

**LIGURIA - CONVEGNO REGIONALE
PROFILO GIURIDICO DEL DIRIGENTE SCOLASTICO
AVVOCATURA DELLO STATO E PATROCINIO DELLE
SCUOLE**

...ma chi difende le istituzioni scolastiche?

Il 30 aprile si è svolto a Varazze (SV) il Convegno su "Profilo del dirigente scolastico - L'Avvocatura dello Stato e il patrocinio delle scuole".

Sono intervenute la dott.ssa Laura Paolucci per l'Avvocatura Distrettuale di Stato di Bologna; la dott.ssa Matilde Pugliaro per l'Avvocatura Distrettuale di Stato di Genova.

Hanno partecipato colleghi di Savona, Imperia, Genova, Torino, Milano, Cuneo, Ivrea.

Si presenta la sintesi del documento elaborato dalla dott.ssa Paolucci rappresenta un contributo molto più efficace di semplici appunti.

L'organizzazione del sistema scolastico e delle istituzioni scolastiche è stata riformata ad opera dell'art. 21 della L. 15 marzo 1997, n. 59 e delle sue fonti delegate.

In particolare, la riforma ha provveduto:

- alla riduzione del numero delle istituzioni scolastiche (D.P.R. 18 giugno 1998, n. 233);
- alla attribuzione di personalità giuridica a ciascuna delle istituzioni scolastiche;
- all'ampliamento dell'autonomia amministrativa di queste, sia sotto il profilo didattico, che sotto quello organizzativo e finanziario (D.P.R. 8 marzo 1999, n. 275);
- all'attribuzione della qualifica dirigenziale ai capi d'istituto in servizio (D.Lgs. 6 marzo 1998, n. 59, refluato nel D.Lgs. n. 29 del 1993 con gli artt. 25 bis e 25 ter).

Dal contesto normativo richiamato risulta che le istituzioni scolastiche autonome seguitano a svolgere, pur dopo la riforma, funzioni e finalità di competenza dello Stato (come attestato dall'art. 1, comma 3, lett. q) della L. n. 59 del 1997 che conferma la permanenza in capo allo Stato delle attribuzioni in materia di ordinamenti scolastici, programmi scolastici, organizzazione generale dell'istruzione scolastica e stato giuridico del personale), continuando ad operare come organi di questo, anche se, attraverso l'attribuzione di personalità giuridica, le stesse divengono autonomo centro di imputazione giuridica.

Il D.P.R. n. 275 del 1999 individua l'ambito di autonomia attribuito alle istituzioni scolastiche, segnando così il confine rispetto al quale le istituzioni scolastiche operano come enti diversi dallo Stato ovvero (continuano ad operare) come organi dello Stato.

Quali effetti sulla questione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato? Le istituzioni scolastiche autonome possano essere considerate (ancora) come "amministrazioni dello Stato" ovvero invece come "amministrazioni non statali".

Nella prima ipotesi, la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle istituzioni scolastiche spetterebbe obbligatoriamente ed inderogabilmente all'Avvocatura dello Stato.

Nella seconda ipotesi, la rappresentanza e la difesa in giudizio delle stesse spetterebbe facoltativamente all'Avvocatura dello Stato.

Nell'un caso e nell'altro, l'Avvocatura dello Stato non può rifiutarsi di prestare la propria attività di difesa tecnica (senza alcun onere economico a carico dell'amministrazione).

Per quanto riguarda invece la posizione dell'amministrazione, si evidenzia che nel caso di patrocinio obbligatorio (prima ipotesi) la procura eventualmente conferita ad avvocati del libero foro sarebbe nulla e così sarebbero conseguentemente nulli gli atti processuali eventualmente posti in essere da questi ultimi.

Nel caso di patrocinio facoltativo (seconda ipotesi), non potrebbe invece contestarsi la legittimità, sotto il profilo generale, dell'eventuale conferimento di procura ad avvocati del libero foro e la validità degli atti processuali posti in essere. In tale caso, tuttavia, sul presupposto che il conferimento della procura sia a titolo oneroso (cioè comporti una spesa per l'ente), la legittimità amministrativa e gestionale di simile scelta è circoscritta dalla legge a "casi speciali" da individuare in "apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza": la disposizione citata costituisce particolare applicazione del principio generale di sana e corretta gestione delle risorse pubbliche, ratificato di recente anche sul piano legislativo secondo il quale è vietato all'amministrazione l'ingiustificato ricorso a collaborazioni esterne soprattutto allorché ne conseguano duplicazioni di compiti già assolti da organi specificamente preposti alla medesima funzione attinta all'esterno.

L'attività della Pubblica amministrazione deve essere svolta dai propri organi e uffici, essendo consentito il ricorso a soggetti esterni solo nei casi previsti dalla legge o in relazione ad eventi straordinari non sopprimibili con la struttura burocratica esistente.

Dopo la riforma, non può essere messa in dubbio la natura di "amministrazioni dello Stato" delle istituzioni scolastiche autonome, con la conseguenza che ad esse continua ad applicarsi il patrocinio obbligatorio di cui all'art. 1 del R.D. n. 1611 del 1933.

Con particolare riferimento alle istituzioni scolastiche autonome, deve essere attribuito rilievo decisivo alla circostanza che le stesse, pur se dotate di personalità giuridica, sono del tutto compenetrata nell'organizzazione dello Stato.

Tale situazione giuridica di compenetrazione con l'apparato statale non è mutata per effetto dell'art. 21 L. n. 59 del 1997 e del D.P.R. n. 275 del 1999.

Si osserva, infatti, che essa è confermata dai seguenti elementi:

- la funzione "istruzione" rimane dello Stato, in particolare rimangono statali le funzioni e i compiti in materia di ordinamenti scolastici, di programmi scolastici, di organizzazione generale dell'istruzione scolastica e di stato giuridico del personale, funzioni tutte atte a salvaguardare l'unitarietà del sistema nazionale dell'istruzione (art. 1, comma 3, lett. q) della L. n. 59 del 1997).

In altre parole, rimane alla competenza dello Stato, che la condivide con le istituzioni scolastiche nei limiti di cui all'art. 21 L. n. 59 del 1997 come specificati dal D.P.R. n. 275 del 1999, l'attività di programmazione educativa e didattica e in genere ogni attività che attenga alla predisposizione e alla realizzazione del percorso degli studi inteso in senso proprio come percorso che sbocca nel conseguimento di un titolo di studio. E' proprio in virtù di questa conservazione di funzioni e compiti allo Stato che si può dire che le scuole, dopo la loro entificazione, svolgono il ruolo di enti ausiliari o strumentali dello Stato

- il perdurante inserimento del dirigente scolastico e del personale della scuola nel personale statale (art. 1, comma 3, lett. q) della L. n. 59 del 1997 e art. 25 bis e ter del D.Lgs. n. 29 del 1993);

- responsabilità sia disciplinare che per risultati del dirigente scolastico nei confronti dell'amministrazione statale (art. 25 bis, primo comma, D.Lgs. n. 29 del 1993 e artt. 5 e 10 D.Lgs. n. 286 del 1999);

- reclutamento del personale della scuola su base territoriale esterna alle istituzioni scolastiche, non rientrando nella competenza delle stesse provvedere a procedure di reclutamento del personale a tempo indeterminato (art. 15 D.P.R. n. 275 del 1999);
- limitata autonomia finanziaria delle istituzioni scolastiche, non essendo ad esse consentito imporre tasse scolastiche quale corrispettivo del servizio;
- mantenimento in capo all'apparato ministeriale del potere di vigilanza in relazione alla funzione di eventuale scioglimento degli organi collegiali della scuola "in caso di persistenti e gravi irregolarità o di mancato funzionamento" (ex art. 28, settimo comma, T.U. n. 297 del 1994, non abrogato dall'art. 17, primo comma, del D.P.R. n. 275 del 1999), significativamente mantenuta allo Stato al contrario dell'analoga funzione con riferimento agli organi collegiali scolastici a livello territoriale, attribuita agli enti locali (art. 139, primo comma, lett. g) D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, con effetto dal 1 settembre 2002).

Quindi l'Avvocatura dello Stato è l'unico difensore attribuito dalla legge alle istituzioni scolastiche.

Deriva -allo stato- la necessità di attenta valutazione del da farsi da parte dell'istituzione scolastica allorché essa debba farsi difendere in via giudiziale (o in veste passiva, perché convenuta in giudizio, o in veste attiva, perché titolare di diritti non soddisfatti).

A ciò va aggiunto che, comunque, la qualificazione come "amministrazione dello Stato" dell'istituzione scolastica e quindi l'obbligatorietà del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato non può essere posta in discussione ogniqualvolta la stessa operi come organo dello Stato: in tal senso infatti è la costante giurisprudenza formatasi a proposito delle Università degli Studi. Esempio di azione posta in essere come organo dello Stato è quella di gestione del personale per lo svolgimento del servizio d'istruzione, allorché si consideri che pur dopo la riforma di cui all'art. 21 della l. n. 59 del 1997, il personale dirigente, docente e amministrativo, tecnico e ausiliario rimane personale dello Stato: l'attività posta in essere (azioni positive o omissive) da questo è dunque riferibile allo Stato.

E' utile ricordare l'abbondante giurisprudenza circa l'imputazione allo Stato dell'azione del personale in questione secondo la quale il personale docente degli istituti statali si trova in rapporto organico con l'amministrazione statale e non col singolo istituto, con la conseguenza che, nel caso di danni subiti da un allievo ed ascrivibili al personale docente, legittimato passivo nel giudizio di risarcimento è il ministero della pubblica istruzione, e non l'istituto.

Tale situazione ricorre negli svariati casi di cause subite dall'amministrazione scolastica aventi ad oggetto il risarcimento del danno per i c.d. infortuni scolastici subiti dagli allievi durante lo svolgimento dell'attività scolastica.

Altro esempio di azione posta in essere dall'istituzione scolastica come organo dello Stato è (oltre a quella di insegnamento) quella di valutazione del rendimento scolastico degli alunni: la valutazione operata dai docenti, sia in forma individuale che collegiale, così come quella operata dalle commissioni d'esame è riferibile certamente allo Stato e non all'istituzione scolastica in quanto tale.

La questione non muta ed anzi si presenta negli stessi identici termini allorché le istituzioni scolastiche diano vita o partecipino a consorzi o a reti di scuole. Non va infatti dimenticato che le regole di azione che gli organismi associativi di enti pubblici devono rispettare sono le stesse ad essi applicabili: la partecipazione ad organismi associativi non può, infatti, tradursi in strumento di elusione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'azione di ogni ente pubblico.

Regole particolari sono dettate dalla legge in relazione alle controversie in materia di rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici di cui all'art. 409 c.p.c..

Il primo dato particolare attiene alla possibilità che, limitatamente al primo grado del giudizio, la difesa tecnica (rappresentanza e difesa in giudizio) dell'amministrazione possa essere assunta dal personale della stessa amministrazione.

Nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, limitatamente al giudizio di primo grado le amministrazioni stesse possono stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti”.

L'Avvocatura dello Stato competente per territorio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, può determinare di assumere direttamente la trattazione della causa dandone immediata comunicazione ai competenti uffici dell'amministrazione interessata, nonché al Dipartimento della funzione pubblica, anche per l'eventuale emanazione di direttive agli uffici per la gestione del contenzioso del lavoro.

Il regime delle notificazioni, prescrive che “per le amministrazioni statali o ad esse equiparate, ai fini della rappresentanza e difesa in giudizio, si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato competente per territorio”.

Poiché il personale della scuola continua comunque ad essere legato da rapporto di servizio con lo Stato, l'attività di gestione dello stato giuridico ed economico di tale personale è riferibile allo Stato stesso.

Allorché il dirigente scolastico gestisce i rapporti lavoro del personale dipendente assegnato all'istituzione scolastica, egli opera (continua ad operare) quale organo decentrato dello Stato (arg. ex art. 15, primo comma, D.P.R. n. 275 del 1999).

Al contenzioso con il personale dipendente della scuola è applicabile la disposizione del secondo comma dell'art. 417 bis c.p.c.: a ciò consegue ulteriormente che la difesa tecnica dell'amministrazione scolastica in giudizio spetterà alternativamente –ed esclusivamente - al dipendente dell'amministrazione ovvero all'Avvocatura dello Stato, laddove la stessa si determini ad assumere direttamente la trattazione della causa.

Queste (dipendente o Avvocatura dello Stato) sono le uniche due difese possibili per le amministrazioni statali o ad esse equiparate, in ossequio alla regola generale secondo cui è vietato alle amministrazioni dello Stato richiedere l'assistenza di avvocati del libero foro.

La regola è applicabile, sia che il comportamento o l'atto provengano dall'organo periferico dell'amministrazione della pubblica istruzione competente alle funzioni in materia di personale relative ad ambito territoriale più ampio di quello di competenza della singola istituzione scolastica (ad es. trasferimenti e mobilità di competenza attualmente dei Provveditorati agli Studi) sia che il comportamento o l'atto provengano dal dirigente scolastico.

L'attività di consulenza giuridica è quella finalizzata ad orientare, sotto il profilo della sua legittimità, l'azione dell'amministrazione: essa si estrinseca attraverso l'espressione di pareri.

Essa può avere ad oggetto tanto l'azione amministrativa in senso stretto (l'azione posta in essere nell'esercizio di potestà pubbliche con le forme del diritto amministrativo: ad esempio, la scelta del contraente quale il fornitore o il prestatore di un servizio) tanto l'azione iure privatorum (l'azione posta in essere senza prerogative pubbliche con le forme ordinarie del diritto privato: ad esempio, la gestione dello stato giuridico ed economico del personale).

L'attività di consulenza assume rilievo autonomo allorché provenga da un soggetto esterno e distinto dal soggetto consiliato.

L'ordinamento delle organizzazioni pubbliche normalmente affida ad organi od uffici il compito istituzionale di prestare consulenza giuridica agli altri organi o uffici del proprio apparato. Relativamente allo Stato, tale compito è istituzionalmente affidato al Consiglio di Stato.

Esula dalla funzione consultiva in senso stretto quell'attività di orientamento dell'azione amministrativa che viene svolta dagli organi gerarchicamente sovraordinati nei confronti degli organi in posizione gerarchicamente inferiore: la relazione di linea esistente fra gli organi stempera il valore meramente consulenziale dell'attività, che si confonde così con il potere d'ordine tipico di tale relazione.

Al di fuori, tuttavia, della relazione gerarchica e, quindi, del potere d'ordine, è ammissibile un recupero della natura consulenziale dell'attività: è così prospettabile un'attività consultiva da parte di organi che, in posizione di staff rispetto all'organo richiedente, appartengano alla stessa struttura organizzativa e siano preposti istituzionalmente alla cura dello stesso interesse pubblico.

Al di fuori di tali ipotesi e con riferimento ai soggetti esterni, la materia è regolata nello stesso modo dell'attività di assistenza e difesa in giudizio, con la conseguenza del divieto per le Amministrazioni dello Stato di richiedere consulenza giuridica a soggetti diversi dall'Avvocatura dello Stato e dell'obbligo per le amministrazioni facoltativamente ammesse ad avvalersi dell'Avvocatura erariale di giustificare volta a volta il ricorso alla collaborazione esterna.

Venendo alle istituzioni scolastiche, ci si domanda chi possa (o debba) prestare ad esse consulenza giuridica.

Con riferimento alla struttura "interna" all'amministrazione delle Pubblica Istruzione certamente (anche) la funzione di consulenza giuridica può essere fatta rientrare fra i compiti di assistenza e supporto alle istituzioni scolastiche di competenza istituzionale degli Uffici scolastici regionali, secondo l'articolazione territoriale rimessa ad apposito atto organizzativo del dirigente generale regionale (art. 6, terzo e settimo comma, D.P.R. n. 347 del 2000).

Con riferimento alle competenze per le quali le istituzioni scolastiche operano (continuano ad operare) come organo dello Stato non può essere disconosciuta la sopravvivenza di un potere vincolante, se non d'ordine, certamente d'indirizzo e di direttiva, dell'organo in questione nei confronti delle istituzioni scolastiche.

Con riferimento ai soggetti "esterni", valgono le stesse regole già viste per il patrocinio difensivo.

Ne deriva la sussistenza del divieto (ex artt. 1 e 13 R.D. n. 1611 del 1933) da parte delle istituzioni scolastiche di richiedere consulenza giuridica a soggetti diversi dall'Avvocatura dello Stato.

E' opportuno a tale proposito osservare come di norma i pareri resi dall'Avvocatura dello Stato sono facoltativi e non vincolanti. In tali casi, l'amministrazione che abbia chiesto e ricevuto il parere conserva il potere di discostarsene: allorchè ciò avvenga, comunque, in base alla regola generale in materia di efficacia giuridica dei pareri non vincolanti, la legittimità della seguente azione dell'amministrazione è condizionata dalla necessaria motivazione circa le ragioni del dissenso.

Osservazioni dagli appunti

Parlare di dirigenza scolastica significa, quindi, riferirsi a due percorsi e a due contesti normativi distinti in quanto significa diventare organo dell'ente cui essa è preposta. Il Dirigente Scolastico, prima che persona fisica, è organo, con le sue competenze, che svolge azioni dell'amministrazione.

Il Dirigente Scolastico, in quanto organo così descritto, nasce da una riforma molto importante: il decentramento e le decisioni che qualificano tale organo sono, ad esempio, la realizzazione del Piano dell'offerta formativa.

Il rapporto tra le scuole e lo Stato è un rapporto interno e l'interlocutore certo è lo Stato. Con l'art. 21 della L. 59/97 la scuola diventa un ente a se stante, cioè l'azione di riferibilità allo Stato di tutto ciò che avviene a scuola muta in alcuni aspetti.

La scuola non si sgancia totalmente dallo Stato (i finanziamenti arrivano dallo Stato in virtù della lett. q dell'art. 1 della L. 59/97. Ma la scuola diventa anche persona giuridica con margini di autonomia e questa autonomia è un dato quali-quantitativo (D.P.R. 275/98).

La scuola si configura, pertanto, come organo e come ente, con azioni svolte riferibili alla scuola e azioni svolte riferibili allo Stato.

Come Dirigenti Scolastici diventa fondamentale comprendere chi siamo mentre agiamo, cioè mettiamo in essere azioni come organo dello Stato (gestione del personale) o azioni che mettiamo in essere come ente (stipula contratti con terzi)?.

Le azioni poste in essere come enti potevano avvenire prima della personalità giuridica solo per delega; con la personalità giuridica si acquista la capacità negoziale.

E' fondamentale comprendere ora il significato del Decreto 29 del 1993 che ha privatizzato il rapporto pubblico di lavoro. Con il decreto 29/93, la "mission" è data dalla legge che distingue, al riguardo, tra funzioni di controllo e funzioni di gestione.

Le funzioni di indirizzo sono svolte da organi (es.: il Ministero), le funzioni di gestione sono prerogativa del Dirigente Scolastico, incardinato nella dirigenza statale per effetto degli artt. 25 bis e 25 ter e per effetto del Decreto 80/98.

Il nodo critico della riforma degli organi collegiali, che non è stata varata, lascia senza risposta la domanda "chi sono gli organi di controllo per gli enti a se stanti?".

La funzione di controllo è diretta al controllo di gestione (D.Lgs. n. 286 del 1999), al controllo (verifica) delle prestazioni dirigenziali. Al Dirigente Scolastico viene attribuito l'incarico, caratterizzato da temporaneità e da strumentalità: la valutazione delle prestazioni del Dirigente Scolastico possono dare come esito la conferma o meno dell'incarico.

Diventa fondamentale, quindi, comprendere quanto e cosa sta nella legge e quanto e cosa nel contratto (es.: criteri di attribuzione degli incarichi e criteri di valutazione).

Nell'espletamento del proprio incarico il Dirigente Scolastico conserva la prerogativa dell'autonomia, quindi la gerarchia viene meno anche se esso è organo dello Stato: non è ammissibile il potere d'ordine di un altro dirigente.

Quando il Dirigente Scolastico opera come organo dello Stato può ricevere direttive dall'organo periferico (Direttore Regionale) e può ricevere informazioni e orientamenti. Il Dirigente Regionale è organo dello Stato come il Dirigente Scolastico e non il superiore, ma svolge le funzioni dello Stato che non sono attribuite al Dirigente Scolastico.

In questo contesto assume particolare rilievo per il Dirigente Scolastico comprendere dove il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato è obbligatorio e dove è facoltativo. Il contesto è caratterizzato dalle azioni poste in essere come organo e come ente.

Dalle domande poste dai partecipanti si è riusciti a produrre alcune esemplificazioni:

1) "posso affidarmi come scuola a uno studio privato per la consulenza legale, mediante una rete di scuole?"

RISPOSTA

No. Il patrocinio dell'Avvocatura esclude tale possibilità.

2) "posso affidarmi come scuola a uno studio privato per la consulenza, l'assistenza sulla sicurezza, anche nominando il RSPP, mediante una rete di scuole?"

RISPOSTA

Sì. Occorre fare attenzione alla stesura del contratto per la precisazione dei contenuti dell'incarico e delle responsabilità connesse. Il contratto con i terzi va sempre motivato con la dimostrazione di non avere all'interno della propria amministrazione le competenze utilizzabili.

3) "posso affidare a un esperto esterno la vigilanza sugli alunni in assenza del personale statale?"

RISPOSTA

Sì. Il contratto deve precisare che una delle responsabilità assegnate nei compiti da svolgere è il dovere di vigilanza, proprio del personale statale. In questo senso, il terzo (esperto esterno) è assimilato al personale statale. In assenza di una specifica attribuzione e definizione nel contratto delle funzioni di vigilanza è molto opportuno che vi sia almeno una corrispondenza che attesti l'assunzione o l'attribuzione delle funzioni di vigilanza da parte del soggetto esterno.

4) "quali contenziosi possono attivarsi rispetto alle prerogative esclusive del Dirigente Scolastico, ad esempio nel caso dell'assegnazione delle classi ai docenti?"

RISPOSTA

Per ciò che attiene le prerogative esclusive del Dirigente Scolastico occorre dimostrare che si è rispettato il corretto iter amministrativo: rispetto dei criteri definiti dal Consiglio dal Consiglio di Istituto, acquisizione di eventuali proposte formulate dal Collegio dei Docenti motivando le scelte diverse da quelle motivazioni. La prerogativa esclusiva rimane tale proprio per effetto del rispetto dell'iter procedurale che fa cadere ogni ipotesi di contenzioso.

5) "cosa si deve fare quando si riceve un avviso giudiziario?"

RISPOSTA

Si prende la comunicazione, che non deve spaventare nel caso sia inviata alla persona fisica del Dirigente Scolastico, e la si inoltra direttamente all'Avvocatura dello Stato.

6) "molte scuole eseguono in proprio le piccole manutenzioni agli edifici scolastici. Quali sono i problemi che si possono verificare?"

RISPOSTA

Occorre ricordare che la legge non stabilisce l'obbligo per le scuole di accettare tale delega dai Comuni. Bisogna che ci sia una comunicazione dalla scuola che dichiara di accettare tale delega, altrimenti il Comune non può assegnare d'ufficio la piccola manutenzione.

Occorre fare molta attenzione perché la scuola si assume un compito non proprio e opera su una struttura su cui non è competente né responsabile. Gli effetti dell'esecuzione dei lavori di piccola manutenzione comportano responsabilità per chi li ha fatti eseguire.

7) "cosa succederebbe alla scuola nell'ipotesi di federalismo e di devolution?"

RISPOSTA

Il problema non esiste da un punto di vista giuridico perché manca una legge, una legge che andrebbe a modificare sostanzialmente la Costituzione, anche nella parte I.

Oltre al maltrattamento che la Costituzione oggi sta subendo, lo scenario è fortemente preoccupante.