



Ministero della Pubblica Istruzione

Ufficio Scolastico Regionale
per l'Emilia-Romagna

Direzione Generale

P.ZZA XX SETTEMBRE, 1 - 40121 - BOLOGNA - tel. 051/4215711 - Fax 051/247876

Ufficio IX - Legale, Contenzioso e Disciplinare

*Dirigente responsabile:
Dott.ssa Rosa Aura Severino*

Prot. n.742

Bologna, 23.10.2006

- Ai Dirigente scolastico
OMISSIS
- Ai Dirigenti degli Uffici Scolastici Prov.li
dell' Emilia Romagna
LORO SEDI
- Ai Dirigenti degli Uffici
II° - IV° - VI° - VII°
SEDE

Oggetto: **Attività incompatibili con la funzione docente.**
Risposta a quesito.

Si riscontra la nota prot. OMISSIS, con cui la S.V. ha sollecitato un parere allo scrivente Ufficio in ordine alla compatibilità della funzione docente con lo svolgimento di attività libero-professionali in presenza di un orario ridotto per allattamento o per congedo parentale frazionato, che prevede l'assenza dalla scuola per 3 giorni settimanali.

Va premesso che il tema delle autorizzazioni e delle compatibilità va analizzato in via generale alla luce della normativa di seguito richiamata:

- In primis l'art. 508 del T.U. 297/94, che, in particolare, al comma 10 stabilisce: "*Il personale di cui al presente titolo (personale docente) non può esercitare attività commerciale, industriale e professionale, né può assumere o mantenere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società od enti per i quali la nomina è riservata allo Stato e sia intervenuta l'autorizzazione del Ministero della pubblica istruzione.*"
- il co. 15 dell'art. 508 T.U. 297/94, che precisa: "*al personale docente è consentito, previa autorizzazione del direttore didattico o del preside, l'esercizio di libere*

professioni che non siano di pregiudizio all'assolvimento di tutte le attività inerenti alla funzione docente e siano compatibili con l'orario di insegnamento e di servizio".

- l'art. 53 del D.lvo 165/2001, che vieta la cumulabilità della funzione docente con altri rapporti di impiego. A tal proposito il Consiglio di Stato (sentenza sez. VI, 3/11/2003 n. 6829) ha precisato che *"è configurabile come vero rapporto di lavoro subordinato – tale da determinare una situazione di incompatibilità per il pubblico dipendente – una prestazione lavorativa resa dal dipendente stesso in favore di altro soggetto in via continuativa e con vincolo di subordinazione gerarchica ed obbligo del rispetto di orario (alla stregua del principio è stato ritenuto che costituisse rapporto di lavoro, come tale incompatibile con lo status di pubblico dipendente, l'attività svolta da alcuni dipendenti quali insegnanti nelle scuole civiche)"*.

Preme evidenziare, a tal proposito, che il Consiglio di Stato, con la sentenza sopra richiamata, ha ritenuto irrilevante la presenza di un orario di lavoro ridotto, potendosi comunque ravvisare un rapporto di lavoro subordinato anche laddove la prestazione lavorativa sia fornita per poche ore settimanali, ove però sussistente la presenza delle modalità esplicative della professione sopra individuate.

- la legge 23.12.1996 n. 662, art. 1, co. 58, "tempo parziale e disciplina delle incompatibilità" (pubblicata sulla G.U. - n. 44 del 22.2.1997), che dispone che le pubbliche Amministrazioni adottino, in conformità alla predetta legge, i regolamenti in merito. In tal senso, l'O.M. n. 446 del 22 luglio 1997, nel dettare le disposizioni riguardanti il rapporto di lavoro a tempo parziale del personale della scuola, all'art. 4 - Attività compatibili – statuisce espressamente che *"ai sensi dell'art. 1, comma 58, della legge n. 662/96, l'attività lavorativa subordinata, prestata in aggiunta a quella intercorrente con l'amministrazione scolastica, non può, in alcun caso, essere costituita con altra amministrazione pubblica"*.

Tutto ciò premesso, con riferimento al caso specifico prospettato dalla S.V., pare opportuno chiarire preliminarmente la differenza terminologica intercorrente fra l'"attività professionale" indicata al co. 10° dell'art. 508 T.U. 297/94 e la "libera professione" citata al co. 15° della medesima disposizione normativa.

Diversa, infatti, appare la natura della loro esplicazione posto che: l'attività professionale (genericamente indicata al co. 10° e meglio delineata nella nota ministeriale, prot. n. 1584 del 29.07.2005) può essere svolta sia in presenza di un vincolo di subordinazione, sia sotto forma di libero esercizio, mentre la libera professione, di cui al

co. 15°, stante la precisa scelta del legislatore di ricorrere all'aggettivo "libera", comporta l'automatica esclusione della possibilità di costituire un qualsiasi vincolo di subordinazione in capo al prestatore che, com'è noto, in tale contesto, fornisce la propria opera professionale secondo le modalità tecniche, operative ed organizzative ritenute più opportune.

Il legislatore dunque, ai commi 10° e 15°, ha voluto contemplare due distinte ipotesi di prestazione di opera professionale, accordando però la compatibilità con la funzione docente solo ai casi in cui la predetta opera non implichi l'insorgenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata.

Nel caso di specie, riferisce la S.V., che la docente opera al di fuori della scuola, in regime di "libera professione". Tale ultima circostanza lascia intuire una totale indipendenza operativa della medesima, che consentirebbe di inquadrare l'attività da svolgere in quella contemplata dal comma 15 dell'art. 508 summenzionato e per ciò stesso autorizzabile.

A tal riguardo sembra opportuno citare alcune pronunce giurisprudenziali, che avendo circoscritto i termini della questione, sono di aiuto al Dirigente che dovrà assumere le proprie determinazioni:

- Il T.A.R. Sicilia sez. Palermo, con sentenza n. 874 del 19/10/21983 ha avuto modo di precisare che *"le libere professioni... compatibili con la funzione docente sono le libere professioni tradizionali ... che richiedono una notevole qualificazione culturale e professionale ed accrescono l'esperienza culturale del docente e del suo prestigio; di conseguenza restano escluse quelle altre attività che non presentino dette caratteristiche"*.

- Il T.A.R. Toscana Sez. I, con pronuncia n. 363 del 26 giugno 1995 ha sentenziato: *"l'esercizio di libere professioni che non siano di pregiudizio all'assolvimento delle attività inerenti alla funzione docente e siano compatibili con l'orario di insegnamento e di servizio non si riferisce alle sole professioni per le quali sia richiesta iscrizione ad albi"*.

Conclusivamente, in sede autorizzatoria, occorrerà aver presente l'ormai consolidato quadro interpretativo- giurisprudenziale intervenuto, che individua gli indici di riconoscimento della natura "subordinata" e non autonoma di un rapporto lavorativo, specie quando esso attenga all'insegnamento, coglibili nell'insieme delle regole date al rapporto, quali quelle della *"collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a cadenze fissa di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa con l'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro"* o in altri aspetti *"l'assenza in capo al lavoratore di*

una sia pur minima struttura imprenditoriale"; tutti aspetti che "possono essere valutati globalmente come indizi della subordinazione" (v. Sentenze Cassazione n. 379 del 30 Giugno 1999 e Cassazione sez. Lavoro n. 5508/2004).

In ragione di quanto sopra, la verifica che la S.V. dovrà compiere al fine di autorizzare o meno l'esercizio della libera professione dovrà tener conto: a) del **carattere di autonomia o di subordinazione del rapporto di lavoro**; b) dell'eventuale **pregiudizio dell'attività all'ordinato e completo assolvimento delle attività inerenti alla funzione docente**; c) della **coerenza con l'insegnamento impartito**. In tale intrinseca coerenza è difatti ravvisabile la ratio della norma, intesa a favorire le libere professioni allorché le stesse vadano a refluire in modo sostanzialmente positivo sull'attività di insegnamento impartito.

E proprio in relazione alla coerenza con l'insegnamento impartito, si può esemplificare il caso del docente di diritto che esercita la professione forense. Orbene, in tale caso, oltre che l'art. 53 del D.lgs n. 165/01, viene in rilievo anche la Legge Professionale Forense di cui al R.D.L. 27.11.33 n. 1578, convertito in L. n. 36/34, che pur sancendo il divieto per il dipendente pubblico di esercitare la professione legale, all'art. 3, capo a), in deroga al divieto in questione, consente l'esercizio della professione di avvocato ai "*professori ed agli assistenti delle Università e degli Istituti Superiori ed ai professori degli Istituti Secondari dello Stato*".

E' bene però precisare che il docente, dipendente di una P.A., può esercitare la professione forense solo nel pieno rispetto dei limiti fissati dalla legge.

Nello specifico, la legge 662/96, così come modificata dalla legge 140/97, per favorire lo sviluppo del part-time aveva stabilito che ai dipendenti con regime orario non superiore al 50% fosse data la facoltà di esercitare libere professioni (ivi compresa quella di avvocato). Pur essendo questa disposizione superata, con riferimento alla specificità della professione legale, dalla legge 25.11.2003, n. 339, che ha nuovamente sancito l'incompatibilità tra pubblico impiego ed esercizio della professione di avvocato, (anche solo part-time), sia pure introducendo un lungo periodo (triennale) di transizione durante il quale è prevista la facoltà di opzione tra impiego pubblico e libera professione, pare opportuno sottolineare che i docenti universitari e di scuola secondaria che insegnano discipline giuridiche potranno continuare ad esercitare l'attività forense, in virtù della disposizione speciale surrichiamata (art. 3 R.D.L. 27.11.33 n. 1578, convertito in L. n. 36/34), a fronte però di due significative ed inderogabili limitazioni contenute nella già citata L. 662/1996 e segnatamente le seguenti:

-a tali lavoratori non possono essere conferiti incarichi professionali (es. consulenza a favore della scuola);

- i lavoratori non possono assumere il patrocinio legale in controversie nelle quali sia parte la pubblica amministrazione (es. difesa in giudizio per una controversia che comunque interessi l'Amministrazione scolastica).

Tornando al caso prospettato nella richiesta di parere, a nulla rileva, ad avviso dello scrivente Ufficio Legale, la circostanza che la docente da autorizzare sia in orario ridotto per allattamento e che la stessa fruisca del congedo parentale previsto dalla normativa vigente che le consente di frazionare l'orario settimanale di insegnamento. Ciò in quanto, allo stato, non risulta sussistere una norma legale né contrattuale di segno contrario che sancisca l'incompatibilità tra la riduzione dell'orario o del congedo parentale per maternità e l'esercizio della libera professione, anche in considerazione della circostanza che la libera professione si caratterizza precipuamente per l'autonomia nella scelta degli orari e delle modalità di esercizio.

Quanto alle altre questioni poste dalla S.V. e cioè:

1. Se il silenzio dell'Amministrazione scolastica equivalga a diniego avendo a riferimento l'art. 53 co. 10 del D.Lgs. 165/2001;
2. Se l'eventuale diniego scritto debba essere motivato;
3. Se sia possibile addurre a motivo del diniego gli interessi prioritari della qualità del servizio scolastico;

si osserva quanto segue.

Punto 1. L'art. 53 del D.Lgs. 165/2001 regola il regime di incompatibilità, il cumulo di impieghi e gli incarichi conferiti dalle Pubbliche Amministrazioni ai pubblici dipendenti, prevedendo, ai commi 7/10, che questi ultimi debbono sempre essere autorizzati dalla relativa amministrazione di appartenenza. Il caso della richiesta di autorizzazione alla libera professione non rientra pertanto nella fattispecie contemplata dall'art. 53, co. 10. Conseguentemente, non si può ritenere che il silenzio dell'Amministrazione equivalga a diniego.

Piuttosto, occorre chiedersi se l'eventuale silenzio dell'Amministrazione scolastica non possa essere considerato alla stregua del c.d. silenzio-assenso, che si configura nei casi in cui la legge attribuisce al silenzio il valore di accoglimento di un'istanza intesa ad ottenere un provvedimento autorizzatorio (art. 2 della legge 241/1990). A tal proposito, non può che darsi risposta negativa, considerata la natura privatistica del rapporto di lavoro e

dunque la caratterizzazione gestionale e non amministrativa dell'atto autorizzatorio di che trattasi.

Pur tuttavia, anche se trattasi di atto gestionale e non amministrativo, è opportuno che il procedimento, aperto a seguito dell'istanza di autorizzazione venga concluso mediante l'adozione di un atto espresso di accoglimento o di diniego.

Punto 2. Considerata la soggettività pubblica dell'Amministrazione datrice di lavoro, l'eventuale atto di diniego di autorizzazione all'esercizio della libera professione dovrà necessariamente essere congruamente motivato, con l'indicazione dei presupposti di fatto, della valutazioni effettuate e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

In tal senso, peraltro, si è pronunciato Il T.A.R. Sicilia sez. Catania con sentenza n. 141 del 15 Marzo 1984, in cui si sottolinea che *l'eventuale diniego dell'autorizzazione all'esercizio della libera professione deve essere motivato con l'indicazione dei motivi di pubblico interesse e delle circostanze soggettive ed oggettive che impediscano, nell'interesse della scuola, l'esercizio professionale.*

Allo stesso modo, il T.A.R. Piemonte, con sentenza n. 129/1998, ha affermato che *l'autorizzazione a collaborazioni o consulenze rese all'esterno dell'Amministrazione in modo occasionale e non collidente con gli interessi dell'amministrazione stessa non può essere negata, se non con provvedimento motivato, che spieghi perché il dipendente richiedente non può svolgere l'incarico.*

Punto 3. Dalle argomentazioni fin qui dedotte discende che sarà possibile addurre a motivo del diniego gli interessi prioritari della qualità del servizio scolastico solo nel caso in cui l'attività da svolgersi sia di pregiudizio all'ordinato e completo assolvimento delle attività inerenti alla funzione docente ovvero allorché l'attività da autorizzare non risulti, comunque totalmente incoerente con l'insegnamento impartito.

Considerato l'interesse generale della questione, il presente parere viene trasmesso a tutti i Dirigenti degli Uffici Scolastici Provinciali, che ne cureranno, a loro volta, la diffusione tra le Istituzioni scolastiche di propria competenza.

IL VICE DIRETTORE GENERALE
Rosa Aura Severino