

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

GLI INDICI RIVELATORI DELL'ATTIVITA' LIBERO-PROFESSIONALE E GLI OBBLIGHI DEGLI ATENEI¹

La [Corte dei conti, Sez. Giur. Regione Lombardia, con sentenza del 3 febbraio 2020, n. 11](#) è tornata sulla tematica delle incompatibilità dei docenti universitari definendo, in maniera chiara, i criteri utili ad individuare le violazioni che determinano, oltre a quella disciplinare, anche la responsabilità erariale con le conseguenze di cui all'art. 53, commi 6-7bis, del d.lgs. n.165 del 2001.

In particolare, nella sentenza in esame si tenta di identificare quelle circostanze di fatto che permettono di distinguere la vera e propria attività libero professionale, vietata in modo assoluto per il docente a tempo pieno, dai semplici incarichi di consulenza e collaborazione consentiti dall'ordinamento.

1. L'attuale quadro normativo sulle incompatibilità dei professori a tempo pieno. L'incerto confine tra attività libero-professionale e attività di collaborazione scientifica e consulenza

Con specifico riferimento ai docenti universitari a tempo pieno la disciplina relativa alle attività extraistituzionali e alle incompatibilità è regolata dalle disposizioni di cui all'art.11, co.5, D.P.R. 11

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento la dott.ssa Alessandra Ciccarelli Università di Camerino

luglio 1980 n.382² e soprattutto attualmente dall'art.6, co.9 e 10, Legge 30 dicembre 2010 n.240³, da coordinare con i precetti generali dell'art.53, d.lgs. 30 marzo 2001 n.165⁴.

La normativa in tema di incompatibilità risponde al principio generale dell'esclusività delle prestazioni nel lavoro pubblico secondo la disposizione di cui all'art. 98 cost. con la quale, nel prevedere che "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione", si è voluto rafforzare il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., sottraendo tutti coloro che svolgono un'attività lavorativa "alle dipendenze" – in senso lato – delle Pubbliche Amministrazioni dai condizionamenti che potrebbero derivare dall'esercizio di altre attività⁵.

All'interno di tale cornice normativa, al docente a tempo pieno – che attualmente può svolgere liberamente, tra le altre, l'attività di collaborazione scientifica e di consulenza – non è consentito l'esercizio di attività libero-professionale secondo quanto chiaramente disposto dall'art.6, co.9, della l. n.240 del 2010 (e in precedenza all'art.11, d.P.R. n.382 del 1980). Ne discende che tale divieto, operante *ope legis*, non può venir meno in caso di eventuale autorizzazione Rettorale visto che nessun atto amministrativo può derogare alla legge, consentendo ciò che la stessa vieta.

Ebbene, il problema che più attanaglia gli Atenei e, per essi, coloro che sono chiamati a valutare e verificare la rispondenza delle attività svolte dai docenti ai dettami normativi, riguarda la difficoltà di distinguere, in alcune circostanze, se l'incarico assuma i contorni della collaborazione scientifica e consulenza, e dunque sia liberamente esercitabile, ovvero se debba essere inquadrato nell'ambito dell'attività libero-professionale assolutamente vietata. Tale incertezza operativa è sorta, in particolare, dopo l'entrata in vigore della L. 240 del 2010 poiché, nella vigenza della precedente normativa (art. 11 D.P.R. 382/ 1980) il divieto per i docenti a tempo pieno riguardava "*qualsiasi*

² Recante "Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica" così come modificato dall' art. 3, L. 9 dicembre 1985 n. 705 e dall'art. 3, L. 18 marzo 1989, n. 118. Tale disposizione prevede l'incompatibilità dei Professori a tempo pieno con lo "*svolgimento di qualsiasi attività professionale e di consulenza esterna e con la assunzione di qualsiasi incarico retribuito e con l'esercizio del commercio e dell'industria; sono fatte salve le perizie giudiziarie e la partecipazione ad organi di consulenza tecnico-scientifica dello Stato, degli enti pubblici territoriali e degli enti di ricerca, nonché le attività, comunque svolte, per conto di amministrazioni dello Stato, enti pubblici e organismi a prevalente partecipazione statale purché prestate in quanto esperti nel proprio campo disciplinare e compatibilmente con l'assolvimento dei propri compiti istituzionali*".

³ La c.d. Legge Gelmini ha precisato, all'art. 6, che i docenti universitari in regime di tempo pieno fatto salvo il rispetto dei loro obblighi istituzionali, possono svolgere liberamente attività retribuite di referaggio, lezioni e seminari, attività di collaborazione scientifica e di consulenza, divulgazione scientifica e attività di pubblicazioni editoriali ma non possono esercitare attività libero-professionale.

⁴ Il Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni", all'art. 53 disciplina l'incompatibilità ed il cumulo degli impieghi con la previsione che il dipendente pubblico non possa svolgere incarichi retribuiti che non siano conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. È il citato articolo 53 che affida alle Università il compito di disciplinare in autonomia le modalità del rilascio delle autorizzazioni, precisando che, in caso di inosservanza, il compenso dovrà essere versato all'amministrazione di appartenenza al fine di incrementare il fondo di produttività o di fondi equivalenti, pena l'ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei Conti.

⁵ In tal senso, da ultimo, Cass., 16 settembre 2020, ord. n. 27420.

attività professionale e di consulenza esterna “ (fatte salve le perizie giudiziarie e la partecipazione ad organi di consulenza tecnico-scientifica dello Stato, degli enti pubblici territoriali e degli enti di ricerca).

La sentenza in esame viene incontro all’esigenza degli Atenei offrendo, una volta per tutte, dei criteri oggettivi (definiti più affidabili) utili a distinguere gli incarichi di collaborazione scientifica e consulenza dall’attività libero-professionale.

E lo fa ammettendo che, sino ad oggi, non v’è stata chiarezza sul punto essendo sorti innumerevoli contrasti interpretativi, che “*né il legislatore, né il MIUR con atto di indirizzo n. 39 del 14 maggio 2018 e con risposta MIUR del 18 giugno 2019⁶, hanno voluto risolvere in modo inequivoco*”. Ne è derivato, a detta della Corte, una difformità di vedute tra gli Statuti dei vari Atenei italiani che, non avendo potuto far riferimento ad “*auspicabili indirizzi unitari, se non addirittura modelli-tipo, della CRUI⁷ (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane) o del CUN (Consiglio Universitario Nazionale)*”, hanno prodotto esiti divergenti giustificati da quella che viene denominata, seppur astrattamente, la “tutela dell’autonomia universitaria”.

La Corte, dunque, ritiene che la distinzione tra i due concetti vada rintracciata nella corretta interpretazione sistematico assiologica della disposizione di cui all’art. 6, comma 9 della Legge n. 240/2010 che deve essere letta alla luce dell’interno sistema ordinamentale e, soprattutto, finalizzata all’attuazione dei valori costituzionali.

Siccome poi l’applicazione della norma (che segue l’interpretazione) non può prescindere dalle circostanze e dalle particolarità del caso concreto, la Corte suggerisce agli operatori del diritto chiamati a distinguere l’incarico di consulenza dall’attività professionale, di servirsi di un “dato fattuale” e di due “criteri sintomatici”.

Il primo, ovvero il dato fattuale basilare, riguarda la “*frequenza temporale dell’attività consulenziale svolta con continuità, assiduità e sistematicità nell’anno solare e/o in più anni*”. È piuttosto chiaro, infatti, che l’abitudine e la continuità degli incarichi faccia assumere all’attività

⁶ Si tratta della risposta del MIUR ad un quesito posto dal segretario nazionale dell’Unione Sindacale dei Professori e Ricercatori Universitari” (*U.S.P.U.R.*) del 27 maggio 2019. Il Miur precisa che la corretta individuazione delle attività incompatibili per il docente a tempo pieno non può prescindere, in primo luogo, dall’esclusivo riferimento all’art. 6, comma 10 L. 240/2010 che, nei fatti, ha superato le elencazioni delle attività compatibili con il tempo pieno di cui alla normativa precedente. A detta del MIUR, nonostante l’esistenza di un indirizzo giurisprudenziale certamente più restrittivo, secondo il dettato dell’art. 6, comma 10 L. 240/2010 esiste la possibilità per i docenti a tempo pieno, compatibilmente con il rispetto dei loro doveri istituzionali, di svolgere attività extraistituzionali, incluse le consulenze, anche continuative, realizzate in favore di privati, enti pubblici ovvero a fini di giustizia ed indipendentemente dalla retribuzione

⁷ Che si è pronunciata in CRUI, *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, 2017

carattere “professionale”, ovvero la renda un ulteriore “lavoro stabile”, talvolta addirittura primario, ancorché autonomo⁸.

La Corte poi individua due indici sintomatici, ovvero elementi indicativi della possibile attività professionale qualora ricorrano, non singolarmente bensì unitamente agli altri indici.

Si tratta, in primo luogo, del criterio reddituale dell’importo della attività extralavorativa svolta, qualora dalla stessa venga conseguito un reddito superiore a quello derivante dall’impiego pubblico da professore. Tale elemento, giova ribadire, va letto alla luce delle altre circostanze del caso concreto ben potendosi svolgere anche una sola consulenza annua, ma di importo rilevantissimo in virtù della rilevante qualificazione del professore e della complessità del parere o della consulenza.

Deve esser preso in considerazione, quale ulteriore indice sintomatico, il possesso della partita IVA. Anch’esso è un elemento che va letto alla luce dell’esistenza degli altri visto che il docente ben può essere titolare di partita IVA per attività occasionali. Sebbene in passato, in diverse occasioni, la giurisprudenza della Corte di conti in particolare abbia rintracciato nel semplice possesso della partita IVA un indice sufficiente a dimostrare l’esercizio di un’attività continuativa e sistematica di tipo libero-professionale, in tempi recenti tale indirizzo è stato mutato essendo ormai acclarato che la professionalità dell’attività non è desumibile dalla mera tenuta di una partita IVA, ma dal suo consapevole e abituale utilizzo per lo svolgimento di una attività libero professionale, cioè non meramente occasionale⁹. In merito al possesso della partita IVA, anche il MIUR nel suo Atto di Indirizzo n. 39 del 14 maggio 2018 avente ad oggetto l’aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione, ha abbracciato l’orientamento giurisprudenziale meno restrittivo secondo cui “*la titolarità della partita IVA per quanto possa ritenersi un elemento caratterizzante dell’attività libero-professionale o di impresa non può essere considerata di per sé sufficiente a provare la sistematicità e stabilità dell’esercizio della stessa*”. Pienamente concordi sono stati anche il CUN e la CRUI che hanno raccomandato di interpretare in maniera non eccessivamente restrittiva l’incompatibilità per il docente a tempo pieno ritenendo che anche i medesimi professori possano risultare titolari di partita IVA.

Il possesso della partita IVA è dunque un semplice “*indice sintomatico*” di un’attività di natura professionale e concorre assieme ad altri elementi a rivelare la tipologia dell’attività esercitata.

⁸ Tale accezione si pone in perfetta sintonia anche con la nozione di *professionalità* dell’attività imprenditoriale offerta dall’art.2082 c.c. come interpretata da dottrina e giurisprudenza. Si pensi, tra l’altro, che il carattere della professionalità, intesa come sistematicità ed abitualità nello svolgimento dell’attività, non presuppone necessariamente l’esclusività o la preminenza dell’impresa rispetto ad altre. Così la costante giurisprudenza a partire da Cass., 17 marzo 1997 n. 2321.

⁹ In tal senso cfr., ex multis, Corte dei Conti, terza sezione giurisdizionale Centrale d’Appello, con sentenza n. 198 del 27 settembre 2019 in http://www.codau.it/sites/default/files/allegati_ufficio_studi/commento_corte_dei_conti_settembre_2019.pdf

2. Gli obblighi degli Atenei in tema di informative e di controlli sulle incompatibilità.

Degna di nota è la parte della sentenza riferita agli obblighi informativi che gravano sugli Atenei, la cui mancanza determina un *“contributo concausale all’evento”*. La Corte dei conti evidenzia, infatti, la responsabilità in capo alla Università di appartenenza alla quale spetta il compito di *“far meglio conoscere ai propri docenti con idonee circolari il quadro normativo e, soprattutto, di procedere doverosamente a verifiche sugli incarichi in corso di espletamento o espletati che potrebbero di fatto impedire il protrarsi della attività contra legem”*.

L'accertamento di una condotta di tal genere determinerebbe, come nel caso oggetto della sentenza, una riduzione della somma dovuta all'Università dal docente ex art. 53, comma 7bis del D.lgs. N. 165/2001.

Ancora peggiore sarebbe lo scenario qualora venisse accertato che l'Università, pur consapevole delle attività professionali svolte dal docente, le abbia avallate in maniera illecita pur a fronte del chiaro divieto imposto dalla legge. In una tale ipotesi si verterebbe in un *“concorso doloso di notevole gravità sotto vari profili, ma che confermerebbe il doloso occultamento non solo da parte del convenuto, ma della stessa compiacente e tollerante Università che avrebbe concorso nel doloso occultamento di attività professionale (pluriennale) camuffata dietro una consulenza (ontologicamente occasionale)”*.

Alla luce di quanto evidenziato nella sentenza che si propone di superare *“le oscillazioni interpretative nei rari precedenti specifici”* ed in virtù della complessità tecnica della questione e delle gravi conseguenze in caso di violazione del quadro normativo complessivo, il suggerimento rivolto agli Atenei è dunque quello di facilitare la conoscenza della normativa da parte del personale. Ciò potrebbe essere attuato mediante l'invio di circolari che spieghino in modo inequivoco quando dietro una irreale consulenza si camuffi una vera e propria attività libero professionale vietata. Altra accortezza è quella di migliorare la documentazione interna prevista per la richiesta delle autorizzazioni.

Sarebbe opportuno altresì incrementare l'attività del servizio ispettivo di Ateneo chiamato a svolgere, periodicamente, accertamenti e verifiche sugli incarichi in corso di espletamento o espletati dai docenti.

Così facendo, in caso di procedimenti giudiziari a carico di questi ultimi, l'Università avrebbe la possibilità di dimostrare la propria estraneità ai fatti addebitati evitando qualunque responsabilità di tipo penale ed erariale e non vedrebbe ridursi l'importo complessivo che il percettore è chiamato a

riversare nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione da destinare ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti (art. 53 comma 7 D. Lgs. N. 165/2011).