione principale è stata rivolta all'analisi del problema nell'ambiente nazionale, partendo dal presupposto secondo cui esisterebbe una speciale singolarità per quanto concerne il tema al cospetto della realtà brasiliana. Peraltro, lo studio di riferimento della dottrina italiana possiede innegabile rilevanza in ragione della somiglianza dei sistemi e, prima ancora, in virtù dell'influenza subita dal Diritto amministrativo brasiliano ad opera di quello italiano per quanto attiene al regime giuridico delle autarchie, al concetto di interesse pubblico, e al contenuto delle autonomie.

2 Ragioni della scelta del tema, delimitazione dell'oggetto e sua importanza

L'origine semantica del termine Università è quasi autoesplicativa:

Il termine 'università', dal latino 'Universitas-atis', richiama un modello culturale denso di tradizione classica: l'esistenza di una 'vita collettiva' quale risultato della coscienza, acquisita da coloro che vi partecipano, di formare un'unità. Due sono i cardini del modello, lo scopo e il metodo: per cui, un cammino (metodo) verso la conoscenza, la quale poi si specializzerà in rapporto ai singoli rami del sapere. Percorrere tale cammino, nel dialogo fra allievo e maestro, ammaestrare qualcuno senz'ordine, è impossibile [...] Nell'ideale 'universitas', il metodo diviene pertanto un mezzo di apprendimento (lo scopo).¹

¹ DECARO, Carmela di. L'Università italiana fra "Costituzione culturale" e Spazio europeo. In: *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. 2009-TTT. Torino: G. Giappichelli Editori, 2009, p. 677.

La storia dell'università, quale centro di libera congregazione e diffusione del sapere, è la storia della lotta per l'autonomia. Benché si tratti di un problema di ciascuna epoca e luogo in ragione di circostanze storiche, sociali e politiche proprie, i concetti di università e autonomia si sono, via via, avvicinati in modo tale da apparire pressoché indissociabili. In effetti, avere a che fare con la conoscenza presuppone che si debba lavorare all'interno di una realtà inafferrabile e, per tale motivo, libera per natura: il pensiero. La conoscenza dipende da una mente libera per poter ricevere, maturare e produrre autonomamente pensieri. Un'indagine circa la storia dell'università sarà, certamente, un'indagine inerente alla storia della conoscenza, alla sua relazione con la società e col potere istituito.

Boaventura de Sousa Santos ricorre a Karl Jaspers per tracciare la relazione tra conoscenza e università e, di conseguenza, identificare la missione di quest'ultima: per concessione della società e dello Stato, coltivare la più lucida coscienza di sé stessa.

I suoi membri vi si riuniscono con l'unico intento di cercare, incondizionatamente, la verità, ed esclusivamente per amore della verità. Di qui verrebbero, in ordine crescente di importanza, i tre grandi obiettivi dell'università: giacché la verità è accessibile solo a colui che la persegua sistematicamente, la ricerca è l'obiettivo principale dell'università; giacché l'ambito della verità è molto più ampio di quello della scienza, l'università dev'essere un centro di cultura, disponibile per l'educazione dell'uomo nel suo complesso; infine, dal momento che la verità dev'essere trasmessa, l'università insegna, e anche l'insegnamento relativo ad attitudini professionali dovrà essere orientato alla formazione integrale. Nel loro insieme, tali obiettivi – ciascuno inseparabile dagli altri – costituirebbero l'idea perenne di università, un'idea unica, giacché risulta vincolata all'unità della conoscenza.²

L'istituzione che oggi conosciamo come università, può avere le proprie origini identificate nel Medioevo, verso la metà del secolo XII. La prima esperienza di ciò che sarebbe poi destinato ad essere conosciuto col termine 'Università', si manifestò sul finire del secolo XI, in quel di Bologna, allorché alunni di grammatica, retorica e logica iniziarono a riunirsi. La logica è semplice, così come il suo legame con la libertà:

Le lezioni duali, precettore-studente, comportano un notevole spreco di risorse umane, economiche ed organizzative. Si riconsideri allora l'equazione. Il rapporto tra i due termini non dev'essere più simmetrico: rimane unico il precettore; s'allarga, invece, la platea dei discenti. Inoltre, non sono più questi ultimi a dover recarsi a casa del precettore, gli studenti, diversamente, iniziando ad incontrarsi in un dato luogo in cui verranno impartite le lezioni, di una o più discipline. Nasce così, anno Domini 1088, lo 'Studium' di Bologna: libera e laica organizzazione di discenti che si riuniscono in collegi tesi all'aiuto

² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade* (Per mano di Alice: il sociale e il politico nella postmodernità). 13. ed. São Paulo: Cortez, 2012, p.188.

reciproco fra compagni della stessa nazionalità [...] sono loro, gli studenti, i reggenti e i destinatari ultimi del servizio: significativo che nel corso dei primi anni di vita di questa istituzione, il " Rettore " fosse uno studente, scelto tra e dai suoi pari.³

Nel periodo medievale, si percepisce che l'università nasce con caratteristica corporativa, avendo una base iniziale costituita da corporazioni di professori o studenti. Per tale ragione, originariamente, l'istituzione sorge autonoma rispetto a qualsivoglia interferenza esterna, principalmente ad opera dello Stato e della Chiesa.⁴ L'autonomia, come è stato detto, è immanente a un'istituzione che si fonda sulla libera circolazione del pensiero, nonché sulla trasmissione del sapere. L'autonomia sarà essenziale per la posteriore evoluzione delle scienze e dei rispettivi metodi d'indagine.

Le Università non hanno, quale proprio compito, quello di trasmettere qualsivoglia punto di vista o opinione che sia, che possa risultare 'ostile allo Stato', né 'favorevole ad esso'. Non si tratta di istituzioni destinate a inculcare valori morali assoluti o fondamentali. Esse, invece, esaminano i fatti, le loro condizioni, leggi e interrelazioni; analizzano i concetti, i loro presupposti logici nonché l'autentico significato degli stessi. Non insegnano, e non possono insegnare, ciò che dovrebbe accadere – dal momento che si tratta di una materia caratterizzata da valori e credenze fondamentali, da punti di vista essenziali, insuscettibili di esser 'dimostrate' quali proposizioni scientifiche. Non v'è dubbio che le università possono impartire ai propri studenti il rispetto di tali punti di vista essenziali, possono analizzarne le origini psicologiche, esaminarne il contenuto intellettuale, oltre ai postulati generali più profondi; possono analizzare non ciò che in essi sia dimostrabile, bensì quello che si crede – peraltro, si starebbero spingendo oltre le frontiere della scienza e dell'erudizione, qualora dovessero fornire non solamente conoscenza e comprensione, ma anche credo e 'ideali'. Quali ideali l'individuo debba servire – 'al cospetto di quali Dei debba egli inchinarsi' –, rappresenta un qualcosa di cui le università sperano che questi riesca a prendersi cura sotto la propria responsabilità e, in ultima istanza, secondo la propria coscienza. Le università possono aguzzare la capacità dello studente di comprendere le reali condizioni delle proprie azioni; possono trasmettergli la capacità di pensare con chiarezza e di 'sapere quel che vuole'.⁵

³ Id. P. 680. "I primi studiosi di cui si ha documentazione sono Pepone e Irnerio, quest'ultimo definito dai posteri 'lucerna iuris'. Con la consulenza di quattro 'doctores' ritenuti suoi allievi, Federico I promulga, nel 1158, la 'Costitutio Habita' con cui l'Università diventa, per legge, un luogo in cui la ricerca si sviluppa indipendentemente da ogni altro potere" (Disponibile in: <<http://www.unibo.it/Portale/Ateneo/La+nostra+storia/default.htm>>).

⁴ "È stato il corporativismo ciò che ha distinto le università medievali da tutti i regimi educativi sino ad allora adottati, garantendo loro la sopravvivenza come istituzione. Nel corso del lungo processo di istituzionalizzazione delle università, quel che stette in gioco fu l'elaborazione sociale del principio secondo il quale il sapere e la diffusione di conoscenze rappresentavano una tipologia di lavoro specifico il cui esercizio – tanto quanto quello delle altre funzioni – richiedeva organizzazione propria, nonché un certo margine di indipendenza in relazione agli interessi di Chiesa e Stato" (RANIERI, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora da USP, 1994, p. 35).

⁵ WEBER, Max. *Sobre a Universidade: o poder do Estado e a dignidade da profissão acadêmica* (Sull'Università: il potere dello Stato e la dignità della professione accademica). Trad. Lúlio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Cortez,

Nello stesso senso,

I fini e le funzioni delle università appaiono separati da condizionamenti, che sorgeranno in epoche successive, relativamente alla formazione di persone che dovranno inserirsi nella società e nelle amministrazioni locali per soddisfare le loro esigenze funzionali. Lo studio negli atenei ha quindi un carattere autoreferenziale preordinato allo sviluppo della cultura e delle scienze, senza peraltro che tale sviluppo debba rispondere alle domande di una società organizzata al punto da richiedere agli atenei un ruolo ben definito per ciò che attiene al proprio assetto. In origine, le università sono quindi espressione di pluralismo, ed è significativo notare come, in seguito a una lunga fase di condizionamenti posti dai poteri pubblici, nazionali e locali, tale natura torni a connotare queste istituzioni, nella seconda metà del Novecento.⁶

Non appare difficile riconoscere che espansione e evoluzione dell'università fanno parte del dinamico sviluppo delle scienze, della società e dello Stato. In tal senso, l'università non potrebbe evitare di subire l'irresistibile influenza del Rinascimento, principalmente per ciò che riguarda le Repubbliche italiane, nonché di essere coinvolta appieno dalle trasformazioni dettate dall'Umanesimo e dal nascente capitalismo. Le grandi scoperte scientifiche e territoriali, queste ultime assai numerose, in particolare nel corso del periodo rinascimentale, segnano a loro volta, con una certa incidenza, la storia dell'Università, nonché i modelli d'indagine propri delle scienze. Allo stesso modo, l'espansione del potere reale, l'affermazione del potere degli Stati e della Chiesa, rappresentano circostanze storiche che influirono in maniera determinante sull'università occidentale. In effetti, la crescita dell'importanza dell'università è accompagnata dall'incremento dell'interesse e dell'influenza di Chiesa e Stato, nell'ambito di un lungo percorso fatto di restrizioni e conflitti. Certamente, infine, il pensiero in merito all'università si evolve, andando di pari passo con lo sviluppo del pensiero umano.

La presente ricerca, tuttavia, non ha la pretesa di studiare l'università in una prospettiva storico-temporale,⁷ includendo la sua analisi attuale nel contesto dei processi

1989, p. 69-70.

⁶ FINOCCHI, Renato. Le università. In: CASSESE, SABINO. Trattato di Diritto Amministrativo, tomo secondo. Milano: Giuffrè, 2003, p. 1349-1416, p. 1350.

⁷ È opportuno tenere in considerazione l'avvertimento lanciato da Franklin Leopoldo e Silva: "Quando facciamo ritorno alla storia dell'università, al suo passato, l'obiettivo è sempre quello della comprensione del presente. [...] peraltro, non vi è nulla di più comune della tendenza a confondere, nell'ambito delle analisi condotte riguardo all'università, processo storico e natura, transitorietà del tempo e essenza intrinseca dell'istituzione. Ciò non significa propriamente ignorare la relatività storica dell'università così com'è da noi considerata; tutti, con buona probabilità, concorderebbero nel dire che tale istituzione configura esattamente un prodotto storico. Ma quel che non si relativizza è il percorso storico che ha condotto a un determinato profilo assunto dall'istituzione in oggetto. Ciò, principalmente nell'epoca contemporanea, è visto, in linea generale, come un qualcosa di inevitabile, naturale e necessario. In tal modo, ci scontriamo con la contraddizione esistente tra la considerazione di un processo storico contingente e l'avvento delle istituzioni e di organizzazioni che necessariamente debbono essere così come sono. Ciò, spesso, induce a confondere l'idea di università vigente, con l'idea stessa di università" (SILVA, Franklin Leopoldo e. Universidade: a idéia e a história (Università: l'idea e la storia). Estud. av. [on-line]. 2006, vol. 20, n. 56, pp. 191-202.

di integrazione tra nazioni. Oltre alla dimensione storica dell'università, senza dubbio importante al fine di comprendere la sua natura istituzionale, la struttura metodologica viene impressa con l'obiettivo di contemplare l'analisi dogmatica dell'università a mezzo di un'investigazione circa principi e regole che concorrono a connotare i contorni giuridici dell'istituzione in oggetto.

Il breve riferimento storico, già di per sé, fornisce un primo indizio utile a identificare la ragione della scelta del tema, più precisamente per ciò che afferisce al paragone tra l'ordinamento giuridico italiano e quello brasiliano.

3 Diritto fondamentale all'istruzione: prospettiva comparata

3.1 Diritti fondamentali nello Stato Costituzionale

La configurazione dello Stato attuale come "Stato Costituzionale", quest'ultimo succedendo al cosiddetto "Stato Legale", in cui si è rilevato l'iniziale emergere del Diritto Amministrativo, porta con sé, quale proprio segno distintivo, la centralità della Costituzione, accompagnata dalla sua intensa forza normativa. È possibile affermare, citando Zagrebelsky, che la sovranità dello Stato ha ceduto al cospetto della sovranità della Costituzione, e che "prima di parlare di una sovranità della Costituzione, sarebbe maggiormente adeguato riferirsi a una 'Costituzione senza sovrano'"⁸. Le Costituzioni del periodo liberale svolgevano un ruolo importante, soprattutto nella caratterizzazione dello Stato e nell'organizzazione delle strutture dello stesso. Tuttavia, per ragioni accreditate alla storia, è possibile affermare che il costituzionalismo è sorto conferendo alla Costituzione una valenza più politica e filosofica che non propriamente normativa. Analizzando l'evoluzione della dogmatica costituzionale, Paulo Bonavides⁹ identifica una prima fase composta dalle Dichiarazioni dei Diritti e dai preamboli delle Costituzioni, conseguenza di processi rivoluzionari, e dall'innegabile indole di principio, il cui valore giuridico era negato dalla dottrina francese.¹⁰ La seconda fase è stata caratterizzata dalla concisione delle Costituzioni, totalmente indifferente al contenuto delle relazioni sociali, disciplinando, in primo luogo, l'esercizio del potere statale e i diritti individuali, all'interno di un panorama connotato dal forte antagonismo intercorrente tra Stato e società. La politicizzazione della società, col suo graduale assorbimento da parte dello Stato, ha caratterizzato la fase successiva, quella del costituzionalismo sociale, il cui cardine rappresentativo risiede,

ISSN 0103-4014. Disponibile in: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142006000100013>>.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p.12, nostra traduzione.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.201-210.

¹⁰ "[...] in questa concezione, che pare corrispondere al periodo più acuto di effervescenza liberale in contrapposizione alle istituzioni di un passato assolutista e alla sua struttura organizzativa politica e sociale, assumono innanzitutto le parvenze di testi di letteratura morale, religiosa o filosofica, piuttosto che di vere e proprie leggi recanti norme giuridiche vincolanti" (Ibid., p. 202).

ancor oggi, nella Costituzione di Weimar. L'utilizzo di formule programmatiche finalizzate a sancire e consacrare i diritti sociali, finì per scuotere il concetto positivo di Costituzione, in ragione del dibattito circa la sua efficacia.

Il declino del grado di giuridicità delle Costituzioni in questa fase di anarchia e conturbata dottrina, si riflette in programmaticità, postulati astratti, tesi dottrinali; tutto ciò fa capolino, copiosamente, all'interno del testo delle Costituzioni. Il nuovo carattere della Costituzione ricorda, in un certo senso, il periodo corrispondente alla fine del secolo XVIII, connotato da una normatività minima e programmaticità massima. E lo ricorda esattamente per il fatto di non essere più, in primo luogo, giuridico, assumendo così, in misura preponderante, connotazioni politiche.¹¹

Il ruolo di centro dell'ordinamento giuridico e fondamento delle altre norme, svolto dalla Costituzione, risulta, in tal modo, evidenziato con maggiore intensità. Chiarisce Clémerson Merlin Clève:

Le Costituzioni, ora, sono documenti normativi dello Stato e della società. La Costituzione rappresenta un momento di ridefinizione delle relazioni politiche e sociali sviluppatasi in seno ad una determinata formazione sociale. Essa, non solo regola l'esercizio del potere, trasformando la potestas in auctoritas, ma impone, altresì, direttive specifiche allo Stato, indicando il vettore (senso) delle sue azioni, così come delle sue interazioni con la società. La Costituzione possiede forza normativa, vincolando, sempre, positivamente o negativamente, i Poteri Pubblici.¹²

La Magna Carta occupando il vetice della piramide normativa, ne deriverà che tutte le diverse tipologie di norme le debbono conformità e ottemperanza. Anche come forma di rafforzare l'effettività anteriormente menzionata, si utilizza la Costituzione per interpretare tutti i rami del Diritto, mediante una tecnica denominata "filtro costituzionale".¹³ Azioni come questa consolidano il cosiddetto "costituzionalismo emancipativo", secondo l'espressione di Clémerson Clève, che si avvale di una valorizzazione della Costituzione quale fonte di principi e normativa per, anziché adattarsi alla realtà concreta, fare in modo che detta realtà si trasformi. Michele Carducci, a sua volta, rileva le influenze sul costitu-

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 208.

¹² CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

¹³ Secondo Paulo Ricardo Schier "[...] i valori costituzionali debbono, in primo luogo, tendere alla realizzazione, imponendosi mediante l'ordine infracostituzionale. [...] progettato questo vettore positivo per l'incidenza sull'ordine infracostituzionale, si afferma la necessità di interpretare quest'ultima alla luce dell'assiologia costituzionale, attribuendole i significati che permettano la massima realizzazione dei valori contenuti nella Legge Fondamentale. Tale vettore renderà, inoltre, possibile la comprensione del fatto che le norme costituzionali debbono essere applicate in via immediata e diretta, indipendentemente dalla normatività intermedia, o contro di lei o facendone le veci, qualora si tratti di comandi, di per sé stessi, eseguibili" (SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p.103).

zionalismo brasiliano, nonché il carattere direttivo e vincolante del testo costituzionale:

Se il costituzionalismo nord-americano è sostanzialmente contiguo — giacché, in ogni caso, causa questa ‘inversione’, la linea evolutiva degli Stati europei segue il proprio percorso, rivestito definitivamente dalle Costituzioni della seconda metà del secolo XX, il primo, nella storia del costituzionalismo, a dotarsi di reali e autentiche ‘clausole trasformatrici’, espresse a partire dal testo stesso e legate in una duplice proiezione per quanto attiene alla durata: come programmazione di un progetto sociale (benessere sociale) per il futuro, e come garante assiologico di valori. In questo nuovo stadio, sono le stesse Costituzioni ad assumere una funzione ‘trasformatrice’, sono loro che vincolano il potere politico, non al fine di inibirlo, bensì di orientarlo, in funzione degli irrinunciabili presupposti assiologici e delle finalità della società e, conseguentemente, dell’economia. Il ‘trasformativismo’ costituzionale coinciderà pertanto con la realizzazione dei contenuti normativi della Costituzione. Tale tendenza ‘trasformativista’ ha rafforzato l’idea della Costituzione come piattaforma per interpretare e applicare la legislazione, oltre il potere politico ed anche contro di lui, concependo i contenuti assiologici e ideologici del testo, legalmente e giudizialmente realizzabili (adducibili). Peraltro, questa era ancora la figlia del ‘privilegio elitario delle Costituzioni promulgate’, come definito da Günter Frankenberg: l’unico a riconoscere al potere politico il ruolo prioritario di azione e supporto delle dinamiche costituzionali e loro trasformazione.¹⁴

La normatività e centralità della Costituzione attribuisce nuova importanza a comprensione e analisi dei diritti fondamentali. Secondo Jorge Miranda, “il costituzionalismo moderno di matrice occidentale è la storia dell’acquisizione dei diritti fondamentali. È la storia della conquista di diritti – in seguito a secoli di assolutismo e, nel secolo XX, in contrasto con regimi pubblici totalitari e autoritari, di vari indirizzi”.¹⁵ Benché possieda radici filosofiche piuttosto datate, solide, si può pensare che, nell’antichità, i diritti fondamentali abbiano acquistato rilievo decisivo in virtù delle rivoluzioni liberali del secolo XVIII, come detto. Infatti, l’espressione “diritti fondamentali” ebbe origine in Francia (droits fondamentaux), nel contesto del movimento che condusse alla proclamazione della celebre “Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino”. L’espressione ha assunto tratti rilevanti in Germania, all’epoca della Costituzione di Weimar (1919), quale sistema di rapporti tra individuo e Stato, e fondamento di tutto l’ordine giuridico, trovandosi, quest’ultimo significato, proclamato dalla Legge Fondamentale di Bonn, risalente al 1949. La Costituzione di Weimar è considerata dagli studiosi lo spartiacque del passaggio dallo Stato Liberale a quello Sociale, avendo il suo testo funto da ispirazione per le Costituzioni posteriori che ambivano a combinare la garanzia delle libertà con diritti economici, sociali

¹⁴ CARDUCCI, Michele. Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e originalidade do Brasil (Rapporto tra sviluppo economico, sviluppo costituzionale e originalità del Brasile). A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 15-26, jul./set. 2012.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais. Introdução geral. Apointamentos das aulas. Lisboa: [s.ed.], 1999, p. 46.

e culturali.¹⁶

Luigi Ferrajoli propone una definizione teorica, puramente formale o strutturale, di diritti fondamentali:

sono diritti fondamentali tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello 'status' di persone, o di cittadini, o di persone capaci d'agire; inteso per diritto soggettivo qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (alla non lesione) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per 'status' la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio.¹⁷

L'autore chiarisce l'importanza di una definizione teorica, non dogmatica, la quale non si riferisca a nessun ordinamento in particolare, e che prescindano dalla consacrazione di diritti fondamentali specifici in ordinamenti specifici. Perciò, e con fondamento nell'evoluzione del concetto, mette in risalto l'importanza di una definizione valida per qualsiasi ordinamento, ideologicamente neutrale, a partire dall'universalità dei soggetti titolari.

L'evoluzione dello Stato Liberale portò con sé la necessità di rivedere la concezione iniziale dei diritti fondamentali, negatista e soggettiva, la quale mirava solamente a limitare l'attuazione dello Stato al fine di garantire la libertà individuale. L'influenza iniziale tendente ad un cambio di concezione, a parere di Vieira de Andrade, derivò dal processo di democratizzazione, che fece sì che emergessero le garanzie di eguaglianza nel contesto dei rapporti individuo-Stato. Infatti, coi nuovi diritti di partecipazione e, soprattutto, col diritto di votare ed essere votato, si ampliò il campo dei tradizionali diritti di difesa già consacrati, come la libertà di associazione.¹⁸ Si sottolinea, in tal modo, la connotazione oggettiva¹⁹ dei diritti fondamentali, il che trasforma la democrazia

[...] in una condizione e in una garanzia dei diritti fondamentali e, in generale,

¹⁶ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 40. Lo stesso autore, rilevando che i diritti fondamentali appaiono essere la fase più avanzata del processo di positivizzazione dei diritti naturali nelle Costituzioni degli Stati di Diritto, sottolinea che tali diritti sono stati frutto di una duplice confluenza: "a) da una parte, presuppongono l'incontro tra la tradizione filosofica umanista, rappresentata prioritariamente dal giusnaturalismo di orientamento democratico, e le tecniche di positivizzazione e protezione rafforzata delle libertà proprie del movimento costituzionalista, incontro materializzatosi con l'avvento dello Stato di Diritto; b) d'altra parte, rappresentano un punto di mediazione e sintesi tra le esigenze delle tradizionali libertà individuali col sistema di necessità collettive, economiche e culturali, alla cui tutela e soddisfacimento si dirigono i diritti sociali" (Ibid., p. 43, nostra traduzione).

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*. A cura di Ermanno Vitale. Bari: Editori Laterza, 2008, p. 5.

¹⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 45.

¹⁹ Ingo Sarlet invoca la decisione della Corte Federale Costituzionale Tedesca nel caso Lüth, come paradigma della tendenza, allora già verificata, di concepire i diritti fondamentali non solamente quali diritti di difesa, ma anche quali decisioni di valore di natura giuridico-oggettiva, fatte proprie dalla Costituzione (SARLET, 2003, p. 157).

della libertà stessa dell'uomo. Essa è, o passa ad essere, pertanto, un elemento di conformazione del suo stesso contenuto, nonché un criterio del suo buon esercizio – i diritti fondamentali si spingono sino a, e possono essere esercitati nella misura in cui contribuiscano al mantenimento o al rafforzamento del sistema democratico.²⁰

La seconda influenza decisiva nella trasformazione dei diritti fondamentali, nel senso del riconoscimento del loro carattere oggettivo, può essere ascritta all'avvento dello Stato Sociale. La nuova visione del mondo considerava l'uomo integrato alla società, stabilendo una funzione sociale dei diritti fondamentali e contribuendo alla definizione del loro contenuto e limiti. Di fatto, la società, divisa e segnata da conflitti imputabili alle insufficienze del liberalismo, prese il posto dell'individuo, passando ad essere la protagonista del pensiero della realtà. Sorsero, così, i diritti a prestazioni positive fornite dallo Stato, non parlandosi più, perciò, di diritti "contro lo Stato", riferendocisi ora, piuttosto, all'idea di diritti "per mezzo dello Stato".²¹ Nella felice sintesi di Perez Luño, "nella misura in cui lo Stato Liberale si è evoluto nella direzione di uno Stato Sociale di Diritto, i diritti fondamentali hanno accresciuto il proprio significato nell'aggregare, alla loro funzione di garantire le libertà esistenti, la descrizione anticipata dell'orizzonte emancipativo da raggiungere".²²

I diritti fondamentali iniziarono quindi a non configurarsi più quali meri limiti negativi all'esercizio del potere politico, passando invece a dirigere e condizionare le azioni positive dello Stato,²³ a incidere, tra l'altro, sui rapporti tra privati. Presero ad esser visti, pertanto, in una duplice dimensione: sul piano giuridico-oggettivo, costituendo norme di competenza negativa per i poteri pubblici, proibendo fundamentalmente qualsiasi ingerenza, da parte di questi ultimi, nella sfera giuridica individuale; e, sul piano giuridico-soggettivo, consistendo nel potere di esercitare positivamente diritti (libertà positiva) e di esigere omissioni dei poteri pubblici, in modo tale da evitare aggressioni che ledano diritti da parte di quegli stessi poteri (libertà negativa).²⁴ Trattando degli accessi dibattiti occorsi all'epoca dell'Assemblea Costituente italiana riguardo all'introduzione di diritti sociali all'interno della Costituzione, sostiene Paolo Caretti:

²⁰ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 56.

²¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 59.

²² PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 40, p. 21, nostra traduzione.

²³ "I diritti fondamentali sociali non configurano diritti contro lo Stato, bensì diritti per mezzo dello Stato, esigendo dal Potere Pubblico determinate prestazioni materiali. Lo Stato, a mezzo di leggi, atti amministrativi e dell'effettiva creazione di installazioni di servizi pubblici, deve definire, eseguire e introdurre, secondo le circostanze, le cosiddette 'politiche sociali' (educazione, salute, assistenza, previdenza, lavoro, abitazione) che rendano possibile l'effettiva fruizione dei diritti costituzionalmente protetti" (KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out/dez. 1999, p. 250).

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

si trattava di preoccupazioni legate soprattutto al timore che queste disposizioni costituzionali, che come insieme di norme dirette più a imporre degli impegni programmatici alle future classi politiche di governo piuttosto che a contenere la disciplina di veri e propri diritti, in senso classico, potessero creare illusioni e delusioni nei cittadini e, di conseguenza, sminuire il valore giuridico del testo costituzionale. L'esito di quel dibattito vide prevalere invece la tesi opposta, nella convinzione, dai più condivisa, che il mancato inserimento di una esplicita tutela dei diritti sociali avrebbe privato il nuovo stato democratico di un elemento identitario fondamentale, e avrebbe indebolito la stessa tutela dei diritti di libertà tradizionali.²⁵

Conviene, sin da subito, delucidare, sulla base della duplice dimensione dei diritti fondamentali anteriormente esposta, la (egualmente) duplice finalità del Diritto Amministrativo: non solo compete ad esso ordinare, disciplinare e limitare il potere, ma, altresì al medesimo fa capo la funzione di assicurare efficacia ed effettività all'attuazione amministrativa. Si tratta, secondo l'indovinata espressione di Schmidt-Assmann, di proibire non solamente l'eccesso, ma pure il difetto: "in un Diritto amministrativo costituito sulla base dei cardini rappresentati dalla Costituzione e dalle sue libertà, dovrà esserci spazio per le idee di efficacia, funzionalità e capacità d'attuazione effettiva".²⁶ Seguendo analoga linea, Marçal Justen Filho vincola il Diritto amministrativo alla realizzazione dei diritti fondamentali su due piani distinti: da una parte, disciplinando un settore di attività e un insieme di organizzazioni, al fine di limitare i poteri che la sua esistenza comporta; inoltre, assumendo "un impegno per quanto attiene alla realizzazione degli interessi collettivi e alla produzione attiva dei valori umani". L'autore arriva al punto di postulare il Diritto amministrativo quale "[...] l'insieme di norme giuridiche di diritto pubblico che disciplina le attività amministrative necessarie alla realizzazione dei diritti fondamentali, nonché l'organizzazione e il funzionamento delle strutture statali e non incaricate del loro compimento".²⁷ Si può affermare che l'impegno dello Stato in relazione ai diritti fondamentali a prestazioni deve necessariamente essere soddisfatto, in conformità alla concezione veicolata nel presente studio, mediante l'offerta di servizi pubblici e la realizzazione di politiche pubbliche.

3.2 Diritto fondamentale all'istruzione

Non si può parlare di un diritto fondamentale all'istruzione senza fare allusione al diritto alla libera manifestazione del pensiero. Infatti,

²⁵ CARETTI, Paolo. I diritti sociali nella Costituzione italiana e gli strumenti di garanzia, p. 53-68. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). *A eficácia dos direitos sociais (L'efficacia dei diritti sociali)*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 26, nostra traduzione.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Della massima importanza – ed occorre in particolar modo sottolinearlo – è poi lo strumento logico sistematico che porta a considerar le norme, non più isolatamente, ma nei loro collegamenti reciproci e con l'intero sistema, e quindi anche in base ai principi informatori dell'intera Costituzione, attorno ai quali può dirsi che si raccolga gran parte della stessa Costituzione, rappresentandone, essi, il nucleo centrale. Tali principi, alcune volte espressamente enunciati in singole disposizioni, devono essere tenuti costantemente e attentamente presenti dall'interprete; e ciò si comprende, considerando anche che essi esprimono i valori essenziali, nei quali la Costituzione trova il suo fondamento.²⁸

Secondo la lezione impartitaci da Tomás-Ramón Fernández:

De entre todas las libertades públicas y derechos fundamentales, cuya proclamación y defensa há venido a convertirse felizmente, tras muchos siglos de lucha, em el parámetro universal de las conductas de los hombres de nuestro tempo, hay una que los textos no Suelen destacar y que, sin embargo, es la más importante de todas, porque todas tienen em ella su origen y su razón de ser: la libertad de pensar. Los textos legales no aluden a ella porque por su própria naturaliza parece estar a cubierto de las agresiones exteriores, em la medida em que el Poder, que há sido sempre enemigo tradicional de la libertad, sólo se interessa por lo que piensam los ciudadanos cuando esse pensamiento comienza a convertirse em acto.

(Tra tutte le libertà pubbliche e i diritti fondamentali, la cui proclamazione e difesa è divenuta finalmente realtà, dopo molti secoli di lotta, secondo il parametro universale delle condotte degli uomini dei giorni d'oggi, ve n'è una che i testi non solgono mettere in risalto e che, tuttavia, è la più importante, giacché tutte trovano in essa origine e ragion d'essere: la libertà di pensare. I testi di legge non alludono ad essa, poiché per sua stessa natura sembra essere al riparo da attacchi esterni, nella misura in cui il Potere, che è sempre stato tradizionale nemico della libertà, s'interessa esclusivamente di ciò che pensano i cittadini nel momento in cui tale pensiero inizia a convertirsi in atto).²⁹

Il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero, costituisce diritto classico di prima generazione, connesso alla tutela della libertà individuale. Il suo vincolo col diritto fondamentale all'educazione sarà strumentale e sistematico: s'intende che l'istruzione sia essenziale affinché il pensiero possa formarsi e svilupparsi liberamente nonché possa, posteriormente, esser divulgato. Di fatto, l'istruzione fornirà le informazioni minime necessarie ad una formazione e articolazione del pensiero in scala veramente libera. I diritti assicurano non solo aspettative formali, ma debbono pure essere interpretati in modo da permettere l'effettività del principio di uguaglianza, nella sua dimensione

²⁸ BASSI, Antonino Pensovecchio Li. L'interpretazione delle norme costituzionali. Milano, Giuffrè, p. 45.

²⁹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. La autonomía universitária: ámbito y límites (L'autonomia universitaria: ambito e limiti). Madrid: Civitas 1982, p. 29.

sostanziale, inibendo qualsivoglia ostacolo che si frapponga, intralciando l'obiettivo perseguito, quello di promuovere la dignità della persona umana.³⁰

Nel Diritto brasiliano, l'educazione è diritto di tutti e dovere dello Stato e della famiglia, e dovrà essere promossa e incentivata con l'ausilio della società, tendendo al pieno sviluppo della persona, nonché a garantire un'adeguata preparazione funzionale all'esercizio della cittadinanza e la sua qualificazione in vista dell'ingresso nel mondo del lavoro (art. 205). Non si può disconoscere che il diritto all'educazione gioca un ruolo strumentale in relazione agli obiettivi della Repubblica, la sua effettività essendo condizione imprescindibile per l'edificazione di una società libera, giusta e solidale; per la garanzia dello sviluppo nazionale; ai fini dello sradicamento di piaghe quali povertà e emarginazione, con la riduzione di disparità e disuguaglianze sociali e regionali; e per la promozione del bene di tutti. D'altra parte, lo stesso diritto fondamentale presenta un legame essenziale con libertà classiche quale il diritto alla libera manifestazione del pensiero, come è stato anteriormente commentato. Questa è la struttura bipartita del Diritto: diritto fondamentale di prima generazione, per ciò che attiene alla protezione delle libertà, e diritto fondamentale sociale.

Il contenuto del diritto fondamentale all'educazione - diritto sociale - è stabilito essenzialmente dall'art. 208 della Costituzione, qui di seguito trascritto:

Art. 208. Il dovere dello Stato riguardo all'educazione sarà reso effettivo mediante la garanzia di:

I - educazione elementare e media obbligatoria e gratuita dai 4 (quattro) ai 17 (diciassette) anni d'età, essendo assicurata inoltre la sua offerta gratuita a tutti quanti non ne abbiano avuto accesso durante l'età propria;

II - progressiva universalizzazione della scuola media superiore gratuita;

III - offerta di servizi educativi specializzati a portatori di handicap, preferibilmente all'interno della rete scolastica regolare;

IV - educazione infantile, in scuole dell'infanzia e pre-scuola, rivolta ai bambini fino ai 5 (cinque) anni di età;

V - accesso ai livelli più elevati dell'istruzione, della ricerca e della creazione artistica, secondo la capacità di ciascuno;

VI - offerta di una scuola serale tradizionale, adeguata alle condizioni dell'educando;

VII - appoggio all'educando, lungo tutte le tappe della scuola dell'obbligo, a mezzo di programmi supplementari di materiale didattico-scolastico, trasporto, alimentazione e assistenza medica e sanitaria.

§1° - L'accesso alla scuola dell'obbligo e gratuita integra un diritto pubblico soggettivo.

§2° - La mancata offerta di istruzione obbligatoria da parte del Potere Pubblico, o la sua offerta irregolare, comporta responsabilità ascrivibile

³⁰ CARDUCCI, Michele. Riconoscimento ed efficacia del diritto all'educazione in Italia. P. 190-210, p. 194.

all'autorità competente.

§3º – Compete al Potere Pubblico censire gli educandi nell'ambito e nell'ottica della scuola dell'obbligo, convocarli, e aver cura di verificarne, assieme ai genitori o a diversi responsabili, la frequenza scolastica.

La Costituzione Italiana considera il diritto all'educazione come un diritto di libertà (libertà di scuola e libertà nella scuola) e, altresì, come un diritto sociale, in questo caso il diritto di tutti a un'educazione e una formazione adeguate, dirette allo sviluppo della persona e al compimento dei doveri nei confronti della società, così come all'instaurazione di un'effettiva eguaglianza tra tutti i cittadini. In virtù del suo essere un diritto di libertà, inquadrato, pertanto, in ciò a cui ci si riferisce, per convenzione, con l'espressione "prima generazione dei diritti fondamentali", il diritto all'istruzione delimita la sfera di libertà del cittadino al cospetto di possibili ingerenze indesiderate da parte dello Stato, nel settore dell'educazione. Il diritto all'istruzione è vincolato ad altre disposizioni costituzionali quali, ad esempio, l'articolo 3.2, che attribuisce allo Stato il dovere di rimuovere gli ostacoli di natura economica e sociale che impediscano o intralcino lo sviluppo umano e la partecipazione dei cittadini alla vita politica, sociale ed economica del Paese. Il consolidamento del diritto all'educazione come "diritto di libertà" sembra essere dovuto e riconducibile all'esperienza fascista, periodo in cui l'attività educativa e docente si convertirono in mezzo politico finalizzato a condurre la gioventù dell'epoca verso una formazione coerente con l'ideologia obbligatoria.

Ci si può inoltrare nel tentativo di riassumere le diverse norme stabilite dalla Costituzione Italiana, che compongono il nucleo del diritto all'istruzione: Principi che pongono le basi per il riconoscimento del diritto all'istruzione e sua obbligatorietà – art.1.1; 2.2; 3.2 e 9; Principi che trattano l'educazione come interesse (e diritto o dovere) di istituzioni sociali e associazioni non statali: dal 29 al 32, i quali garantiscono l'interesse della famiglia alla scuola e all'istruzione, così come l'insegnamento obbligatorio da impartirsi ai figli; Principi inerenti a struttura, organizzazione e sviluppo dell'ordinamento giuridico scolastico: 33 e 34; Principi che assicurano la serietà del proposito e l'impegno per quanto afferisce alla qualità della docenza: 33.4; e Principi riguardanti l'adattamento della scuola alle necessità di carattere solidaristico dello Stato: art. 35.2, in cui la Repubblica si preoccupa di garantire formazione e sviluppo professionale del lavoratore.

La tematica dell'istruzione, in qualità di diritto sociale, presenta legami con una serie di libertà previste dalla stessa Costituzione: libertà di insegnamento, libertà di scuola, libertà di educazione, diritto all'istruzione, libertà di accesso al sistema scolastico, diritto allo studio. Come messo opportunamente in evidenza da Michele Carducci, in Italia, il diritto fondamentale all'educazione presenta una duplice struttura: da un lato, appare come diritto incondizionato, di immediata applicazione, per quanto concerne la libertà di scelta della scuola, da parte della famiglia o dell'individuo; la libertà di fondare e amministrare istituti scolastici e il diritto di sciopero all'interno delle scuole. Dall'altro

punto di vista, il diritto figura come condizionato, poiché dipendente dall'intervento del potere pubblico per quanto attiene alla determinazione non solo delle condizioni di fatto necessarie a godere del diritto, ma soprattutto all'eventuale rivendicazione in giudizio delle prestazioni corrispondenti al diritto stesso. Tuttavia, l'intervento del potere pubblico non è discrezionale, bensì vincolato ai precetti statuiti negli art. 33 e 34. Ciò produce tre conseguenze importanti: "a) che la mancanza dell'intervento pubblico non incide sull'esistenza dei diritti stabiliti nella Costituzione; b) che tali diritti non sono revocabili dal legislatore ordinario; c) che l'intervento del legislatore condiziona solo le modalità di tutela dei diritti".³¹

Si percepisce la somiglianza col diritto fondamentale all'educazione così come previsto nella Costituzione Brasiliana:

In realtà, però, sia la Costituzione italiana che quella brasiliana sono simili, su questo tema, per il fatto di ispirarsi a quella idea di Costituzione 'dirigente', in cui proprio le disposizioni sui diritti sociali assumono una 'eccedenza deontologica', come è stata denominata in Italia da Vezio Crisafulli, che rafforza la natura precettiva degli articoli come vincolo del legislatore e diritti azionabili per i cittadini.³²

A proposito, in recente e paradigmatico giudicato, il Supremo Tribunale Federale ha esplicitato il vincolo dell'Amministrazione ai diritti fondamentali, in special modo nella concezione e instaurazione di politiche pubbliche legate all'educazione. Il dispositivo della deliberazione ("Acórdão") segue qui, trascritto integralmente, in ragione della sua spiccata rilevanza:

Ricorso Straordinario – Bambino fino ai sei anni di età – Offerta di servizio di scuola dell'infanzia e pre-scuola – Educazione infantile – Diritto assicurato dallo stesso testo costituzionale (CF, ART. 208, IV) – Comprensione globale del diritto costituzionale all'educazione – Dovere giuridico la cui esecuzione s'impone al potere pubblico, in particolare al Comune (CF, ART. 211, §2º) – Ricorso Rigettato.

– L'educazione infantile rappresenta una prerogativa costituzionale indisponibile, che, concessa ai bambini, assicura loro, per effetto dell'integrale sviluppo, e come prima tappa del processo educativo elementare, l'offerta di servizi in scuole dell'infanzia, nonché l'accesso alla pre-scuola (CF, art. 208, IV). – Tale prerogativa giuridica, di conseguenza, impone allo Stato, per effetto dell'alta valenza sociale di cui l'educazione infantile è rivestita, l'obbligo costituzionalmente fondato di creare condizioni oggettive che rendano possibile, concretamente, a favore dei 'bambini dagli zero ai sei anni d'età' (CF, art. 208, IV), l'effettivo accesso a servizi in scuole dell'infanzia e unità di pre-scuola, sotto pena di configurazione di un'inaccettabile omissione governativa, atta a frustrare, ingiustamente, per inerzia, l'integrale adempienza, da parte

³¹ CARDUCCI, Michele. Riconoscimento ed efficacia del diritto all'educazione in Italia. P. 190-210, p. 193.

³² Id., p. 192.

del Potere Pubblico, alla prestazione statale imposta dallo stesso dettato della Costituzione Federale. – L’istruzione infantile, per potersi qualificare come diritto fondamentale di ogni bambino, non si espone, nel suo processo di concretizzazione, a valutazioni meramente discrezionali della Pubblica Amministrazione, né si subordina a ragioni di puro pragmatismo governativo. – I Comuni – che attueranno, prioritariamente, per ciò che afferisce alla scuola elementare e all’educazione infantile (CF, art. 211, §2º) – non potranno dismettere il mandato costituzionale posto in capo ad essi, trattandosi di mandato giuridicamente vincolante, conferito loro ai sensi dell’art. 208, IV, della Legge Fondamentale della Repubblica, e che rappresenta fattore di limitazione della discrezionalità politico-amministrativa degli Enti comunali, le cui opzioni, trattandosi di offrire un servizio rivolto ai bambini all’interno di scuole dell’infanzia (CF, art. 208, IV), non possono essere esercitate in modo da compromettere, poggiando su un giudizio di mera convenienza o opportunità, l’efficacia di questo diritto fondamentale di indole sociale. Benché risieda, innanzitutto, nei Poteri Legislativo ed Esecutivo la prerogativa di formulare e porre in essere politiche pubbliche, si rileva essere possibile, peraltro, per il Potere Giudiziario, determinarle, seppur su basi di eccezionalità, in special modo nelle ipotesi di politiche pubbliche definite dalla stessa Costituzione, siano queste instaurate da organi statali inadempienti, la cui omissione – comportando inottemperanza agli incarichi politico-giuridici incidenti su di essi con carattere obbligatorio – si mostra in grado di inficiare l’efficacia e l’integrità di diritti sociali e culturali impregnati di struttura costituzionale [...].³³

4 L’autonomia universitaria

4.1 L’autonomia universitaria nella Costituzione Italiana

L’analisi dell’origine della parola ‘autonomia’ (derivata dai radicali greci auto e nomos) permette di interpretarla come la possibilità di promulgare regole proprie; di comportarsi in conformità alla medesime regole. Nella lezione di Nina Ranieri:

Il valore intrinseco del vocabolo quale concetto giuridico, peraltro, possiede un contenuto maggiormente ampio rispetto a quello suggerito dall’etimologia, o dalla dialettica aristotelica, in virtù della sua elaborazione storica. L’idea autonomistica è essenzialmente politica quanto a origine. La sua concezione risale ai secoli XI e XII, periodo di rinnovazione della struttura politica nell’Europa Occidentale, la cui principale caratteristica fu quella della delega del potere, sino ad allora concentrato nelle mani dei reali, detentori di grandi poteri politici. In questo continente, la decadenza dei Sacri Imperi (prolungamenti diretti dell’imperium romanorum, rappresentati nella loro ultima versione provvista di una certa efficienza, dall’Impero di Carlo Magno) provoca nei rispettivi territori una progressiva frammentazione dell’autorità politica e, conseguentemente, l’instaurazione di nuclei isolati di potere. La sovranità si

³³ BRASILE. Supremo Tribunale Federale. RE-AgR 410715 / SP. Relatore: Min. Celso de Mello. Giudizio: 22.11.2005. Organo Giudicante: Seconda Sezione. Pubblicazione: DJ 03.02.2006, p. 76. Rilievi nostri.

divide; e l'autorità, che formalmente continua ad essere reale, passa di fatto ad assumere connotazioni feudali e patrimoniali. Dinanzi alle innumerevoli isole autonome in cui s'imbattano, e con le quali si vedono costrette a convivere al fine di conservare l'unità della società cristiana, la Chiesa e l'agonizzante Sacro Romano Impero Germanico – che, all'epoca, comprendeva i territori di Germania, Italia e Provenza – riconoscono ai signori feudatari di tali regioni il potere di autoregolamentazione.³⁴

Autonomia, in Diritto Pubblico, è un concetto polisemantico localizzato nella sfera della distribuzione territoriale e funzionale del potere, ed è, pertanto, relazionata alle definizioni specifiche di forma giuridica e politica dello Stato. Nel diritto italiano, il concetto di autonomia riveste maggior importanza per quanto attiene agli Enti pubblici territoriali locali, la cui denominazione specifica propria è quella di "Autonomia locale". Insegna Giannini:

Per quanto attiene al profilo organizzatorio, il tratto tipico dell'autonomia locale risiede nel fatto che l'organo fondamentale degli enti locali territoriali è il popolo in corpo elettorale, e che conseguentemente essi derivano l'indirizzo politico-amministrativo non dallo Stato, ma dalla loro stessa comunità, ossia dalla maggioranza della propria comunità; con la conseguenza che tale indirizzo può divergere da quello dello Stato, e perfino con esso contrastare, ove non vi sia corrispondenza di maggioranze tra la comunità statale e quella degli enti territoriali. Gli enti locali territoriali hanno, pertanto, nel quadro del sistema dei pubblici poteri, una posizione del tutto propria rispetto a qualsiasi altro potere non statale, e quindi rispetto a qualsiasi altro ente pubblico; tanto che studiosi recenti hanno perfino avanzato l'ipotesi che essi formino una categoria di enti pubblici completamente eterogenea rispetto all'altra.

L'autonomia locale non è però solamente un'autonomia organizzatoria: è anche, come si è esposto anteriormente, un'autonomia normativa avente tratti caratteristici, per la collocazione nella gerarchia delle fonti assunta dagli atti normativi con cui si manifesta. Essa è quindi, per il suo contenuto giuridico, un'autonomia composita; ma, per il suo contenuto costituzionale generale, certo preminente, sta in essa l'aspetto attinente all'autonomia organizzatoria. [...]

Di recente si è discusso se il tratto tipico dell'autonomia locale sia effettivamente l'autonomia dell'indirizzo politico-amministrativo. Vi è stato chi ha temuto che, parlando di indirizzo politico, si introducessero all'interno dell'ordinamento statale degli elementi di perturbazione, portando gli enti locali al livello degli organi costituzionali dello Stato. Questi timori, benché provengano da persone in buona fede, sono però fondati su un'imperfetta concezione dell'indirizzo politico-amministrativo. Come meglio si potrà vedere a proposito dell'autonomia privata, il potere di dare a sé stesso un indirizzo – potere di autodeterminazione – è proprio di ogni soggetto

³⁴ RANIERI, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora da USP, 1994, p. 15.

giuridico, sia esso pubblico o privato. Potrà esser limitato dalla legge in talune sue estrinsecazioni – come avviene per gli enti pubblici comuni –, ma non può, tuttavia, esser eliminato del tutto. Ora, questo potere, allorché il soggetto è un ente esponenziale di un ordinamento giuridico generale, cioè di una comunità comprendente persone di ogni età, sesso, religione, categoria, classe, ecc., è, per definizione, potere d'indirizzo politico, perché la comunità non emette che delle manifestazioni meramente politiche, nel senso rigorosamente scientifico del termine. Stato, Regione, Provincia e Comune, son titolari, tutti, pertanto, di un potere di indirizzo politico.³⁵

Lo studio dell'autonomia, nel diritto italiano, è vincolato principalmente alla questione delle competenze regionali. L'autonomia universitaria, peraltro, è situata all'interno di un differente contesto: si tratta di autonomia organizzativa, così riconosciuta quale potere di organizzarsi, mediante la produzione di norme proprie:

la natura di enti indipendenti vale anche a distinguere l'autonomia universitaria da quella attribuita agli enti locali e alle regioni, ai quali è riconosciuta autonomia politica, da intendersi come capacità di autodeterminazione dei propri fini istituzionali in quanto enti esponenziali di collettività territoriali locali. Questo elemento non sussiste, invece, per le università. [...] Il legislatore statale ha pertanto escluso che il processo di decentramento che ha riguardato l'apparato centrale e le autonomie territoriali, potesse coinvolgere anche le università, confermando la concezione secondo la quale l'assetto dell'autonomia universitaria si fonda su una base normativa di rango costituzionale che connota tali enti alla stessa stregua delle autonomie territoriali, quanto alla rispettiva idoneità ad essere considerati soggetti esponenziali di interessi autonomamente tutelati.³⁶

Un esempio dell'importanza e delle varie sfaccettature del concetto di autonomia organizzativa si può rinvenire nella dottrina italiana, in particolare in Santi Romano e Guido Zanobini, tra gli altri. In questo senso, Santi Romano sottolinea l'autonomia di parti specifiche dello Stato nei confronti di altre, in uno speciale rapporto all'interno di un medesimo sistema giuridico. In consonanza con la sua dottrina istituzionalista, Santi Romano riconosce l'autonomia quando un ordinamento può essere considerato, allo stesso tempo, dipendente e indipendente da un altro, la graduazione dell'autonomia essendo variabile, in funzione della distanza che separa l'ordinamento autonomo da quello superiore che vi ha dato origine. Zanobini, in una sua lezione, che ha avuto ottimi riscontri nell'ambito del Diritto brasiliano, pone in rilievo l'aspetto funzionale dell'autonomia nel momento in cui quest'ultima viene intesa quale un diritto di alcune istituzioni legalmente costituite di creare un proprio Diritto, riconosciuto come tale dallo Stato e incorporato

³⁵ Autonomia (teoria gen. e dir. pubbl.) [IV, 1959], di Giannini Massimo Severo.

³⁶ FINOCCHI, Renato. Le università. In: CASSESE; SABINO. Trattato di Diritto Amministrativo, tomo secondo. Milano: Giuffrè, 2003, p. 1362.

al suo ordinamento. Si tratta di una limitazione che l'ordinamento impone a sé stesso nell'intento di proteggere interessi determinati. In sintesi, secondo Zanobini, l'autonomia sarebbe eminentemente strumentale, avendo quale obiettivo quello di tutelare e soddisfare nella miglior maniera possibile gli interessi in ragione dei quali è stata concessa dall'ordinamento. Questo è, infine, il significato iniziale dell'"autonomia universitaria":

Al riguardo va puntualizzato che, normalmente, nell'espressione 'autonomia universitaria', si tende a ricomprendere sia aspetti propri dell'attività di insegnamento, sia aspetti propri dell'organizzazione amministrativa delle università; e ciò non giova alla chiarezza dei concetti. La libertà di insegnamento, di ricerca scientifica ed artistica e di comunicazione dei relativi risultati, nulla ha a che vedere con il concetto di autonomia, che costituisce una formula organizzativa: al più si potrà discutere e valutare se una maggiore o minore ampiezza di questa, se una strutturazione di un certo procedimento amministrativo in una guisa determinante, se l'attribuzione di un potere di deliberazione ad un organo anziché ad un altro, se la maggiore o la minore rappresentatività di un collegio, possano o meno incidere sulla libertà stessa, ma non certo considerare detta libertà di insegnamento come contenuto dell'autonomia universitaria. Una cosa è una formula organizzativa della Pubblica Amministrazione da disciplinarsi con apposite norme organizzative, altra cosa un'espressione di diritto di libertà costituzionalmente garantito. Un corretto uso, quindi, del concetto di autonomia in funzione dell'ordinamento universitario, concerne solo gli aspetti amministrativi di esso, inteso come scuola e non come istruzione.³⁷

L'Università italiana è passata attraverso successivi processi di trasformazione, i quali hanno finito per toccare pressoché tutti gli elementi costitutivi del suo ordinamento. Infatti, inserimento territoriale, struttura organizzativa e didattica, reclutamento del corpo docente, relazione con Stato e altre entità, contenuto dei corsi e dei titoli, sono tutti aspetti oggetto di grande attenzione da parte del legislatore, principalmente dopo l'anno 1989. Per intendere questo processo di ristrutturazione, è necessario rammentare che l'Università italiana nasce originariamente fuori dallo Stato, per essere poi, in un secondo momento, "incorporata" da quest'ultimo, passando ad avere la sua autonomia riconosciuta in seguito alla promulgazione di diverse leggi, dopo la metà del secolo XX. Tale riconoscimento di autonomia universitaria è occorso contestualmente al processo continuo di condivisione e ripartizione di sovranità da parte di Stato e organismi sovranazionali, detto fenomeno essendo frutto dell'intensificarsi del processo comunitario.

In questo momento è importante analizzare la questione della natura giuridica dell'Università. Si tratta di Enti pubblici indipendenti, in conformità alla nota classificazione di Giannini, "perché traggono il proprio esistere da collettività diverse da quella statale, con interessi che possono anche essere antagonisti rispetto a quelli dello Stato". Enti pubblici

³⁷ BARETTONI, Arleri Alberto; MATARAZZO, Fabio. Università degli studi. Enciclopedia del Diritto, Tomo XLV, Milano: Giuffrè, 1992.

sono soggetti, dotati di personalità giuridica, che lo Stato colloca al proprio fianco affinché perseguano finalità proprie, mediante l'esercizio di poteri pubblici.

[...] tutti gli enti pubblici, infatti, hanno poi sia la capacità di stabilire essi stessi (sia pure entro limiti più o meno precisati dalla legge) le norme, vincolanti per i terzi, con cui regolarsi nella propria attività; sia, in secondo luogo, la capacità di stabilire unilateralmente (pur entro i confini segnalati dalla legge e da quelle loro norme) il comportamento di soggetti estranei ove soddisfare, con ciò, il loro interesse; sia, infine, di risolvere i conflitti che possono sorgere, per effetto dei loro atti, con gli altri soggetti. La prima capacità si chiama autonomia (parola che deriva dal greco, e vuol dire appunto 'dare leggi a sé stessi'); la seconda è chiamata autarchia (parola che pure deriva dal greco, e vuol dire 'amministrare da sé'); la terza, infine, è denominata, con termine immediatamente espressivo, 'autotutela'. [...] L'autonomia degli Enti pubblici, invece, è solo una particolare capacità di dettare norme giuridiche valide per sé, e quindi per i propri associati e per coloro che vogliono o debbono entrare in relazione con tali Enti. Anch'essa corrisponde quindi ad una posizione sociologica di libertà, ma è limitata alla sola possibilità di esprimersi in termini di capacità normativa. Perciò, se si volesse istituire un confronto tra le condizioni dei soggetti non sovrani, ciò andrebbe fatto tra autonomia privata e supremazia pubblica, usando tale espressione per indicare la condizione dei soggetti ai quali è attribuita l'autonomia, l'autarchia e l'autotutela.³⁸

Sono Enti autonomi, con competenze proprie, statuite dalla Costituzione e dalle leggi, dotati di un vincolo con gli interessi pubblici consacrato dall'ordinamento.

Le università, infatti, svolgono in proprio, in base ad un'attribuzione diretta ed esclusiva, i compiti loro affidati nell'interesse generale. Né attività loro, quella di ricerca e quella di insegnamento, sono svolte nell'interesse di altro soggetto pubblico. Da escludere, d'altra parte, il riconoscimento di una posizione di 'indipendenza'. Qui appare evidente, infatti, la distanza dalle autorità indipendenti, la cui caratteristica di fondo è data dall'esercizio di funzioni pubbliche che, per il loro contenuto specifico, devono essere sottratte all'indirizzo politico (se si esclude quello contenuto nella legge). Le università svolgono compiti particolari, ad elevato contenuto tecnico e scientifico, che richiedono l'attribuzione riservata ad organismi connotati dalla significativa presenza di soggetti, ricercatori e professori universitari, la cui qualificazione scientifica sia provata. [...] non resta che richiamare la loro natura di enti pubblici 'ad autonomia costituzionalmente garantita', il che le accomuna ad altri soggetti (in particolare gli enti territoriali e le istituzioni scolastiche), con differenze rilevanti: rispetto agli enti territoriali, il carattere 'funzionale' e non politico dell'autonomia universitaria.³⁹

³⁸ BENVENUTI, Feliciano. *Appunti di Diritto Amministrativo. Parte Generale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1987, p. 57 e 58.

³⁹ BARETTONI, Arleri Alberto; MATARAZZO, Fabio. *Università degli studi*. Enciclopedia del Diritto, Tomo XLV, Milano: Giuffrè, 1992, p. 6110.

Il quadro normativo dell'autonomia dell'università italiana ha il proprio cardine nell'art. 33, comma 6, della Costituzione. Inizialmente, appare opportuno segnalare:

Il disegno della Costituzione italiana è stato quello di riconoscere, al fianco dello Stato-organizzazione, una serie di altri fatti organizzativi, quali strumenti anch'essi rappresentativi di collettività, e laddove la Costituzione ha riconosciuto un'autonomia, l'ha fatto sulla base del presupposto della rilevanza del fatto organizzativo di altri gruppi minori resi omogenei dal perseguimento di un interesse comune. L'autonomia delle istituzioni di alta cultura nell'ordinamento italiano appare così come espressione di autonomia collettiva al pari delle autonomie riconosciute ai gruppi politici, ai gruppi professionali, od anche a quelli confessionali. [...] Tuttavia, un ulteriore tratto caratterizzante della particolare autonomia universitaria va evidenziato: quello di essere collegata alle istituzioni di alta cultura, università e accademie, vale a dire ad organizzazioni giuridicamente maggiormente compiute, più definite delle altre autonomie collettive riconosciute dalla Costituzione. Ciò significa, da un canto, che nel disegno costituzionale le università assumono la posizione di organismi autonomi con il conseguente diritto di affermazione della propria autonomia; dall'altro, però, siffatta autonomia, che si risolve concretamente in un limite al potere dello Stato, viene conferita a condizione e sul presupposto che esse si pongano realmente quale espressione istituzionale dei gruppi che formano o che sono interessati alla cultura universitaria.⁴⁰

In prima istanza, si può affermare che non v'è dubbio riguardo al fatto che l'autonomia delle Università sia limitata e condizionata da altri dispositivi costituzionali, essendo imperativa un'interpretazione sistematica della Costituzione. In effetti, l'integrità del sistema costituzionale dipende dall'interpretazione armoniosa di tutte le sue norme, benché si possano ammettere intensità variabili quanto all'efficacia. Il principio dell'autonomia universitaria si trova, così, ad essere condizionato da altri principi e regole costituzionali.

Un esempio interessante e recente del condizionamento dell'autonomia universitaria ad opera di un principio costituzionale implicito, si trova nella Sentenza n. 1348, del 25 maggio 2013, a mezzo del quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia annullò una deliberazione del "Politecnico di Milano" che determinava l'insegnamento impartito esclusivamente in lingua inglese per i corsi di laurea magistrale e per i dottorati. Il fatto, che può esser riassunto con la citazione di un estratto della sentenza, fu il seguente:

[...] con deliberazione del 15 dicembre 2011, il Senato accademico del Politecnico di Milano ha approvato le linee strategiche per il biennio 2012 – 2014, prevedendo, tra l'altro, la configurazione di un Ateneo a rilevanza internazionale, con aumento dell'internazionalizzazione del corpo docente

⁴⁰ BARETTONI, Arleri Alberto; MATARAZZO, Fabio. Università degli studi. Enciclopedia del Diritto, Tomo XLV, Milano: Giuffrè, 1992, p. 6110.

in modo da assicurare che entro il 2014 ‘almeno 100 insegnamenti siano tenuti da docenti stranieri’. In tale contesto, le linee guida hanno stabilito l’attivazione, a partire dall’anno 2014, delle lauree magistrali e dei dottorati di ricerca ‘esclusivamente in inglese’, con conseguente sviluppo di un piano integrato per la formazione dei docenti e il conseguente sostegno agli studenti.

Nella decisione che ha annullato l’atto citato, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha sottolineato, inizialmente, che l’autonomia universitaria non può offendere principi costituzionali, anche qualora l’intento sia quello di tendere all’auspicabile progressiva internazionalizzazione delle università. Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto che l’atto ledesse il principio costituzionale dell’ufficialità della lingua italiana:

È pacifico che le norme della Costituzione non contengono una diretta affermazione dell’ufficialità della lingua italiana, tuttavia tale carattere è chiaramente percepibile in via indiretta dall’art. 6 Cost. che prevede la tutela delle minoranze linguistiche, rimettendone l’attuazione ad apposite norme. E infatti, l’esigenza costituzionale di tutelare minoranze linguistiche, non predeterminate dalla Carta costituzionale, sorge proprio in dipendenza del carattere ufficiale della lingua italiana, come lingua che caratterizza lo Stato italiano. Anche disposizioni di Legge costituzionale riconoscono l’italiano come lingua ufficiale dello Stato; si pensi all’art. 99 del Testo unico approvato con d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 – recante l’approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino Alto Adige – ove si prevede che ‘nella Regione la lingua tedesca è parificata a quella italiana, che è la lingua ufficiale dello Stato’ [...]. Non è dubitabile, come puntualmente rilevato dall’Avvocatura distrettuale, che la tutela delle minoranze linguistiche sia correlata alle specificità storiche e culturali di determinate parti del territorio della Repubblica, ma ciò non toglie che l’esigenza di tutelare talune minoranze, riconoscendone l’identità linguistica, sorge in dipendenza della dichiarata ufficialità della lingua italiana. Ufficialità che non può tradursi in una vuota formula o in una mera dichiarazione di intenti, ma che assume valenza di principio cogente, immediatamente operativo, tanto che per la valorizzazione di determinate minoranze linguistiche si è resa necessaria l’adozione di una specifica disciplina correlata ad un precetto costituzionale. Ovviamente, ciò non significa che l’uso della lingua inglese, previsto dal Senato accademico del Politecnico, rientri nella tematica della tutela delle minoranze linguistiche, ma consente di evidenziare il carattere centrale che l’ordinamento attribuisce alla lingua italiana come espressione del patrimonio linguistico e culturale dello Stato. Centralità riconosciuta dalla Corte Costituzionale, che, seppure in un giudizio relativo alla legittimità di alcune disposizioni del Codice di Procedura Penale, ha affermato, con valore di principio, che la ‘Costituzione conferma per implicito che il nostro sistema riconosce l’italiano come unica lingua ufficiale, da usare obbligatoriamente, salvo le deroghe disposte a tutela dei gruppi linguistici minoritari, da parte dei Pubblici Uffici nell’esercizio delle loro attribuzioni’ (cfr. Corte Cost. 20 gennaio 1982, n. 28) [...]. Insomma, la possibilità di tenere dei corsi di studio in lingua straniera, facendo sostenere in tale lingua anche le prove di esame, rappresenta solo uno degli strumenti diretti a favorire l’internazionalizzazione, e deve essere attuato, per esigenze

sistematiche e di compatibilità costituzionale, nel rispetto del primato della lingua italiana.⁴¹

Oltre a ciò, il TAR Lombardia ha considerato che l'imposizione della docenza in lingua inglese violasse la libertà di insegnamento e il diritto allo studio previsti nell'art. 33 della Costituzione:

Esiste uno stretto rapporto tra l'esercizio della libertà di insegnamento garantito dalla Costituzione Repubblicana e l'utilizzabilità della lingua italiana. Una volta chiarito che l'italiano non è tutelato quale mezzo di comunicazione orale o scritto, ma per l'insieme di valori culturali che sottende, è consequenziale rilevare che la piena esplicazione della libertà di insegnamento presuppone la possibilità di utilizzare l'italiano, nel senso che il docente che esercita in una istituzione pubblica deve poter scegliere di trasmettere le conoscenze nella lingua italiana. Simmetricamente, il discente deve essere posto in condizione di avvalersi della lingua italiana per la formazione praticata in una Università italiana. Queste corrispondenze sono negate dalle delibere impugnate, che, nei corsi di laurea magistrale e nei dottorati, obbligano i docenti ad insegnare in lingua inglese e gli studenti ad apprendere in lingua inglese. Si badi, la lesione della libertà di insegnamento è ancora più evidente se si considera che, dall'anno accademico 2014 – 2015, il docente di un corso compreso nel biennio magistrale, qualora intenda esercitare il diritto di insegnare in lingua italiana, deve spostare la propria attività didattica nel triennio di base, il che significa che deve abbandonare il corso già gestito e optare per uno diverso, compreso tra gli insegnamenti del triennio, atteso che le materie del biennio finale non sono intercambiabili con quelle del triennio, perché afferiscono alla preparazione specialistica. [...] Questo non significa che ciascun docente abbia una sorta di 'diritto al corso', perché le esigenze organizzative, rimesse all'autonomia universitaria, possono condurre all'accorpamento di corsi, alla loro suddivisione, all'istituzione di nuovi corsi o alla soppressione di altri, con i conseguenti riflessi sulle materie insegnate dai docenti interessati. Piuttosto, sta ad indicare che il singolo docente non può essere sostituito nella gestione di un corso qualora si rifiuti di insegnare in una particolare lingua straniera, atteso che in questo modo si comprime la sua libertà di insegnamento, che, alla luce del primato della lingua italiana, deve potersi esplicare in italiano nella misura in cui è esercitata in una Università pubblica italiana.⁴²

In sintesi, per il Tribunale la libertà di insegnamento statuita nell'art. 33 determina che il docente debba poter trasmettere la sua conoscenza agli alunni in italiano, e, al tempo stesso, gli alunni debbano trovarsi nelle condizioni di valutare, nella loro lingua, l'italiano, la formazione offerta dall'Università. Si tratta di un importante esempio di esercizio di autonomia universitaria condizionata dagli effetti giuridici di altri principi costituzionali.

⁴¹ Disponibile in: <http://www.giustiziaamministrativa.it/DocumentiGA/Milano/Sezione%203/2012/2012019_98/Provvedimenti/201301348_01.XML>.

⁴² Id.

Riprendendo l'analisi dell'art.33, la semplice osservanza della norma costituzionale consente di percepire che l'Università non può esercitare la propria autonomia senza una legge che stabilisca nazionalmente i limiti di detta autonomia. In tal modo, l'autonomia non è assoluta, bensì soggetta a delimitazione ad opera dello Stato stesso, in termini più o meno elastici. L'autonomia prevista dalla Costituzione ha sempre suscitato diverse possibilità interpretative in merito alla natura della riserva di legge – assoluta o relativa – prevista dall'art. 33, comma 6, della Costituzione Italiana.

Le origini della nozione di riserva di legge risalgono alla Germania pre-Costituzione di Weimar, quando si considerava che la sovranità fosse attribuzione propria del monarca, le assemblee essendo, dal canto loro, semplici organi di limitazione di quel potere originario. Perciò, la nozione assume essenziale rilevanza nella delimitazione dell'ambito di competenza proprio delle assemblee, ovvero, dell'ambito entro il quale il monarca non potrebbe attuare in maniera isolata e unilaterale. Col progressivo incremento dell'ampiezza del principio democratico, la condivisione dell'esercizio della funzione normativa tra monarca e legislativo è andata via via consolidandosi, anche in virtù dell'attribuzione, a quest'ultimo potere, della competenza tesa a regolare le questioni afferenti a libertà e proprietà. La riserva di legge per tutti gli interventi ablativi su libertà e proprietà presenta una triplice radice: la dottrina giusnaturalistica dei diritti dell'uomo, l'idea della separazione dei poteri, e il principio di sovranità popolare.⁴³ Non ci si può dimenticare che, nel periodo dello Stato Liberale, come si è già visto, la legge portava con sé il significato di garanzia di libertà contro lo Stato, nel senso che proteggeva i diritti individuali dei cittadini contro le azioni statali. Giustamente per questo, tradizionalmente si associa la riserva di legge pure al campo dell'esazione fiscale, nonché alla determinazione di pene, soprattutto privative della libertà. Sinteticamente, il principio della riserva di legge determina che debba essere la legge l'unica via normativa competente per regolare una data materia. Secondo Cabo Martín, con la riserva di legge si compie una serie di obiettivi: a) la realizzazione effettiva del dibattito pluralista e democratico tra le diverse forze politiche, possibile soltanto nell'ambito del Potere Legislativo; b) la legittimazione democratica consistente nella decisione finale da parte dei rappresentanti del popolo per quanto concerne l'imposizione di obblighi a quello stesso popolo; c) la necessità di fortificare il Parlamento al cospetto del notevole progresso dell'Esecutivo in ragione delle caratteristiche dello Stato Sociale interventista.⁴⁴

Ancora una volta riguardo all'art. 33, comma 6, si rileva l'esistenza di un'interessante posizione dottrinale secondo cui la sua natura sarebbe ibrida, assoluta e relativa: assoluta nel confrontarsi con le competenze del Potere Esecutivo, in ragion del fatto di sottrarre alle fonti regolamentari qualsivoglia disciplina relativa all'autonomia universitaria;

⁴³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimpressão da edição de 1987. Lisboa: Almedina, 2003, p. 20.

⁴⁴ MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 66.

relativa, invece, nel confronto con le altre fonti di autonomia (statuti e regolamenti), non potendo la legge statale stabilire una disciplina tanto intensa e dettagliata al punto da, in pratica, inibire il potere normativo dell'Università di emanare gli atti necessari alla sua piena autonomia.⁴⁵

Pertanto, la definizione concreta di quale autonomia sia stata riconosciuta dalla Costituzione all'Università, implica la sussistenza di diversi gradi di interpretazione. Un'interpretazione maggiormente favorevole all'ampiezza dell'autonomia è fondata su una lettura che contempli una forza espansiva naturale: secondo questa interpretazione, l'autonomia naturalmente avanza sino a dove non venga ad imbattersi in limiti legalmente stabiliti. Tali limiti potrebbero essere posti da legge o con fondamento in tale fonte, pur con l'esclusione di norme regolamentari di contenuto generale. Per questa stessa interpretazione, le relazioni tra le fonti dell'ordinamento giuridico in generale e le fonti dell'ordinamento universitario, non sarebbero di carattere gerarchico, ma semplicemente inerenti alla competenza. Così, la ripartizione di competenze sussisterebbe tra sole due fonti: fonti statali primarie e fonti derivate dall'autonomia (statuti e regolamenti). Tale interpretazione estensiva, di conseguenza, fa in modo che i limiti alle norme emanate dalle Università debbano poggiare il proprio fondamento sulla legge, la quale potrebbe, tra l'altro, limitarsi a stabilire strutture fondamentali e criteri generali dell'organizzazione universitaria, lasciando i campi rimanenti liberi, a disposizione dell'attività normativa espletabile dalla stessa Università. In ogni caso, si è inteso che esse possiedano competenza specifica per, nell'esercizio della propria autonomia, promulgare norme primarie (statuti) e secondarie (regolamenti). La giurisprudenza, tuttavia, ha affermato una posizione favorevole ad un'interpretazione dell'autonomia maggiormente restrittiva. Secondo il Consiglio di Stato (sez.VI, 6 febbraio 198, n. 1269), "l'autonomia delle Università, per quanto ampia possa essere, non può mai oltrepassare i confini che la legge statale ha inteso porre alla sua esplicazione e che sono o direttamente contenuti nella stessa legge n. 168/1989 o individuati mediante rinvio a leggi presupposte che, ovviamente, si occupano specificatamente della materia universitaria".

Una questione particolarmente interessante riguarda il possibile esercizio della funzione normativa dell'Università nel campo delle sanzioni amministrative, intendendo con ciò le misure restrittive previste in caso di interferenza di terzi in una infrazione amministrativa, la cui imposizione compete alla stessa Amministrazione. Il dubbio fa riferimento alla possibilità di tipizzazione delle infrazioni e comminazione di sanzioni a mezzo di atti normativi emanati dall'Amministrazione. La tematica è importante, giacché la Legge n. 240 del 2010⁴⁶ (art. 2 comma 4, collegato alla linea 'e') determina l'elaborazione di Codici Etici da parte delle Università italiane. In conformità alla regola, le Università sono obbligate ad adottare o rivisitare, qualora esso sia già presente, il Codice Etico che

⁴⁵ D'ATENA, A. Profili costituzionali dell'autonomia universitaria, in: *Giur. Const.*, 1991, 2978 e ss.

⁴⁶ Nota come "Riforma Gelmini", commentata di seguito.

troverà applicazione nei confronti di tutti gli integranti della comunità universitaria. Come spiega Michele Carducci:

[...] il contenuto del Codice è già sostanzialmente orientato dalla stessa legge, dato che spetterà ad esso, da un lato, individuare le condotte rilevanti ai fini dell'irrogazione di specifiche sanzioni, volte a scongiurare ingiustizie, discredito e danni nelle attività didattiche, di reclutamento scientifico e di gestione di programmi e risorse dell'Ateneo; dall'altro, regolare specificamente i casi di conflitto di interesse e di proprietà intellettuale, nonché, infine, disciplinare il procedimento tipizzato delle decisioni del Senato accademico sulle proposte del Rettore. Tuttavia, la vera novità della previsione risiede nella esplicita individuazione delle sanzioni in sede di Statuto di autonomia di ciascuna singola università. Lo si desume sempre dall'art. 2 comma 2 lett. m), con l'art. 6 comma 8 della legge 240. La legge non fornisce spunti specifici di inquadramento della tipizzazione, sicché lo spazio di autonomia delle università risulta di fatto incondizionato e nel contempo indeterminato, rispetto ad una necessaria copertura legale di provvedimenti comunque incidenti su prestazioni personali o patrimoniali dei destinatari, e pertanto direttamente referenziati a contenuti di rilievo costituzionale, come possono essere quelli di cui agli articoli 23, 28, 51, 34, 97 e 98, appunto, della Costituzione italiana.⁴⁷

Si percepisce come le Università sian chiamate a stabilire, per mezzo di strumenti gerarchicamente subordinati al rango legislativo, tipizzazioni residue di infrazioni. Si tratta di un'integrazione tra diverse fonti normative, la legge rimettendo alla fonte normativa inferiore derivata da autonomia universitaria.

Bisogna dar risalto al fatto che l'istituzione di infrazioni e la determinazione di sanzioni alle condotte, è materia riservata alla legge formale, in ragione del principio di legalità. Nonostante ciò, è ragionevole ammettere l'impiego di formule ampie, "ogni qual volta il suo concretizzarsi sia ragionevolmente fattibile in virtù di criteri logici, tecnici o di esperienza, i quali consentano di prevedere, con sufficiente sicurezza, la condotta a cui si dirige".⁴⁸ In questo senso, è importante esigere che gli elementi essenziali dell'infrazione e che la sanzione siano, almeno astrattamente, previsti dalla legge, a pena di caratterizzare delega in bianco (delegificazione) in materia riservata.

In tali situazioni, affinché il membro della comunità universitaria abbia previa

⁴⁷ CARDUCCI, Michele. Codici etici e autonomia universitaria. In: Studi in onore di Claudio Rossano, vol. 2. Napoli: Jovene Editore, 2013, p. 571-585, p. 572.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 357. Nella stessa direzione si pone la lezione di Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 818) "Tutte queste misure sono assunte sulla base di disposizioni legali che non possono o debbono fare null'altro che non sia alludere a concetti precisabili in via amministrativa. Tali misure concernono esclusivamente l'identificazione o caratterizzazione tecnica degli elementi o situazioni di fatto che corrispondono, ora già in maniera precisa, ai concetti, nient'affatto specifici né determinati, di cui la legge si è servita esattamente perché fossero così precisati in seguito a studio, analisi e ponderazione tecnica effettuata a livello di Amministrazione, col concorso, se necessario, dei dati di fatto e dei sussidi forniti da scienza e tecnologia disponibili".

conoscenza di quale sia la condotta proibita e, caso venga a porla in essere, di quale sarà la sanzione corrispondente, l'Amministrazione deve concretizzare le figure aperte fornite dalla legge, mediante l'emanazione di atti normativi. Qualora la legge, a causa della sua generalità e astrattezza, non definisca con precisione quale sia la condotta o, meglio, la categoria di condotte che sin da subito segnala quali proibite, l'Amministrazione dovrà adoperarsi al fine di restringere il campo delle possibilità, entro i limiti previsti, garantendo una maggior certezza del diritto (in merito a ciò che è proibito, obbligatorio o permesso) e, ogni qual volta ve ne sia la possibilità, un trattamento basato sull'isonomia per tutti gli amministrati.⁴⁹

Michele Carducci consolida il concetto dell'importanza della certezza del diritto nell'ottica della chiarezza delle tipizzazioni statutarie:

[...] una simile esigenza di chiarificazione in sede di autonomia statutaria appare opportuna per scongiurare che proprio i Codici si traducano in un insieme di clausole generali di difficile contestualizzazione e queste ultime, dunque, risultino, oltre che indeterminate, elastiche, fungibili, comprensibili solo per analogia. [...] al rapporto tra delegificazione, autonomia universitaria, regime delle incompatibilità e Codici Etici, risiede in una questione non formale di 'qualità' della legge stessa rispetto alla 'qualità' degli Statuti. Alla 'chiarezza' della legge dovrà corrispondere una scrittura statutaria su incompatibilità, sanzioni del Codice Etico, utilizzo della delegificazione abilitata dalla legge 240, in grado di ridurre al minimo dubbi e perplessità sul conseguente scenario di 'Soft Law' [...]. Si comprende allora che il quadro di riferimento del rapporto tra autonomia universitaria e Codici Etici non può comunque sottrarsi a questo 'dovere costituzionale' di chiarezza, desumibile nella forma più acuta della responsabilità penale, dall'art. 25 della Costituzione, ma, proprio per questo, da non escludere neppure nei livelli meno incisivi, ma pur sempre limitativi di sfere individuali di libertà o disponibilità, delle altre tipologie di condotte 'illecite' e di sanzioni, comunque coperte dall'art. 23 Cost. [...] all'adempimento del 'dovere di previsione tipizzato, utile al soddisfacimento del requisito della tassatività, si associa quello della chiarezza e determinatezza dei contenuti, anche a livello sub-legislativo di integrazione. La determinatezza assurge così a concetto relazionale, al fine di ridurre al minimo la libertà di scelta tra significati tipici, giacché la 'determinatezza dell'indicazione legislativa del significato di un termine non può stabilirsi prescindendo dal rapporto che lo stesso termine ha con gli altri elementi della fattispecie'.⁵⁰

Lo spazio che dovrà essere riempito dai Codici Etici, dipende dalla densità della legge istitutrice dell'infrazione, più precisamente dalla maniera in cui descrive le condotte e determina le penalità, l'Amministrazione risultando sempre soggetta ai dettami di tale legge. In conformità al principio della certezza giuridica, e tendendo al suo

⁴⁹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 99.

⁵⁰ Ibid.

soddisfacimento, si deve, peraltro, ricercare la maggior chiarezza e sufficienza possibile nella caratterizzazione delle infrazioni, sotto pena di sovvertire il principio della riserva di legge nella prospettiva della delegificazione. Tali questioni ora brevemente presentate, rafforzano l'importanza dell'applicazione del principio del dovuto processo legale nei giudizi amministrativi, con tutti i suoi risvolti e conseguenze. Più specificamente, acquistano rilevanza i principi della motivazione, dell'ampia difesa e della pubblicità, tutti imprescindibili per la ponderazione di legalità e costituzionalità della punizione.

La concretizzazione dell'autonomia universitaria determinata dalla Costituzione è avvenuta fundamentalmente in forza e per effetto della promulgazione delle seguenti leggi: legge 9 maggio 1989, n. 168, legge 24 dicembre 1993, n. 537, legge 3 luglio 1998, n. 210 e "Legge Gelmini", 30 dicembre 2010, n. 240. Stefano Battini sintetizza così:

In Italia, in base alla legge Casati del 1859, solo parzialmente corretta in senso autonomistico dalla riforma Gentile del 1923, poi a sua volta trasfusa nel testo unico sull'istruzione superiore del 1933 (Regio decreto n. 1592 del 1933), lo Stato assumeva sostanzialmente la gestione delle università: se ne accollava interamente il finanziamento; individuava quante e quali esse fossero; stabiliva di quante e quali Facoltà ciascuna di esse si componesse; ne preordinava gli ordinamenti didattici, indicando il numero degli insegnamenti, la loro durata e denominazione; ne definiva gli organi di governo (Rettore, Senato accademico e Consiglio di Amministrazione) e le rispettive funzioni; provvedeva direttamente a scegliere i titolari di tali organi, in particolare il Rettore e i Presidi di Facoltà, che a loro volta componevano il Senato; nominava gli stessi professori, non troppo di rado senza concorso, per 'chiara fama'. Questo quadro, che nella sua trama di fondo si è protratto ben oltre la fine del periodo fascista e l'approvazione della Costituzione, risulta oggi, tuttavia, profondamente mutato.⁵¹

Queste successive leggi trattarono dei diversi aspetti legati all'autonomia universitaria, oscillando tra differenti gradi di soggezione allo Stato. L'esistenza stessa di un Ministero per l'Università, in effetti, palesa, di per sé, le numerose contraddizioni presenti, tra la necessità di autonomia e il controllo centrale realizzato dallo Stato. Ulteriore sintomo di incongruenza è stato tratto dalla Legge 21 giugno 1995, n. 236, la quale trasformò da facoltativa a obbligatoria l'adozione di propri Statuti di autonomia. I successivi indirizzi, limiti e condizionamenti imposti dalla legislazione infra-costituzionale contrastano, apparentemente, con la regola che consta dalla Costituzione, ed intralciano un esercizio delle attività universitarie condotto in maniera autenticamente autonoma. L'esistenza di norme centrali che si applicano a tutte le Università, indipendentemente dalle caratteristiche peculiari di ognuna, pare contrastare col concetto di autonomia.

Le modalità di intervento e controllo dello Stato in relazione all'autonomia

⁵¹ BATTINI, Stefano. La nuova 'governance' delle università. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2 del 2011, p. 359-379; p. 362.

universitaria, s'alterano via via a seconda delle caratteristiche dello Stato nonché degli obiettivi perseguiti dalle Università:

Diverse formule sono state adoperate per sintetizzare il senso di questa trasformazione dei rapporti fra poteri pubblici e università: da quella del 'governo a distanza' ('steering at distance'), a quella dello Stato valutatore, a quella dello Stato regolatore. In linea molto generale, il cambiamento segue due direttrici. La prima è quella dell'autonomia delle università. In Italia, come è noto, questa stagione si è aperta nel 1989 (legge n. 168), e ha caratterizzato tutto l'ultimo decennio dello scorso secolo. La seconda direttrice è quella dell'esercizio di un nuovo «governo a distanza» da parte dello Stato, che in Italia si è invece affermato soprattutto nel primo decennio di questo secolo, i cui ingredienti sono principalmente tre: innanzitutto, la fissazione di regole, per così dire, a maglie larghe, quali standards, griglie, requisiti, etc., che hanno la funzione di delimitare lo spazio entro cui l'autonomia universitaria può essere legittimamente esercitata; poi, la valutazione delle università, cioè dei risultati da esse prodotti mediante l'esercizio dell'autonomia loro concessa; infine, il finanziamento, che viene collegato agli esiti della valutazione. Le funzioni di regolazione, valutazione e finanziamento delle università sono ancora esercitate in prevalenza dagli Stati. Ma, al di sopra e al di sotto di essi, si affacciano altri poteri pubblici. Le università sono ovviamente investite dai processi di globalizzazione in corso: esse sono valutate secondo indicatori internazionali, che le collocano all'interno di classifiche internazionali; la qualità della loro ricerca è misurata in base alla diffusione internazionale dei loro prodotti e alla capacità di attrazione di studenti stranieri; il loro finanziamento dipende dalla capacità di intercettare risorse messe a disposizione da poteri ultrastatali o regionali. Più in generale, se l'università è concepita come strumento che accresce la competitività del sistema economico, questa relazione di strumentalità non è esclusiva del livello nazionale. Ed è pertanto naturale che altri poteri pubblici, sovranazionali e locali, in misura sempre maggiore interloquiscano con le università.⁵²

La prima risposta concreta all'esigenza di autonomia imposta dalla Costituzione è stata offerta dall'art. 6, comma 2, della Legge 9 maggio 1989, n. 168:

2. Nel rispetto dei principi di autonomia stabiliti dall'articolo 33 della Costituzione e specificati dalla legge, le università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi Statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento. È esclusa l'applicabilità di disposizioni emanate con circolare.

L'assoluta, spiccata rilevanza della regola, e le innovazioni apportate all'autonomia universitaria, vengono analizzate da Francesco Midiri:

⁵² BATTINI, Stefano. La nuova 'governance' delle università. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2 del 2011, p. 359-379; p. 363.

[...] questa innovazione risulta naturalmente essenziale per due ordini di fattori. Da un lato, poneva in una luce nuova e implementava grandemente tutte quelle categorie giuridiche, quali l'autonomia didattica, amministrativa e contabile, che l'ordinamento aveva già attribuito agli atenei, ma anche, allo stesso tempo, aveva progressivamente depauperato imponendo il limite del sostanziale monopolio statale nella produzione delle fonti dell'ordinamento universitario, tal che ben poteva ritenersi valida, negli anni ottanta del secolo scorso, l'affermazione secondo la quale l'autonomia universitaria è ben più auto-amministrazione che non auto-ordinamento. Dall'altro lato, dava realizzazione al valore dell'autonomia così come indicato nel dettato costituzionale, ove la lettera alludeva, anche se non esclusivamente, proprio alla caratterizzazione più classica della categoria. In sostanza, solo alla fine degli anni ottanta il legislatore si accingeva ad accogliere una costruzione dogmatica di ascendenza romanistica e, quindi, tutto sommato molto risalente nella sua origine, che già era sottintesa nelle precedenti elaborazioni e addirittura nel dato costituzionale come punto di riferimento teorico, ma a cui l'ordinamento giuridico statale mai aveva dato compiuta realizzazione.⁵³

Lo stesso autore evidenzia che, nella pratica, la legge ha consacrato un'autonomia da esercitare a partire dall'università stessa verso la legge, in ragione del fatto per cui quest'ultima s'è adoperata solamente a stabilire limiti e principi generali. Nello spazio normativo lasciato dalla legge, è spettato all'Università identificare in maniera autonoma la fonte e il contenuto dei rispettivi atti normativi interni relativi alla sua organizzazione e funzionamento. La legge, di fatto, ha caratterizzato l'Università come entità non dipendente, titolare di autonomia in virtù dell'attività esercitata. Si tratta, perciò, della cosiddetta autonomia funzionale, per mezzo della quale un certo grado di autonomia normativa è riconosciuto a determinati enti in ragione dell'importanza delle rispettive attività, nonché al fine di coprire nella sua integralità il campo materiale legato all'esecuzione di dette attività.

È stato questo il primo, inedito riconoscimento esplicito della funzione normativa dell'Università, presupposto della sua autonomia, da esercitarsi mediante l'emanazione di norme proprie. Nonostante si porti dietro una tendenza centralista per ciò che attiene al raggiungimento dei fini stabiliti dallo Stato, la legge riconosce a ogni singola Università la capacità di auto-organizzarsi per mezzo dell'adozione di un proprio Statuto. La dottrina non diverge nel riconoscere allo Statuto un contenuto proprio e differenziato, atto a innovare, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, entro lo spazio normativo previsto dalla Costituzione, e coi limiti stabiliti dalla legge. Ciò significa che le norme dello Statuto prevalgono su quelle derivate da leggi ordinarie, a meno che la legge non stabilisca, espressamente, il contrario. Significa altresì che lo Statuto è strumento di integrazione delle fonti primarie, almeno finché queste disciplinino direttamente la materia. Dallo stesso

⁵³ MIDIRI, Francesco. L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale. Torino: Giappichelli, 2004, p. 158.

Statuto, infine, possono derivare norme secondarie. Queste le ragioni per considerare gli Statuti delle fonti speciali che possono contenere sia norme primarie che secondarie.

I limiti che debbono essere imposti alla legge, oltre all'esistenza di una discrezionalità attribuita allo Stato, sono stati riconosciuti, oramai da parecchio tempo, dalla Corte Costituzionale:

[...] Né può dirsi che sia lesa il diritto delle Università di darsi 'ordinamenti autonomi', perché tale diritto spetta 'nei limiti delle leggi dello Stato', e quindi non si tratta di autonomia piena ed assoluta, ma di un'autonomia che lo Stato può accordare in termini più o meno ampi, sulla base del suo apprezzamento discrezionale, purché non sia irrazionale. D'altra parte, le norme succitate attengono allo stato giuridico dei professori universitari (i quali sono legati da rapporti di impiego con lo Stato), mentre l'autonomia universitaria si esercita nei sensi indicati dagli art. 17 e 18 del T.U. n. 1592 del 1933, nei quali non è fatto cenno alcuno né allo stato giuridico dei docenti, né alla composizione degli organi universitari. V'è altresì da osservare che al legislatore ordinario non è vietato di porre norme le quali, in relazione a determinate finalità di pubblico interesse, possano comportare l'esclusione di taluni cittadini da alcuni uffici pubblici, sempre che ciò non sia irrazionale.⁵⁴

La stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto la possibilità dell'emanazione di regolamenti ministeriali che interessino le università, per ciò che afferisce alle materie che necessitano di trattamento uniforme e che non rientrino nel campo dell'autonomia individuale di ogni singola università:

La 'riserva di legge' assicura il monopolio del legislatore nella determinazione delle scelte qualificanti nelle materie indicate dalla Costituzione, sia escludendo la concorrenza di autorità normative 'secondarie', sia imponendo all'autorità normativa 'primaria' di non sottrarsi al compito che solo ad essa è affidato. Tale valenza è generale e comune a tutte le 'riserve'. Dipende invece dalle specifiche norme costituzionali che le prevedono, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica, il carattere di ciascuna riserva, chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la concreta messa in atto delle scelte qualificanti la materia ch'essa stessa ha operato. [...] Nelle materie coperte, per specifici dettati della Costituzione, da riserva relativa di legge, è bensì consentito che con una disposizione di legge siano conferiti all'Amministrazione poteri normativi, ma solo se, in ordine all'esercizio di detti poteri, siano predeterminati adeguati limiti e indirizzi, limiti e indirizzi che, tuttavia, non devono essere necessariamente previsti nella disposizione istitutiva del potere, ma possono essere ricavati da altre norme di legge, con riferimento all'ordinamento nel suo insieme. Analoga funzione, nella composizione di tale contesto e, quindi, di delimitazione della discrezionalità dell'Amministrazione, deve essere tuttavia riconosciuta anche alle direttive comunitarie vincolanti, alla stregua dell'art. 189 del Trattato CEE, per gli Stati membri a cui sono rivolte.

⁵⁴ Sentenza n. 145/1985, pubblicazione G.C. 1985, p. 1027.

[...] La riserva di legge in tema di accesso ai corsi universitari, come prevista dalla Costituzione, non è tale da esigere che l'intera disciplina della materia sia contenuta in legge. Anzitutto, infatti, per quanto attiene al rapporto tra la legge e l'autonomia universitaria prevista dall'ultimo comma dell'art. 33 Cost., va considerato che, al riguardo, le previsioni legislative valgono solo come 'limiti', che non sarebbero più tali ove le disposizioni di legge fossero circostanziate al punto da ridurre le università – che la Costituzione vuole dotate di ordinamenti autonomi – al ruolo di meri ricettori passivi di decisioni assunte al centro. Mentre, quanto ai rapporti tra potestà legislativa e potestà normativa del Governo, nulla nella Costituzione esclude l'eventualità che un'attività normativa secondaria possa legittimamente essere chiamata dalla legge stessa ad integrarne e svolgerne in concreto i contenuti, quando in materia si richiedano determinazioni bensì unitarie – e, quindi, non rientranti nelle autonome responsabilità dei singoli atenei – ma anche tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni legislative. Rispetto alle linee costituzionali di questo quadro composito, pertanto, le possibilità che si aprono rispetto alle scelte legislative, sono, evidentemente, assai ampie e diversificate.⁵⁵

La posizione della Corte è commentato da Midiri:

[...] La regolamentazione statale, in sostanza, è relativa solo a quegli elementi unitari, comuni e propri della funzione indipendentemente dal contesto di realizzazioni, quegli elementi, cioè, che attengono alla causa della funzione come attività promozionale e come attività di servizio pubblico. Si tratta, evidentemente, di elementi generali a tutto il contesto di realizzazione, i quali, solo in casi eccezionali possono essere anche resi oggetto di una regolamentazione governativa.⁵⁶

I limiti espliciti all'autonomia delle università sono stati inizialmente stabiliti dal comma 2° dell'art. 6 della Legge n. 168: "2. Nel rispetto dei principi di autonomia stabiliti dall'articolo 33 della Costituzione e specificati dalla legge, le università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi Statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento. È esclusa l'applicabilità di disposizioni emanate con circolare". È possibile percepire che la normativa ha creato una nuova riserva di legge, determinando che le leggi posteriori facessero espresso riferimento agli atti normativi dell'università, e altresì escludendo la possibilità di disciplina mediante atti emanati dall'Esecutivo.⁵⁷

⁵⁵ Sentenza 383/1998, pubblicazione G.C. 02.12.98.

⁵⁶ MIDIRI, Francesco. L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale. Torino: Giappichelli, 2004, p. 340.

⁵⁷ In questo senso, la presa di posizione della Corte Costituzionale: "Università – Istruzione universitaria – Accessi – Potere del Ministro dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica di limitare gli accessi a taluni corsi universitari – Prospettata violazione del principio della riserva relativa di legge, in assenza di precetti idonei a indirizzare la normazione secondaria, e del principio di tutela del diritto allo studio – Sopravvenuto mutamento del quadro normativo – Necessità di una nuova valutazione della rilevanza – Restituzione degli atti ai giudici rimettenti. Ordinanza 142/2000, Pubblicazione in G. U. 24.05.00.

Secondo l'opinione e l'insegnamento di F. Merloni, "si tratta di una disposizione coerente con una impostazione che vuole l'università fondamentale ordinata da fonti normative autonome, cosicché le esigenze nazionali di carattere unitario possano essere fatte valere con norme legislative che attuano come indirizzo e limite per Statuti e regolamenti delle università e che, quindi, devono da essi essere recepite, piuttosto che con norme direttamente operative"⁵⁸.

Nella pratica, peraltro, poco spazio normativo è stato lasciato agli Statuti dalle successive leggi. Come scrive Fabio Merusi, "Le università sono autonome, ma sono sottoposte ad una pioggia incessante di provvedimenti legislativi che decidono per loro cosa fare e cosa non fare. Leggi non solo generali, riconducibili ai «limiti stabiliti dalle leggi dello Stato» di cui parla l'art. 33 Cost., ma spesso e volentieri leggi-provvedimento che decidono per loro singole questioni"⁵⁹. Nel disciplinare in maniera esaustiva praticamente la totalità degli aspetti organizzativi relativi all'attività universitaria, le leggi dello Stato trasformano l'autonomia costituzionale in mera lettera morta o, come minimo, riducono il suo campo di attuazione, indirizzandolo su questioni di minore rilevanza.

L'esempio più recente ci è fornito dalla Legge 30 dicembre 2010, n. 240 (Riforma Gelmini), che ha stabilito norme obbligatorie colme di dettagli. Il legislatore s'è preoccupato di rivolgere l'attenzione sostanzialmente a questioni di carattere economico-finanziario, oltre che della necessità di equilibrare il bilancio delle Università. Infatti, la legge presuppone che le università non godano delle condizioni di adeguare la propria organizzazione interna in via autonoma, senza l'interferenza della legislazione. Per tale ragione, le università sono costrette a ridefinire i propri Statuti in conformità a un procedimento stabilito dalla nuova legge, ottemperando e attenendosi a criteri e scadenze poste dalla medesima legge:

Art. 2. (Organi e articolazione interna delle università)

1. Le Università Statali, nel quadro del complessivo processo di riordino della Pubblica Amministrazione, provvedono, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, a modificare i propri Statuti in materia di organizzazione e di organi di governo dell'ateneo, nel rispetto dei principi di autonomia di cui all'articolo 33 della Costituzione, ai sensi dell'articolo 6 della Legge 9 maggio 1989, n. 168, secondo i principi di semplificazione, efficienza, efficacia, trasparenza dell'attività amministrativa e accessibilità delle informazioni relative all'ateneo, con l'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi: [...]

L'autonomia passa ad avere quale proprio filo conduttore principale, quello dell'equilibrio di bilancio: le università che dovessero riuscire nell'intento di appiana-

⁵⁸ F. MERLONI, L'autonomia delle Università e degli Enti Pubblici di ricerca. Alcuni nodi problematici, in Scritti in on. di M.S. Giannini, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 83.

⁵⁹ LEGGE E AUTONOMIA NELLE UNIVERSITÀ, Dir. amm. 2008, 04, 739, Fabio Merusi.

re ed equilibrare i propri bilanci senza compromettere risultati di alto livello da fornirsi nell'ambito della docenza e della ricerca potranno, mediante la celebrazione di un accordo di programma col Ministero, proporre modelli individuali di organizzazione e funzionamento, diversi da quelli previsti dalla legge. Nella lezione di Stefano Battini, viene detto che

La riforma Gelmini ha inteso dunque adeguare il modello di 'governance' delle università al mutato contesto giuridico-istituzionale fondato, da un lato, sulla autonomia degli atenei e, dall'altro lato, sulla loro responsabilità per i risultati dell'attività didattica e di ricerca. A tal fine, essa ha però limitato l'autonomia statutaria delle università, imponendo ad esse un modello che dovrebbe correggere gli effetti di introflessione e autoreferenzialità derivanti dalla indiscriminata applicazione del principio in base al quale i titolari degli organi di governo sono eletti dalla comunità accademica fra i membri di essa. Tale principio continua a trovare piena applicazione per le funzioni normative e di controllo, ma viene attenuato e limitato per le altre funzioni, di indirizzo strategico e di valutazione. In particolare, le scelte che implicano una allocazione selettiva delle risorse fra le diverse componenti del corpo docente, o che comportano una valutazione delle loro attività, richiedono una qualche misura di indipendenza e autonomia del decisore rispetto ai destinatari della decisione. Di qui l'esigenza, accolta nel modello Gelmini, di separare più chiaramente questo tipo di funzioni rispetto alle altre, e di assegnarle ad organi in cui la legittimazione rappresentativa sia bilanciata da un tipo di legittimazione concorrente, fondata sulla professionalità e indipendenza del titolare della carica. Questa scelta, che in certa misura introduce nella 'governance' universitaria l'idea di un equilibrio fra legittimazioni diverse e concorrenti, può essere certamente discussa sul piano dell'opportunità. Essa è stata tuttavia discussa anche sul piano della legittimità costituzionale, a causa del presunto contrasto di tale scelta rispetto ai principi dell'autonomia universitaria e, prima ancora, dell'autogoverno, che a sua volta presidia la libertà scientifica e di insegnamento garantita dall'art. 33 Cost.⁶⁰

La riforma presenta un paradosso: limita l'autonomia delle Università, esigendo che esse si adeguino al nuovo significato di "autonomia". Roberta Calvano rileva che la nuova legislazione diminuisce sensibilmente lo spazio di attuazione normativa discrezionale delle Università:

Se il ruolo della riserva di legge contenuta nell'art. 33, comma 6 Cost., era stato inteso come volto a far porre al legislatore 'principi' entro i quali potesse svolgersi l'autonomia normativa degli atenei, e quindi il legislatore del 1989 aveva posto il principio della rappresentanza delle aree scientifiche disciplinari, come quello della rappresentanza delle fasce o delle componenti negli organi collegiali di governo degli atenei, il legislatore del 2010 ha invece optato per una disciplina dettagliata che regola le modalità di composizione

⁶⁰ BATTINI, Stefano. La nuova 'governance' delle università. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2 del 2011, p. 359-379.

degli organi di governo a tutti i livelli. La legge n. 240 si preoccupa insomma di disciplinare minuziosamente le modalità di composizione di tutti gli organi, da quelli dei dipartimenti a quelli delle 'strutture di raccordo' (le ex Facoltà), agli organi di governo di ateneo, giungendo persino a fissare soglie numeriche di composizione inderogabili per tutti gli atenei statali. [...] l'unico spiraglio lasciato aperto nella disposizione, per l'esercizio di un margine di discrezionalità da parte degli atenei in sede di formulazione dei nuovi Statuti, è stato letto come un'ultima occasione per tutelare il principio dell'autonomia universitaria intesa come autogoverno di una comunità di docenti e studenti, sulla scia della tradizione humboldtiana ed europea. Ci si riferisce a quei vocaboli già richiamati, 'designazione o scelta', contenuti nell'art. 2 comma 1 lett. i, che riguardano la selezione dei componenti del Cda provenienti dalle file del corpo docente e del personale TAB, che molti atenei hanno inteso in senso elettivo.⁶¹

La stessa autrice critica la possibilità di "riscattare" l'autonomia solamente mediante la celebrazione di un accordo-programma col Ministero (art. 1): "La necessità di una trattativa per poter esercitare pienamente un diritto (o una qualsiasi posizione giuridica di vantaggio) pare tuttavia la prima e più tangibile prova della mancata garanzia dello stesso". È Fabio Merusi colui che conclude, chiosando così come segue:

[...] l'autonomia funzionale delle Università, affermata dalla Costituzione, deve necessariamente fare i conti con l'etero-normazione sia della funzione didattica, sia della funzione di ricerca, soprattutto applicata, che, dopo la formale attribuzione dell'autonomia funzionale alle università, ha carattere prevalentemente correttivo di decisioni autonome e/o di soluzione di singole questioni prospettate dal succedersi di problemi non risolvibili da decisioni autonome. Quanto dire una 'autonomia al guinzaglio'... che, come tutti i guinzagli, tira spesso un po' qui e un po' là...⁶²

4.2 Autonomia universitaria nella Costituzione Brasiliana

Comunemente, le funzioni normative sono attribuite quale mezzo di garantire il conseguimento di una finalità, identificata dalla stessa Costituzione, trattandosi, pertanto, semplicemente di garanzie. Analizzando, con fondamento nel costituzionalismo classico, la differenza tra diritti e garanzie fondamentali, afferma Gomes Canotilho⁶³ che "le classiche garanzie sono, a loro volta, anche dei diritti, benché spesso si sottolineasse, in loro, il carattere strumentale di protezione dei diritti. Le garanzie si traducono sia nel diritto dei cittadini di esigere dai poteri pubblici la protezione dei loro diritti; che nel riconoscimento dei mezzi processuali adeguati a tale finalità". Prospettiva analoga

⁶¹ CALVANO, Roberta. L'autonomia universitária stretta tra legislatore e giudici amministrative, Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 4, 2012, disponibilità: <www.rivistaaic.it>.

⁶² Id.

⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396.

pare essere quella sposata da José Afonso da Silva, per il quale "(...) i diritti sono beni e vantaggi conferiti dalla norma, mentre le garanzie son mezzi destinati a far valere questi diritti, sono strumenti mediante i quali si assicurano l'esercizio e il godimento di quei beni e vantaggi".⁶⁴

In ragione della rilevanza delle loro attribuzioni, comunemente insite nell'essenza stessa dello Stato di Diritto, taluni organi o entità vengono destinati, con garanzie, al corretto e libero espletamento delle proprie funzioni. A tali organi o entità sarà, quindi, concessa autonomia, intesa come il potere di creare norme proprie, nei termini e entro i limiti della norma superiore di concessione e in maniera integrata all'ordinamento giuridico nel suo complesso. L'autonomia, in effetti, è una limitazione che la Costituzione impone a sé stessa: significa regolare con norme proprie situazioni volutamente non ricomprese dalla legge, con la finalità di garantire e proteggere certi interessi.⁶⁵ Secondo quanto insegna Nina Ranieri, "l'autonomia, sia essa pubblica o privata, ha quale scopo quello di soddisfare nella miglior maniera possibile gli interessi per i quali viene concessa. Lo Stato, nel farlo per autolimitazione, riconosce e adotta nel suo sistema giuridico il diritto prodotto dall'ente autonomo, dichiarandolo tanto obbligatorio quanto le sue stesse leggi".⁶⁶

La dottrina non è solita divergere nel riconoscere una triplice dimensione dell'autonomia giuridica, applicabile all'autonomia universitaria: auto-organizzazione, auto-governo e auto-amministrazione. La funzione normativa si manifesta, soprattutto, nella prima dimensione, informando la realizzazione delle altre due. La verifica dell'esistenza di autonomie consacrate dalla Costituzione ha un'importante ragion d'essere: gli atti emanati dagli organi o entità autonome, nello stretto limite delle proprie attribuzioni, saranno considerati primari, legati per grado di dipendenza solamente alla Costituzione stessa, possedendo natura di legge materiale e, conseguentemente, medesimo grado gerarchico conferito alla legge formale. In altre parole: costituiranno eccezioni al principio del primato della legge. L'ingerenza dell'Esecutivo o del Legislativo nel campo specifico destinato alla normazione ad opera delle entità o organi autonomi integrerà, perciò, violazione dell'ordine costituzionale.⁶⁷

⁶⁴ Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p.412, nostro rilievo messo in evidenza.

⁶⁵ RANIERI, Nina. Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora da USP, 1994, p.23.

⁶⁶ Ibid., p. 24. Per l'autrice, "[...] il concetto di autonomia nel diritto pubblico è astratto, immateriale: designa la possibilità di direzione propria consentita da un ordinamento superiore e manifestata per mezzo di norme esclusive. Racchiude potere politico, di natura pubblica. È altresì potere funzionale con finalità specifica: si rivolge a rendere operativo l'ideale espletamento di funzioni pubbliche, ragion per cui è soggetta a controllo. Autonomia non significa indipendenza, né sovranità. Il suo esercizio, benché sia pieno, è limitato a sfere specifiche previamente delimitate dall'ente superiore, entro le quali e per le quali saranno prodotte, da parte dell'ente autonomo, norme proprie e integranti del sistema giuridico globale" (Ibid., p. 27).

⁶⁷ Assentendo in relazione all'affermazione per cui le norme prodotte dagli enti autonomi sono primarie, Alexandre Santos de Aragão (A autonomia universitária no Estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 133) sottolinea che esse "[...] hanno forza di legge. In altri termini, sono norme non formalmente legislative, ma dotate della medesima "gerarchia" delle leggi formali, nel senso che esse sono, a loro volta, fonti originarie del Diritto, risultando subordinate esclusivamente alla Costituzione".

In virtù della rilevanza delle loro attribuzioni, le Università sono state trattate con speciale distinzione dal Costituente Brasiliano. In questo senso, la Costituzione ha assicurato alle Università autonomia didattica-scientifica, amministrativa e di gestione finanziaria e patrimoniale, obbedendo al principio di indissolubilità di insegnamento, ricerca, e specializzazione (art. 207). Ad esempio di quel che è stato notato in riferimento all'ordinamento italiano, si percepisce che la funzione normativa ha carattere strumentale, possedendo intima e necessaria correlazione con le competenze costituzionali. Opportunamente, Nina Ranieri sostiene che

[...] è in ragione del servizio specifico che deve prestare – insegnamento, ricerca, e specializzazione – che l'università è dotata di autonomia; e che, in funzione dello stesso, l'uso dell'autonomia deve rivelarsi efficiente e adeguato ai riferimenti socio-culturali, economici e politici propri della società nella quale l'istituzione s'inserisce. Per detti motivi, l'autonomia universitaria è relativa.⁶⁸

Appare, allora, chiaro che le autonomie amministrative e di gestione finanziaria e patrimoniale possiedono innegabile funzione strumentale, ovvero, servono l'autonomia didattica-scientifica, valore, questo, riconosciuto e esaltato dalla Costituzione.⁶⁹ Le Università, in qualità di entità autonome, necessitano, in vista di un adeguato esercizio delle proprie funzioni, di norme giuridiche afferenti alla loro organizzazione e funzionamento specifico – tali norme struttureranno la garanzia dei diritti dei loro titolari o membri, e disciplineranno la formazione e l'efficacia giuridica della loro volontà.

Due conseguenze derivano da questa asserzione: a) è possibile identificare uno stretto ambito materiale per l'emanazione di detti atti normativi, fermo restando che, allorché tale ambito dovesse risultare trasgredito o ecceduto, si configurerà violazione della Costituzione; b) detti atti hanno, quali destinatari diretti, coloro che abbiano una qualche relazione giuridica specifica con l'organo o entità che li emana, relazione, questa, a sua volta strettamente legata all'esercizio della competenza costituzionale. Solamente in via indiretta, perciò, gli atti, a cui si deve piena osservanza e ottemperanza, risultano rivolti ai cittadini – a seconda del contatto specifico con l'esercizio di alcune delle competenze stabilite.

Per ciò che attiene alla portata dell'autonomia, è interessante prendere in considerazione un recente giudicato del Tribunale Regionale Federale della 1^a Regione, che trattò della possibilità di creazione di quote nelle università, portando a galla, indirettamente, l'importante aspetto legato all'autonomia di queste istituzioni. La sentenza ha statuito essere costituzionale la creazione di quote rivolte a persone di colore

⁶⁸ RANIERI, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora da USP, 1994, p.34.

⁶⁹ Su identica lunghezza d'onda, *A autonomia universitária no Estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

e indigeni, in ragion del fatto che si tratterebbe di un'applicazione diretta del principio di isonomia, e non, invece, sulla base del rilievo per il quale si tratta di materia legata all'autonomia dell'università.⁷⁰

Peraltro, si sta consolidando, all'interno del Superiore Tribunale di Giustizia, l'idea secondo cui "le Università Pubbliche hanno autonomia sufficiente per gestire i loro funzionari, così come il proprio patrimonio finanziario, l'esercizio di tale autonomia non potendo, tuttavia, sovrapporsi a quanto disposto da Costituzione e Leggi".⁷¹ Nella stessa linea di pensiero, il Tribunale ha definito che l'università non ha competenza per autorizzare, riconoscere e accreditare corsi di livello accademico, giacché l'art. 53 dev'esser letto di pari passo con l'art. 9º, inciso IX, della Legge di Direttive e Basi, che stabilisce la competenza dell'Unione per autorizzare, riconoscere e accreditare corsi di livello universitario, essendo necessaria, specificamente riguardo ai corsi dell'area di medicina, manifestazione espressa da parte del Consiglio Nazionale di Sanità (Decreto n. 2.207/97), così come si esige manifestazione dell'Ordine degli Avvocati per l'istituzione di corsi in area giuridica. In ulteriore esempio di interpretazione restrittiva dell'autonomia, lo stesso STJ ha inteso che l'autonomia universitaria permette all'istituzione di optare per una valutazione seriale finalizzata alla selezione dei suoi futuri discenti – osservando i dettami della LDB, integrità, serietà e pubblicità dei processi selettivi, tutte le norme, comprese quelle gerarchicamente subordinate alla fonte legislativa, essendo approvate dal Ministero dell'Educazione –, e non nega il controllo esercitato dagli organi pubblici federali competenti nei confronti degli amministratori dell'entità in questione, né l'eventuale responsabilità penale, civile e per improbità amministrativa di tali agenti.⁷²

Il Supremo Tribunale Federale, Corte Costituzionale brasiliana, non presenta discrepanza alcuna rispetto all'interpretazione restrittiva ai sensi della quale "il principio dell'autonomia universitaria non significa sovranità delle università, dovendo, esse, sottomettersi alle leggi, nonché agli altri atti normativi".⁷³ Tale indirizzo è stato applicato, inoltre, allorché si occupa di esaminare l'autonomia amministrativa delle università. Infatti, la Corte Suprema ha inteso che non è lesiva dell'autonomia amministrativa e finanziaria delle università la legge federale istitutiva del "Sistema di Persona Civile

⁷⁰ TRF-1 – 5ª Sezione, AMS 2006.33.00.008424-9/BA. Rel. Des. João Batista Gomes Moreira, Pubblicato nel DJ del 17.05.2007, p. 71. In direzione differente, ammettendo la costituzionalità delle quote, peraltro, ciò inquadrandosi nell'ambito dell'attuazione normativa protetta dall'autonomia universitaria, si veda, nello stesso TRF-1, il giudicato AC 2006.33.00.002978-0/BA, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, pubblicato nel DJ del 10.08.06, p. 118.

⁷¹ AgRg no REsp 519.366/RN, Rel. Ministra JANE SILVA (MAGISTRATO CONVOCATO DEL TJ/MG), Sesta Sezione, giudicato in data 11.11.2008, DJe 01.12.2008.

⁷² REsp 513.890/PR, Rel. Ministro ELIANA CALMON, Seconda Sezione, giudicato in data 08.11.2005, DJ 13.02.2006 p. 730; CC 13758/PR, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Prima Sezione, giudicato in data 06.06.1995, DJ 07.08.1995 p. 23003; MS 3318/DF, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Prima Sezione, giudicato in data 31.05.1994, DJ 15.08.1994, p. 20271.

⁷³ RE 553065 AgR, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, Seconda Sezione, giudicato in data 16.06.2009, DJe-121 DIVULG. 30.06.2009, PUBLIC 01.07.2009 EMENT. VOL-02367-07. PP-01281 RT v. 98, n. 888, 2009, p. 159-161.

dell'Amministrazione Diretta" (Sipac), la cui portata si estende sino a ricomprendere l'amministrazione diretta, le autarchie – incluse quelle a regime speciale – e le fondazioni pubbliche, ma che non esclude dal suo contesto le Università Pubbliche Federali, così come conferisce agli organi integranti dello stesso sistema competenza esclusiva per quanto attiene a tematiche relative ai funzionari civili degli organi e entità del Potere Esecutivo, subordinando altresì la gestione dei dipendenti degli Enti Pubblici Federali a un organo centrale del Ministero dell'Amministrazione e Riforma dello Stato, senza peraltro escludere le università. Nel medesimo giudicato, il STF dichiarò che la Costituzione non ha creato una nuova autonomia universitaria conferendole status costituzionale, giacché tale autonomia deve esplicitarsi entro il regime posto dalle leggi.⁷⁴

Questi giudicati attestano come la giurisprudenza abbia valutato, erroneamente, che la costituzionalizzazione del precetto di autonomia non avrebbe modificato il suo contenuto, bensì meramente dichiarato la sua esistenza nel campo infracostituzionale. In effetti, la prerogativa a cui s'è fatto allusione troverebbe i propri limiti fissati dall'ordinamento infracostituzionale, non conferirebbe alle università potere normativo di primo grado o di rango legislativo, e, infine, l'esercizio della sua funzione normativa sarebbe di carattere derivato e necessariamente subordinato alla fonte giuridica "legge".

In senso contrario si posiziona l'opinione di Anna Candida da Cunha Ferraz, che così recita:

Sancito nella Costituzione Federale, il principio di autonomia universitaria è in possesso di una dimensione fondante, integrativa, direttiva e limitativa propria, il che sta a dire che risulta insito nella Costituzione Federale stessa: a) che si radica il fondamento dell'istituto; b) che è da essa che si estrae la sua forza integrativa in tutto il sistema federativo del Paese; c) che la Costituzione Federale preordina l'interpretazione che potrà esser data all'istituto; d) che i limiti che si possono opporre all'autonomia universitaria hanno quale unica sede possibile la Costituzione Federale; e) che il principio di autonomia universitaria, quale principio costituzionale, dev'essere interpretato in consonanza e armonia – tuttavia, allo stesso livello – con tutti gli altri principi costituzionali. Così, l'università, nello stabilire il proprio Statuto, estrinsecando in esso la sua autonomia universitaria, usa strettamente il potere conferitole, e promanante, dalla Costituzione.⁷⁵

Per dette ragioni, gli Statuti e regolamenti interni vengono formalizzati mediante risoluzione approvata dal Consiglio universitario, ottemperando al principio di legalità, giacché il loro contenuto materiale è predeterminato costituzionalmente. Come si è visto, gli atti normativi – risoluzioni – delle università, all'interno del loro stretto limite di

⁷⁴ DI 1599 MC, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunale in Adunanza Plenaria, giudicato in data 26.02.1998, DJ 18.05.2001 PP-00430 EMENT. VOL-02031-03. PP-00448.

⁷⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A autonomia universitária na Constituição de 05.10.1988 (L'Autonomia universitaria nella Costituzione del 05.10.1988). In: Revista de Direito Administrativo, v. 215, p. 137, gen./mar. 1999.

incidenza, sono equiparabili alle leggi formali. Ciò comporta la prevalenza delle norme dell'università rispetto a norme esogene di eguale valore, per ciò che attiene al loro peculiare interesse, come è stato espressamente determinato dalla Costituzione.

5 Conclusioni

Lo studio condotto permette di concludere che l'autonomia universitaria è stata oggetto di interpretazione restrittiva, sia nell'ordinamento giuridico italiano che in quello brasiliano. In Italia, le restrizioni sono riconducibili a successive leggi che, in ragione della loro densità e minuzia, lasciano poco spazio all'effettivo esercizio dell'autonomia per mezzo dell'esercizio della funzione normativa. In Brasile, la giurisprudenza ha, purtroppo, reiterato, riaffermandolo costantemente, l'indirizzo secondo il quale la consacrazione dell'autonomia sancita, in via espressa, nella Costituzione della Repubblica, non sarebbe sufficiente a far sì che gli atti normativi emanati con fondamento diretto nel testo costituzionale siano inseriti nel medesimo livello gerarchico occupato dalle leggi, configurando invece leggi in senso materiale. Interpretazione maggiormente adeguata parrebbe essere quella consistente nell'escludere dall'esercizio della funzione normativa dell'università le materie che possono essere approcciate esclusivamente da legge formale (riserva di legge), riconoscendole con ampiezza per quanto afferisce all'autonomia didattica-scientifica, amministrativa e di gestione finanziaria e patrimoniale.

Autonomy of universities: comparative study between Brazilian and Italian legal systems

Abstract: This article has as a central theme the University autonomy, identifying its constitutional foundations forms of exercise permitted, its great importance and its limits. The issue has been subject of study as it belongs to the context of transformations recently occurred, and became effective, in the sphere of public law, especially by the change of the eminently authoritarian perspective in favor of the consensualism and greater proximity to citizens. As far as it concerns to the situation of public universities, they go from the initial assumption that they have a normative function, appearing integrated into the legal system, that would recognise the possibility of production of regulatory acts by universities. It concludes, finally, with the basic idea that the rules issued by the University must find foundations in the legal system, in an explicit or implicit manner, and only the law can qualify a given legal relationship and give it effect, and it is not convenient to assume that these effects are inherent in the relationship itself.

Keywords: Autonomy; Administrative Law; Universities; Constitutional Law.

6 Riferimenti bibliografici

- BARETTONI, Arleri Alberto; MATARAZZO, Fabio. Università degli studi. Enciclopedia del Diritto, Tomo XLV, Milano: Giuffrè, 1992, p. 6110.
- BASSI, Antonino Pensovecchio Li. L'interpretazione delle norme costituzionali. Milano: Giuffrè, p. 45.
- BATTINI, Stefano. La nuova 'governance' delle università. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2 del 2011, pp. 359-379; p. 362.
- BENVENUTI, Feliciano. Appunti di Diritto Amministrativo. Parte Generale. 5. ed. Padova: Cedam, 1987, p. 57 e 58.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 201-210.
- CALVANO, Roberta. L'autonomia universitária stretta tra legislatore e giudici amministrative, Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 4, 2012, disponibilità: <www.rivistaaic.it>.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDUCCI, Michele. Codici etici e autonomia universitaria. In: Studi in onore di Claudio Rossano, vol. 2. Napoli: Jovene Editore, 2013, p. 571-585, p. 572.
- _____. Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e originalidade do Brasil (Rapporto tra sviluppo economico, sviluppo costituzionale e originalità del Brasile). A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 15-26, jul./set. 2012.
- CARETTI, Paolo. I diritti sociali nella Costituzione italiana e gli strumenti di garanzia, p. 53-68. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). A eficácia dos direitos sociais (L'efficacia dei diritti sociali). São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.
- D'ATENA, A. Profili costituzionali dell'autonomia universitaria, in: Giur. Const., 1991, 2978 e ss.
- DECARO, Carmela di. L'Università italiana fra "Costituzione culturale" e Spazio europeo. In: Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. 2009-TTT. Torino: G. Giappichelli Editori, 2009, p. 677.
- MERLONI, F. L'autonomia delle Università e degli Enti Pubblici di ricerca. Alcuni nodi problematici, in Scritti in on. di M.S. Giannini, III, Milano: Giuffrè, 1988, p. 83.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. La autonomía universitária: âmbito y límites (L'autonomia universitaria: ambito e limiti). Madrid: Civitas 1982, p. 29.
- FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. Bari: Editori Laterza, 2008, p. 5.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A autonomia universitária na Constituição de 05.10.1988 (L'autonomia universitaria nella Costituzione del 05.10.1988). In: Revista de Direito Administrativo, v. 215, p. 137, gen./mar. 1999.
- FINOCCHI, Renato. Le università. In: CASSESE; SABINO. Trattato di Diritto Amministrativo, tomo secondo. Milano: Giuffrè, 2003, p.1349-1416, p. 1350.
- KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out/dez. 1999, p. 250.
- MARTÍN, Carlos de Cabo. Sobre el concepto de ley. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 66.
- MIDIRI, Francesco. L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale. Torino: Giappichelli, 2004, p. 158.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais. Introdução geral. Apontamentos das aulas. Lisboa: [s.ed.], 1999, p. 46.

PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 40.

RANIERI, Nina. Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora da USP, 1994, p. 35.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 26, nostra traduzione.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2006, p. 45.

WEBER, Max. Sobre a Universidade: o poder do Estado e a dignidade da profissão acadêmica (Sull'Università: il potere dello Stato e la dignità della professione accademica). Trad. Lúlio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Cortez, 1989, p. 69-70.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil – ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 12, nostra traduzione.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOTTA, Fabrício. Autonomia delle Università: studio comparativo tra l'ordinamento giuridico brasiliano e quello italiano. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 85-127, abr./jun. 2015.

Recebido em: 27.08.2014
Aprovado em: 17.11.2014

