

Avv. Michele De Luca
VIA PARINI, 35 – 43121 PARMA
TEL. 0521 233442 (R.A.) - FAX 0521 287268
Email: micheledeluca@tin.it
PEC: michele.deluca-0997@postacertificata.gov.it

Parma, 12 febbraio 2018

Egregio Prof. Marcello
Pacifico
Presidente ANIEF

OGGETTO: *Parere pro veritate* sulla questione se “la conferma in ruolo, per effetto del superamento del periodo di formazione e di prova, (sia) fatto sopravvenuto idoneo a determinare un legittimo affidamento del ricorrente sulla stabilità del rapporto di lavoro e/o la cessazione della materia del contendere”

Sono chiamato ad esprimere *parere pro veritate* sulla questione indicata in oggetto.

La *situazione processuale* – nella quale si inserisce la questione attinente, appunto, alla *cessazione della materia del contendere* – viene sintetizzata nei termini essenziali seguenti:

“ Occorre premettere che i diplomati magistrale con titolo conseguito prima dell’a.s. 2001/2002 sono stati inseriti in graduatoria “con riserva” per effetto di provvedimenti cautelari.

Il Consiglio di Stato, successivamente, ha precisato gli effetti di tali inserimenti in graduatoria nei termini che seguono:

“ordina all’amministrazione, in esecuzione dell’ordinanza cautelare n.1241/2016, di inserire gli istanti nella terza fascia della graduatoria ad esaurimento, all’effetto attuale di consentire, per quanto di rispettiva ragione, la stipula di contratti a tempo determinato e indeterminato, ferma restando la risolubilità dell’ammissione con riserva in esito ad eventuale reiezione del ricorso nel merito”.

Il MIUR ha stipulato contratti a tempo indeterminato con i ricorrenti talvolta con clausole risolutive espresse e altre volte senza alcun riferimento al contenzioso pendente.

Le scuole di titolarità dei ricorrenti, inoltre, hanno consentito ai ricorrenti di svolgere l’anno di formazione/prova finalizzato alla “conferma in ruolo”.

Argomentazioni analitiche sorreggono – nel parere che esprimo – le conclusioni sintetiche sulla questione in esame.

In principio, è la *cessazione della materia del contendere*: la nozione dell'istituto e considerazioni di carattere generale si coniugano, in tale prospettiva, con la sua applicazione nel caso concreto.

Ne risulta, infatti, assorbita – in pendenza di giudizio – ogni altra questione.

1.Cessazione della materia del contendere: nozione e considerazioni di carattere generale.

La *cessazione della materia del contendere* – sebbene risulti talora evocata, espressamente, da norme del processo amministrativo – è una *modalità di conclusione del processo* (civile ed amministrativo) – creata dalla *prassi giurisprudenziale* – per il caso di sopravvenienza, nelle more del giudizio, di una *situazione che elimini la ragione del contendere delle parti*.

La declaratoria corrispondente – di *cessazione della materia del contendere*, appunto – si coniuga in tale caso, quale *tipologia di pronuncia*, con qualche declaratoria processuale di inammissibilità del ricorso per carenza sopravvenuta di interesse.

Quale che sia il *tipo di pronuncia* – che pare, all'evidenza, di scarso rilievo – la sentenza di cessazione della materia del contendere comporta la *rimozione delle sentenze già emesse, perché prive di attualità*.

E risulta *inidonea ad acquisire efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere*.

1.1.Presuppone – per quel che qui interessa – la sopravvenienza, nel corso del giudizio, di eventi fattuali o atti volontari delle parti idonei ad eliminare ogni posizione di contrasto.

Ed – in presenza di tale presupposto – deve essere dichiarata d'ufficio, a prescindere dall'accordo tra le parti.

E' fatto salvo, tuttavia, il loro disaccordo, quando risulti idoneo ad escludere la rimozione della posizione di contrasto.

1.2.In tale prospettiva, assume rilievo particolare – in

relazione al caso, che qui interessa – la sopravvenienza, prima della definizione del processo, di un nuovo atto dell'amministrazione convenuta, idoneo a soddisfare integralmente la pretesa fatta valere in giudizio, in quanto "a contenuto definitivamente realizzativo di un risultato non inferiore per il ricorrente a quello ritraibile dal giudicato".

Tale ipotesi, all'evidenza, non ricorre quando l'atto o il provvedimento – favorevole al ricorrente, appunto – sia stato "adottato dall'amministrazione in dichiarata esecuzione della pronuncia cautelare del giudice" e, perciò, "non gli ha consentito la definitiva acquisizione del bene della vita al quale aspira".

1.3. Tuttavia non pare sufficiente – per precludere la declaratoria di *cessazione della materia del contendere*, appunto – la mera successione temporale tra provvedimento giurisdizionale – ed atto dell'amministrazione – parimenti favorevole al ricorrente.

Intanto pare indispensabile – per quanto si è detto – che l'atto risulti "adottato dall'amministrazione in dichiarata esecuzione della pronuncia cautelare del giudice".

E rileva comunque, allo stesso fine, l'autonoma determinazione della stessa amministrazione di adottare il proprio atto, a prescindere dal precedente provvedimento giurisdizionale.

1.4. Né può essere trascurato, in tale prospettiva, il *dominio del diritto privato*, nel rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Tanto più ove si consideri che – nel caso che ci occupa, di rapporto di lavoro costituito con diplomati magistrali iscritti nelle graduatorie permanenti – risulta *riservata al diritto privato* non solo la gestione del rapporto, ma anche il collocamento nelle stesse graduatorie (ai sensi del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni).

A differenza del concorso pubblico – che è soggetto al dominio del diritto pubblico ed alla giurisdizione amministrativa – il sistema di reclutamento basato sulle graduatorie permanenti – che è riservato, invece, al diritto privato ed alla giurisdizione ordinaria – si limita, da un lato, alla prima delle due fasi della procedura concorsuale – volta, cioè, alla individuazione degli aspiranti in possesso dei titoli per l'ammissione – mentre esula, dall'altro, la seconda fase della

stessa procedura – volta, invece, alla selezione dei vincitori, da assumere immediatamente nei posti vacanti messi a concorso – in quanto il reclutamento, basato sulle graduatorie, non è *“immediato ma solo eventuale e futuro, ossia destinato a realizzarsi se e quando si rendano vacanti uno o più posti di lavoro”*.

Peraltro rientrano negli atti di gestione del rapporto privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – adottati con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro – non solo le assunzioni, ma anche le revoche delle assunzioni.

1.5. Con riferimento agli atti dell'amministrazione – che, per quanto si è detto, sono adottati con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro – devono essere coerentemente utilizzati i gli stessi parametri valutativi – previsti per i datori di lavoro privati – *“stante la scelta legislativa dell'adozione di moduli privatistici dell'azione amministrativa; conforme al principio di buon andamento dell'amministrazione di cui all'articolo 97 Cost. (sentenze della Corte costituzionale nn. 275 del 2001 e 11 del 2002)”*.

Ne consegue che, esclusa la presenza di procedimenti e atti amministrativi, non possono trovare applicazione i principi e le regole proprie di questi, ma *“il potere amministrativo autoritativo si trasforma in potere privato che si esercita mediante atti di natura negoziale”*.

1.6. Nel lavoro pubblico privatizzato, pertanto, sono configurabili – in favore dei lavoratori – *“situazioni soggettive di diritto privato, derivanti dalla soggezione dell'amministrazione ai principi di imparzialità e buon andamento, da applicare in modo analogo alle clausole di buona fede e correttezza che presiedono i rapporti interprivati”*.

Parimenti configurabili – in favore dei dipendenti *privatizzati* di amministrazioni pubbliche – sono *situazioni soggettive* di diritto privato, derivanti dal *principio di affidamento*, che presiede gli stessi rapporti di lavoro.

Ne risulta, infatti, garantita la *tutela dell'affidamento*, che – in dipendenza di comportamento dell'amministrazione datrice di lavoro (quale, in ipotesi, la conferma in servizio del lavoratore, senza riserva, all'esito del *superamento del periodo di formazione e di prova*) – i lavoratori, che ne dipendono, abbiano ragione di riporre, in ipotesi, nella definitiva *conferma in ruolo*.

La conclusione proposta si impone, vieppiù, ove si consideri il diritto – in capo al destinatario di un atto favorevole (quale, in ipotesi, la conferma in servizio del lavoratore, senza riserva, all'esito del *superamento del periodo di formazione e di prova*, appunto) – il *diritto a fare affidamento nella sua legittimità*.

1.7. Peraltro il generale *principio di conservazione* (art. 1367 c.c.) – secondo cui il contratto o le sue clausole devono essere interpretati nel senso in cui possano avere qualche effetto anziché nessuno – trova applicazione, come canone di interpretazione, anche con riferimento agli atti delle amministrazioni pubbliche.

Coerentemente, gli stessi atti – in ossequio al *principio di conservazione*, appunto – devono essere interpretati nel senso che ne risulti *privilegiata* la legittimità, anziché il suo contrario.

1.8. Pare, pertanto, agevole – alla luce delle superiori argomentazioni – anticipare la conclusione che si sia perfezionato, nella specie, il presupposto per la declaratoria di *cessazione della materia del contendere*.

Valga, tuttavia, il vero.

2. Cessazione della materia del contendere: applicazione dell'istituto nel caso concreto.

Come è già stato ricordato – con maggiori dettagli – “*diplomati magistrale con titolo conseguito prima dell'a.s. 2001/2002*” sono stati, nella specie, assunti a tempo indeterminato dal MIUR – in esecuzione di provvedimenti cautelari, che ne avevano disposto l'inserimento *con riserva* nelle graduatorie ad esaurimento (ora definitive) – *talvolta con clausole risolutive espresse e altre volte senza alcun riferimento al contenzioso pendente*.

Le *scuole di titolarità* hanno consentito agli stessi docenti, poi, lo svolgimento dell'anno di formazione e prova, finalizzato alla *conferma in ruolo*.

Ed – all'esito del *superamento del periodo di formazione e di prova* – gli stessi docenti sono stati confermati in servizio senza riserva.

Tanto basta per concludere – alla luce delle superiori argomentazioni, come è stato anticipato – che si è perfezionato, nella specie, il presupposto per la declaratoria di *cessazione della materia del contendere*.

2.1, Intanto la mera successione temporale – tra provvedimento giurisdizionale ed atto dell'amministrazione, parimente favorevole al lavoratore – non è, da sola, sufficiente – per quanto si è detto (vedi § 1.3.) – per precludere la declaratoria di *cessazione della materia del contendere*.

Mentre pare rilevante – per integrarne il presupposto (vedi lo stesso § 1.3.) – l'assenza, in alcune assunzioni, di qualsiasi riferimento al *contenzioso pendente*.

Di sicuro rilievo – allo stesso fine – risulta tuttavia, la determinazione dell'amministrazione non solo di assumere i docenti in questione – con o senza riferimento al provvedimento giurisdizionale pregresso e/o clausola risolutiva espressa – ma anche di consentire loro lo svolgimento dell'anno di formazione e prova – finalizzato alla *conferma in ruolo* – e di confermarli in servizio, senza riserva, all'esito del *superamento del periodo di formazione e di prova*.

Si tratta, invero, di autonoma determinazione dell'amministrazione (vedi lo stesso § 1.3.) , che – a prescindere dal pregresso provvedimento giurisdizionale – intende garantire ai lavoratori interessati il *bene della vita* dagli stessi preteso in giudizio (l'assunzione in ruolo, appunto).

La conclusione ora proposta risulta dalla stessa determinazione dell'amministrazione.

Pare coerente, tuttavia, con le regole – che governano, per quanto si è detto, il rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (vedi § 1.4. -1.6.) – e presidiano – in base al *principio di conservazione* – l'interpretazione degli atti delle amministrazioni medesime (vedi § 1.7.).

2.2. Invero il periodo di formazione e prova risulta articolato in una serie di adempimenti diversi, analiticamente previsti e disciplinati da disposizioni di legge.

L'impiego nel lavoro – per il quale il docente sia stato assunto – si coniuga, infatti, e si alterna con la frequenza di corsi di formazione o aggiornamento.

Valutazioni sono previste, poi, per il servizio prestato e per l'esito della formazione professionale.

E risultano, all'evidenza, funzionali alla verifica circa la *reciproca convenienza* del rapporto di lavoro – come per qualsiasi assunzione in prova – e, rispettivamente, sulla

capacità professionale che ne sia stata acquisita.

Coerente risulta, quindi, la conclusione alternativa, prevista per il periodo di formazione e prova.

L'esito sfavorevole, infatti, comporta la *dispensa dal servizio*, previa sottoposizione ad un secondo periodo di formazione e di prova, non rinnovabile.

L'esito favorevole, invece, comporta la *conferma in ruolo*.

2.3. Il superamento del periodo di formazione e prova – con esito favorevole, per i docenti che vi risultano ammessi – non integra, all'evidenza, la mera esecuzione di provvedimenti cautelari, che ne avevano disposto soltanto l'inserimento *con riserva* nelle graduatorie ad esaurimento.

Infatti la loro assunzione a tempo indeterminato – peraltro senza alcun riferimento, talora, al provvedimento giurisdizionale pregresso – si coniuga, in ogni caso, con la previsione di un periodo di formazione e prova.

Il superamento dello stesso periodo – con esito favorevole, per quanto si è detto – conferma, vieppiù, l'intenzione effettiva dell'amministrazione.

Ne risulta, infatti, palese l'autonoma determinazione dell'amministrazione – a prescindere, cioè, dal provvedimento giurisdizionale pregresso – di stipulare un contratto di lavoro a tempo indeterminato previa verifica – all'esito, appunto, di un periodo di formazione e prova – della *convenienza* del rapporto e della capacità professionale dei docenti, che vi sono stati all'uopo ammessi.

La conclusione ora ribadita risulta dalla stessa determinazione dell'amministrazione.

2.4. Tuttavia pare coerente – come pure è stato anticipato – con le regole, che governano il rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Situazioni soggettive di diritto privato ne possono, invero, derivare – a favore dei lavoratori – dalla soggezione dell'amministrazione ai *principi di imparzialità e buon andamento*, da applicare in modo analogo alle *clausole di buona fede e correttezza*, nonché dalla tutela dell'affidamento, che i lavoratori abbiano ragione di riporre nel comportamento dell'amministrazione e nella sua legittimità.

Solo se intesa nel senso prospettato, la determinazione dell'amministrazione – di consentire il superamento del periodo di formazione e prova, con esito favorevole, a docenti che vi

erano stati ammessi – può risultare, per quanto si è detto, rispettosa di tali principi.

Solo l'interpretazione – nello stesso senso – risulta, peraltro, rispettosa – come pure si è detto – del generale *principio di conservazione* (art. 1367 c.c.).

2.5. Tanto basta per concludere che – come è stato anticipato – si è perfezionato, nella specie, il presupposto per la *declaratoria di cessazione della materia del contendere*.


(Avv. Michele De Luca)