

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29385-professori-avvocati-tra-libera-professione-forense-e-rapporto-di-pubblico-impiego-un-binomio-incompatibile>

Autore: Orecchioni Francesco

Professori avvocati, tra “libera professione” forense e rapporto di pubblico impiego: un binomio “incompatibile” ?

Professori avvocati, tra “libera professione” forense e rapporto di pubblico impiego: un binomio “incompatibile”?

1. Introduzione. 2. Il quadro normativo. 3. La dottrina. 4. La posizione della Corte Costituzionale. 5. L’Avvocatura dello Stato. 6. Sulla presunta nullità della procura. 7. Sul [presunto] conflitto d’interessi (ovvero: il controllo di legalità è contrario agli interessi della P.A.?) 8. Conclusioni.

1. Una recente ordinanza del Tribunale di Lanciano, reperibile su questo sito, è intervenuta su una questione da qualche tempo dibattuta, a seguito di note e pareri di alcuni Uffici Scolastici Regionali, che ritengono non compatibile la libera professione col rapporto di impiego pubblico, sostenendo che all’avvocato dipendente sarebbe preclusa ogni attività difensiva in cause in cui è parte una P.A., e ciò in forza della disposizione di cui all’art. 1, comma 56-bis, della l. 662/1996.

Secondo alcuni Uffici, l’assunzione del patrocinio in tali controversie determinerebbe una nullità assoluta della procura, rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento, oltre che conseguenze sul piano disciplinare per il docente avvocato.

2. La delicatezza delle questioni (e la suggestività di talune argomentazioni) impone un previo esame della normativa di riferimento.

Com’è noto, “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” (art. 508 D. Lgs.

n.297/1994).

Per quanto attiene nello specifico all'esercizio della professione forense, l'art. 3 r.d.l. n. 1578/1933 stabilisce un'espressa deroga in favore dei professori universitari e degli istituti secondari dello stato, unici dipendenti abilitati a svolgere la suddetta professione (altrimenti incompatibile con ogni altra forma di impiego e con lo svolgimento di attività commerciale).

Il decreto legge n. 79/1997, volendo incentivare l'istituto del part-time nella Pubblica amministrazione, all'art. 6 aggiungeva alla l. finanziaria n. 662/1996 il comma 56-bis che consentiva ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale "l'iscrizione ad albi e l'esercizio di attività professionali" precedentemente vietati.

Sempre la nuova disposizione, senza soluzione di continuità, aggiungeva che *"ai dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitano attività professionale non possono essere conferiti incarichi professionali dalle amministrazioni pubbliche; gli stessi dipendenti non possono assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione"*.

Con tutta evidenza, tale disposizione non si riferiva ai professori (universitari e delle scuole superiori) che già erano abilitati all'esercizio di attività professionali.

Anche perché, sempre la stessa norma precisa che **"restano ferme le altre disposizioni** in materia di requisiti per l'iscrizione ad albi professionali e **per l'esercizio delle relative attività**", che non può avere altro significato che quello di precisare che le limitazioni di cui sopra non riguardavano coloro che erano già abilitati a tali attività, in forza delle disposizioni

precedenti.

L'approvazione del d. l. n. 79/1997 provocava un vivace contenzioso sfociato anche di fronte alla Corte Costituzionale, finché con legge 25 novembre 2003, n. 339 "Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato", la precedente "liberalizzazione" della professione legale a favore dei dipendenti pubblici veniva definitivamente abrogata.

*"1. Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 56, 56-bis e 57, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, non si applicano all'iscrizione agli albi degli avvocati, **per i quali** restano fermi i limiti e i divieti di cui al regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, e successive modificazioni. "*

L'equivoco in cui potrebbe incorrere un interprete frettoloso nasce dal fatto che il legislatore *in subiecta materia* ha utilizzato la generica locuzione "dipendente pubblico" per riferirsi a quei dipendenti pubblici che non erano abilitati ad esercitare la professione forense in virtù delle disposizioni speciali già in vigore.

Come nel caso del d.l. n. 79/1997, anche in questa occasione, il legislatore ha continuato ad utilizzare la generica locuzione dipendente pubblico.

"I pubblici dipendenti che hanno ottenuto l'iscrizione all'albo degli avvocati successivamente alla data di entrata in vigore della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e risultano ancora iscritti, possono optare per il mantenimento del rapporto d'impiego, dandone comunicazione al consiglio dell'ordine presso il quale risultano iscritti, entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge.(...).

" Il pubblico dipendente", nell'ipotesi di cui al comma 1, ha diritto ad essere reintegrato nel rapporto di lavoro a tempo pieno.

Entro lo stesso termine di trentasei mesi di cui al comma 1, il pubblico dipendente può optare per la cessazione del rapporto di impiego e conseguentemente mantenere l'iscrizione all'albo degli avvocati.

“ Il dipendente pubblico” part-time che ha esercitato l'opzione per la professione forense ai sensi della presente legge conserva per cinque anni il diritto alla riammissione in servizio a tempo pieno entro tre mesi dalla richiesta, purché non in soprannumero, nella qualifica ricoperta al momento dell'opzione presso l'Amministrazione di appartenenza.

Come appare evidente, con la locuzione “pubblico dipendente”, il legislatore ha continuato a riferirsi a quei pubblici dipendenti che precedentemente non potevano esercitare la professione forense e – solo in virtù del decreto legge n. 79/1997 - avevano potuto essere ammessi all'esercizio della professione stessa.

Diversamente opinando, si dovrebbe ritenere (tesi non avallata né sostenuta neppure dall'Amministrazione) che tutti i dipendenti pubblici (compresi i professori delle scuole superiori e universitari) avrebbero dovuto esercitare la prescritta opzione e oggi non avrebbero più titolo a praticare la professione forense.

Così non è, in quanto la precedente normativa non è mai stata abrogata, ma viene espressamente richiamata da tutte le successive disposizioni.

Il richiamo alla *lex specialis* [r.d.l. n. 1578/1933, art. 3, comma 4. lett. a)] in forza della quale i professori erano autorizzati all'esercizio della professione forense, risulta dalla stessa disposizione in esame: (cfr. **art.1 legge 25 novembre 2003, n.339**: “*Le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 56, 56-bis e 57, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, non si applicano all'iscrizione agli albi degli avvocati, per i quali restano fermi i limiti e i divieti di cui al regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578”).*

3. In dottrina, si segnala il contributo di Vito Tenore (“*Le incompatibilità per*

il pubblico dipendente-“ in “Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”, n. 6/2007, pag. 1097 e segg., nonché una recente pubblicazione “*Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l’anagrafe delle prestazioni*” -EPC Libri).

Secondo l’A., “la norma (l’art.1, comma 56-bis l. 662/1996, NdR.) non poteva (e non può a tutt’oggi) riguardare i professori-avvocati in quanto per loro vi era (vi è) una norma speciale (art. 3, r.d.l. 27 novembre 1933, n.1578) che consente qualsiasi incarico defensionale e consultivo senza eccezioni e tale norma è ribadita dalla normativa universitaria”.

“Ripristinato il divieto per i dipendenti *part time* di iscriversi in albi dalla l. 339 del 2003, la norma del 1996 resta oggi priva di applicazione concreta, in quanto gli unici dipendenti facultati ad iscriversi in albo avvocati sono i professori-avvocati, che hanno però una *lex specialis* che li abilita a difendere chiunque, *ergo* anche la p.a. e ad avere incarichi dalla p.a.” (Tenore, “*Le incompatibilità per il pubblico dipendente-*“ , op.cit.).

A conclusioni analoghe giunge Angelo Mari (“*Giornale di diritto amministrativo n. 5/2004, pag. 519 e segg.- Dipendenti pubblici e professione forense*”) che- nel commentare la legge n. 339/2003 -passa in rassegna i casi di disciplina speciale nei quali è consentito ai dipendenti pubblici l’esercizio della professione forense, includendo la fattispecie dei “professori avvocati”.

“L’art.1 della l. n. 339/2003, nello stabilire che per gli avvocati resta ferma la disciplina del 1993 sull’ordinamento della professione, **reintroduce la deroga generalizzata ad ogni forma di incompatibilità** “per i professori e gli assistenti delle università ed i professori degli istituti secondari dello Stato” (Mari, op.cit.).

4. Di particolare rilievo, appare la sentenza n. 390/2006 con cui la **Corte Costituzionale** ha precisato non solo che per i docenti si applica la

disciplina speciale, ma che l'eccezione che riguarda i docenti deve essere considerata alla luce del principio costituzionale della libertà dell'insegnamento (art. 33 Cost.), dal quale discende che il rapporto di impiego (ed il vincolo di subordinazione da esso derivante), come non può incidere sull'insegnamento (che costituisce la prestazione lavorativa), così, ed a fortiori, non può incidere sulla libertà richiesta dall'esercizio della professione forense”.

[Del tutto inconferente, invece, il richiamo operato dal Tribunale di Piacenza con una sentenza su cui occorrerà ritornare (n. 212/08) a Corte Costituzionale n. 189/2001. L'affermazione riprodotta dal Giudicante, infatti, riguarda un passo della sentenza che ad una lettura superficiale sembrerebbe affermare che i dipendenti pubblici non possono assumere il patrocinio in cause in cui sia parte una p.a.. Come si può verificare con l'esame integrale della sentenza l'affermazione di cui sopra va riferita ai dipendenti pubblici in generale (per cui il Giudicante è caduto nell'equivoco di cui sopra). La controversia all'esame della Corte Costituzionale riguardava infatti un contenzioso tra Consiglio Nazionale Forense ed alcuni dipendenti pubblici (non docenti) per i quali il CNF aveva disposto la cancellazione dall'albo].

5. Singolarmente, la stessa Avvocatura dello stato ha una posizione del tutto opposta a quella dell'Amministrazione.

Intervenendo nel giudizio sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 56 e 56-bis della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (ord. n. 183/1999 C.Cost.), la difesa erariale ha infatti sostenuto che “il contemporaneo svolgimento della professione forense e del rapporto di pubblico impiego non comporta alcun conflitto fra i doveri del difensore e quelli del dipendente pubblico”.

6. Un (immeritato) rilievo nel dibattito *in subiecta materia*, ha assunto la citata

sentenza del Tribunale di Piacenza, indicata dagli USR quale conferma sul piano giurisprudenziale delle tesi sostenute.

Il giudice monocratico, in modo del tutto apodittico, è giunto a ritenere che il ricorso patrocinato da un professore avvocato sarebbe affetto da nullità assoluta “per violazione dell’art. 82 c.p.c.”

Tale statuizione si pone innanzi tutto in contrasto col disposto di cui all’art. 156 c.p.c., secondo cui “*Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge*”.

Ma soprattutto si contrappone ad orientamento univoco e consolidato della **Corte di Cassazione a Sezioni Unite** (Cass. civ., Sez. Unite, 18/04/1988, n. 3034 su Mass. Giur. It., 1988; Cass. civ., Sez. Unite, 11/03/2004, n. 5035 su Mass. Giur. It., 2004; Gius. 2004, 2965; CED Cassazione, 2004) che hanno da sempre ritenuto che “*sulla validità dell’atto posto in essere dal difensore, iscritto all’albo e munito di procura, non incidono eventuali situazioni d’incompatibilità con l’esercizio della professione, quali quelle discendenti dalla qualità di pubblico dipendente, che sanzionabili sul piano disciplinare non privano della legittimazione alla professione medesima, fino a che persista detta iscrizione*”.

7. E’ stata da qualche parte adombrata la sussistenza di un conflitto d’interessi, quale *ratio* e principio ispiratore della l. 662/1996 art. 1 co 56-bis.

Va innanzi tutto chiarito che il divieto riguarda l’esercizio dell’attività professionale in tutte le controversie in cui “è parte **una P.A.**”.

Dunque, non le controversie in cui è parte la propria Amministrazione (in cui sarebbe astrattamente possibile individuare un conflitto), ma anche quelle in cui sia parte un'altra P.A. ed addirittura quelle in cui un professore avvocato sia chiamato a difendere un controinteressato, sostenendo dunque implicitamente le posizioni della P.A.

Risulta alquanto difficile individuare un “conflitto d'interessi” tra un professore/avvocato e un Comune, in una causa avverso un verbale per violazione del Codice della strada, né d'altra parte appare possibile rinvenire alcun “conflitto d'interessi” nel caso di difesa di un controinteressato, anch'essa vietata dalla disposizione citata.

Si ricorda, per inciso, che i professori universitari amministrativisti (dipendenti pubblici del MIUR) patrocinano davanti al Tar, in controversie in cui è sempre parte una p.a., senza che sia mai stata evidenziata alcuna ragione ostativa o una presunta incompatibilità da parte del MIUR.

Un efficace quadro di lettura può scaturire dalla citata sentenza n. 390/2006 C. Cost.

Il Giudice delle leggi ha precisato che “alla luce del principio costituzionale della libertà dell'insegnamento (art. 33 Cost.)”, (..) il rapporto di impiego (ed il vincolo di subordinazione da esso derivante), come non può incidere sull'insegnamento (che costituisce la prestazione lavorativa), così, ed a fortiori, non può incidere sulla libertà richiesta dall'esercizio della professione forense”.

Pertanto, secondo la Suprema Corte, il vincolo di subordinazione dei docenti -visto alla luce del precetto di cui all'art.33 Cost.- non può comportare alcuna limitazione nell'esercizio dell'attività professionale (lett.“non può

incidere sulla libertà richiesta dall'esercizio della professione forense”).

Occorre infatti considerare che in materia di pubblico impiego soccorrono dei precetti di rango costituzionale, quali l'art. 98 Cost. che prevede che “I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione” (*non dell'amministrazione, N.d.R.*) e l'art. 97 Cost. (“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”).

Alla luce di quanto sopra, non appaiono certamente contrari agli “interessi” della P.A. la verifica e il controllo anche in sede giurisdizionale della propria attività, in relazione alla legalità e all'imparzialità di atti e provvedimenti adottati.

Sostenere che la richiesta dell'annullamento di un provvedimento illegale della P.A. sia contrario agli “interessi” della P.A. porterebbe a svuotare di significato il precetto di cui all'art. 97, attribuendo una presunzione di legalità *iuris et de iure* ad atti e comportamenti della P. A.-apparato, certamente non compatibile con i principi dello stato di diritto, fin dai tempi dell'emanazione del famoso “allegato E”, di cui alla legge 20 marzo 1865.

Né è pensabile ritenere, dal punto di vista giuridico, che possa sussistere un “interesse” della P.A. all'emanazione di un atto illegittimo.

Non a caso, -oltre al ricorso giurisdizionale- è possibile esperire il ricorso amministrativo e la stessa P.A. può rimuovere il provvedimento illegittimo “in autotutela”.

Sul punto, soccorre ancora una volta l'autorevole insegnamento della Suprema Corte: (*“La previsione d'un potere-dovere di annullamento (...), lungi dal*

rappresentare "un elemento di distorsione della funzionalità degli uffici", si configura invece quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di situazioni costituite *contra legem*: Corte Cost., 22/03/2000, n. 75).

8. Alla luce di quanto sopra, i soli dipendenti pubblici che attualmente possono svolgere la professione forense sono i professori universitari e quelli delle scuole superiori "per i quali restano fermi i limiti e i divieti di cui al regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578".

Tra tali limiti e divieti non sono certamente ricompresi quelli di cui all'art.1 comma 56-bis, che -come si è visto- non era applicabile né ai tempi della sua emanazione (riguardando i dipendenti part-time di altre amministrazioni) né tanto meno dopo che la stessa disposizione è stata abrogata.

Tale interpretazione, assolutamente dominante, oltre che dalla dottrina è stata ribadita dal Consiglio Nazionale Forense, competente- com'è noto- a decidere in caso di eventuali incompatibilità nell'esercizio della professione.

In tale filone va dunque annoverata l'argomentata ordinanza con cui il Tribunale di Lanciano ha riconosciuto l'applicabilità *in subiecta materia* della *lex specialis* di cui al R. D.L. 27.11.1933, n. 1578.

Avvocato Francesco Orecchioni