



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*

	Ai	Dirigenti degli Uffici Scolastici Provinciali della Regione Emilia Romagna LORO SEDI
p.c.	Alla	Federazione Lavoratori della Conoscenza di Rimini Via Caduti di Marzabotto, 30 47900 RIMINI
p.c.	Alle	OO. SS. della regione E. Romagna LORO SEDI
p.c.	Al	Dirigente dell'Ufficio IV° Dott.ssa Maria Luisa Altomonte SEDE
p.c.	Ai	Dirigenti della Direzione Generale dell'USR Emilia Romagna SEDE
p.c.	All'	Avvocatura distrettuale dello Stato BOLOGNA

Oggetto: *Personale ATA – D.M. n.55/2005- Mancata convalida di dati dichiarati nella domanda- Risoluzione del Contratto di lavoro per sopravvenuto avverarsi di clausola risolutiva espressa.*

L'Ufficio IV° di questa Direzione, su sollecitazione della O.S. FLC – CGIL di Rimini, ha richiesto allo scrivente Ufficio Legale di fornire opportune indicazioni sulla questione inerente le *“procedure da adottarsi, in caso di mancata convalida dei dati dichiarati nella domanda di inclusione in graduatoria per il personale ATA, di cui al D.M. n. 55/2005, ove sia stato nel frattempo stipulato un*

contratto, privo di legittimità, con specifico riguardo al mantenimento o meno in servizio dell'aspirante che si venga a trovare in tale situazione".

La questione posta, originata dalla stipula di un contratto a tempo determinato tra una Istituzione scolastica ed un aspirante, nei confronti del quale, dopo un certo lasso di tempo, era stato accertato il mancato possesso del titolo di accesso al profilo di assistente amministrativo, afferisce agli effetti giuridici del depennamento dell'aspirante medesimo, in sede di autotutela, dalla graduatoria nella quale risulta inserito, con particolare riguardo all'eventuale effetto caducante, come consequenzialità necessaria di detto depennamento, sul contratto nel frattempo stipulato, rimasto privo dei presupposti giuridici che ne sono a fondamento.

Questa sede, consapevole della rilevanza della questione, cercherà di esaminare il problema dopo un'attenta disanima sia delle norme legali e contrattuali che regolano la materia, sia degli strumenti ermeneutici offerti dalla giurisprudenza fin qui intervenuta, al fine di far luce sulla *vexata questio* se la sorte del contratto debba considerarsi legata a quella dell'atto presupposto, oppure da essa indipendente ed autonoma, e se, in caso positivo, ossia, nel caso in cui si ritenga che l'annullamento dell'atto amministrativo non possa non avere incidenza sul contratto, debba ritenersi che il contratto sia invalido nel senso della nullità, dell'annullabilità o semplicemente della risoluzione.

Procedendo con la questione posta dalla summenzionata O.S. va evidenziato che l'art. 2 del D.M. n. 55/2005 indica in modo tassativo i requisiti di accesso ai vari profili del personale ATA per l'inclusione nelle graduatorie di circolo e di istituto di terza fascia, (ivi compresi i titoli di studio validi per l'accesso), sancendo, per un verso, l'inammissibilità della domanda dei candidati che risultino privi di detti requisiti (art. 7, co 2) e, per l'altro, l'esclusione dei medesimi dalla procedura concorsuale ove dette circostanze vengano rilevate in sede di accertamento successivo. Ciò in quanto l'Amministrazione ha facoltà di disporre, in qualsiasi momento, con provvedimento motivato, l'esclusione di coloro nei confronti dei quali venga verificata la illegittimità del loro inserimento in graduatoria (art. 7, co 5).

Se il rispetto delle procedure summenzionate costituisce presupposto giuridico sia per l'inclusione che per la permanenza nelle suddette graduatorie, il

controllo della validità dei titoli di accesso e dei dati dichiarati dall'aspirante nel modulo di domanda, considerato che per i candidati è ammessa esclusivamente la mera dichiarazione dei requisiti senza la produzione di alcuna certificazione, è affidato al dirigente che conferisce la prima supplenza temporanea, disposta sulla base della graduatoria di circolo o d'istituto di terza fascia della istituzione scolastica cui è preposto. Questi, in caso di positiva convalida, rilascia all'interessato una apposita certificazione dell'avvenuta verifica e convalida dei dati contenuti nella domanda, e tale convalida risulterà valida per ciascuna scuola con la quale il medesimo contrarrà rapporti di lavoro per tutto il periodo di validità delle graduatorie.

Nell'ipotesi, invece, di mancata convalida dei dati, il medesimo dirigente assumerà le sue determinazioni, sia in ordine alla doverosa denuncia penale, nella ipotesi di autocertificazione mendace (art. 46 del D.P.R. n. 445/200, così come integrato dall' art. n. 15 della legge n. 3/2003. In tal caso, l'esclusione dalla procedura per tutti i profili e graduatorie di riferimento, nonché la decadenza dalle medesime graduatorie travolgono il contratto nel frattempo stipulato) sia ai fini della esclusione per tutti i casi previsti dall'art. 7, sia, per ultimo, ai fini della rideterminazione dei punteggi e delle conseguenti posizioni assegnate al candidato nelle stesse graduatorie, con conseguente comunicazione all'interessato e, contestualmente, alle istituzioni scolastiche indicate nel modello di domanda ed al sistema informativo per i necessari adeguamenti.

La disciplina dei controlli, affidata, in prima fase, al dirigente scolastico che gestisce la domanda di inserimento e, successivamente, al dirigente che dovrà individuare l'avente diritto alla nomina, nella fase prodromica alla stipulazione del contratto, consente il ricorso agli strumenti dell'autotutela tipici dell'azione amministrativa, per sua natura unilaterale ed autoritativa, e per ciò stesso impugnabile davanti all'autorità giurisdizionale amministrativa, in attesa del cui pronunciamento, nelle more della definizione del ricorso stesso, i candidati sono ammessi, sotto condizione, alla procedura e iscritti, con riserva, nella relativa graduatoria (art. 8 medesimo D.M.), senza diritto ad ottenere proposte di nomina.

Nell'ipotesi in cui il controllo sia invece intervenuto dopo la stipulazione di un contratto di lavoro, preceduto dall'atto di individuazione dell'avente diritto, la risoluzione unilaterale del contratto di lavoro, disposta dall'Amministrazione, in via

di autotutela, è illegittima, presupponendo un'ottica provvedimentale non compatibile con il nuovo modello di rapporto di lavoro, così come delineato dal D.lgs. n. 29/93 e successive integrazioni (v. TAR Lazio Latina 15.10.1997 n. 977, in senso conforme TAR Toscana Sez. I° 20.07.1999 n. 707, TAR Campania Napoli Sez. V 17.12.2001 n. 5478).

La posizione equiordinata delle parti, introdotta dalla nuova normativa, rende dunque inammissibile il ricorso da parte della P.A. agli strumenti tipici dell'azione amministrativa (v. Tribunale di Genova 25.05.2000, Tribunale di Roma 4.3.2002, Tribunale di Pisa sent. 8.11.2002), sicché la stessa non può adottare, per via provvedimentale, risoluzioni o revoche del contratto di lavoro, potendo e dovendo conseguire il suddetto risultato solo con il ricorso alle norme civilistiche e contrattuali che regolano il rapporto di lavoro.

La risoluzione di un contratto di lavoro, per il venire meno dei presupposti di legittimità che ne sono a fondamento, comporta dunque un diverso approccio sistemico coerente con il rapporto di lavoro privatizzato.

In tale ipotesi, gli orientamenti giurisprudenziali, fin qui affermatasi, affrontano la questione con il ricorso ai rimedi propri delle norme civilistiche in tema di invalidità dei contratti: nullità, annullabilità, risoluzione.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale (accolto in sentenza n. 13150/2006 dalla Corte suprema di Cassazione Sez. Lavoro), il depennamento dalla graduatoria, per carenza dei requisiti di accesso, travolgerebbe il contratto di lavoro, nel frattempo stipulato, in quanto affetto da nullità, perché stipulato in difformità di norme imperative (norme primarie sul reclutamento e secondarie regolamentari sul conferimento delle supplenze).

La prospettiva assunta dal supremo giudice è sostenuta sul presupposto della natura pubblicistica degli atti di selezione e della natura superindividuale e non disponibile degli interessi tutelati, sicché il contratto, per essere stato stipulato con soggetto non più compreso nella graduatoria, sarebbe travolto da caducazione automatica, in quanto sottoscritto in violazione di norme di legge (come si desume dalle disposizioni di cui all'art. 2126 c.c.).

Un secondo orientamento della giurisprudenza lavoristica prospetta invece la tesi dell'annullabilità relativa del contratto, secondo la quale la serie degli atti concorsuali, seppure viziata, non si sostituisce al procedimento privatistico di

formazione della volontà, ma si affianca ad esso, sicché il consenso espresso dall'amministrazione, nonostante il vizio della procedura concorsuale, sussiste e continua a produrre i suoi effetti fino a quando non venga travolto da una specifica azione di annullamento da parte del giudice. Secondo il suddetto filone giurisprudenziale (v. Tribunale di Piacenza Sent. N. 128 del 23.03.2005 – Tribunale di Roma, 4.3.2002 in Riv. Personale ente locale 2002. Tribunale di Roma, 3.3.2002 in Giur. Romana 2003, 15), *“in seguito alla contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego, prevista dal D.lgs. n. 165/ del 2001, la P.A. adotta le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro con la capacità del privato datore di lavoro, per cui essa non può adottare unilateralmente modifiche ed ancor peggio risoluzioni, rescissioni o revoche del contratto, potendo conseguire il suddetto risultato con il ricorso all'autorità giudiziaria con gli strumenti del diritto comune (azione di annullamento, di risoluzione, accertamento di nullità). Ne consegue, che la P.A. non può mai, in via unilaterale, recedere dal contratto o ritenerlo altrimenti non vincolante, neppure se esso sia stato stipulato in violazione di norme imperative sull'assunzione dei lavoratori”*.

In ragione di tali presupposti, l'annullamento di un contratto già stipulato, può intervenire solo ed esclusivamente per effetto di una pronuncia costitutiva del giudice nei casi previsti dagli artt. 1425 e ss del c.c. (incapacità delle parti, errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente, consenso estorto con minaccia , violenza o dolo, condotta sleale, etc.).

Un ultimo e significativo orientamento giurisprudenziale, recentemente consolidatosi, condiviso nel merito da questa Direzione, innova l'impostazione logico-giuridica fin qui tenuta dalla giustizia lavoristica, fornendo alla P.A. un diverso approccio sistemico idoneo a legittimare la risoluzione del contratto, ove questi risulti privo dei presupposti di legge.

Ai fini di cui sopra, va premesso in via preliminare quanto segue:

L'esercizio del potere di autotutela, nella fase antecedente alla stipula del contratto, ivi compreso l'atto di individuazione, risulta coerente con la finalità di assicurare, dall'interno della stessa compagine amministrativa, il rispetto dei principi costituzionali, fissati in sede di azione amministrativa dall'art. 97 della Costituzione (Cons. Stato, Sez. V, 18.11.2002, n. 6389, in foro Amm. CDS, 2002,

f. 11; Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. Giurisdizionale, 31.05.2002, n. 276, in foro Amm. CDS, 2002, 1351).

L'esercizio di tale potere non può ritenersi in contrasto con la "contrattualizzazione del rapporto di lavoro" atteso che, nel rispetto del dettato costituzionale – art. 97, comma 3, ai sensi dell'art. 35 del D.lgs. n. 165/01, l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro tramite procedure selettive che ne garantiscono l'imparzialità. La previsione di una fase regolata dal diritto pubblico, che precede un accordo di diritto privato, non può non comportare una stretta connessione fra l'individuazione dell'avente diritto all'assunzione, sulla base dell'esito delle procedure di reclutamento e la stipula del contratto individuale di lavoro, così che l'annullamento della prima, in base ai principi propri del diritto positivo non può che ripercuotersi necessariamente sulla seconda.

Le conseguenze di tale connessione, oltre ad essere desumibili dai principi generali enunciati dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa, sono state espressamente normate dalle disposizioni legali e contrattuali che regolano la materia.

A norma dell'art. 2 co 2 del D.lgs. 165/01, *"i rapporti di lavoro delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dal capo I°, titolo II°, del libro V° del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa..."*.

Il successivo co 3 del medesimo articolo specifica, poi, che *"i rapporti individuali di lavoro, di cui al co precedente, sono regolati dai contratti collettivi"* che *"cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale"*.

Il rinvio delle disposizioni normative sopra citate alle norme contrattuali di settore, trova esplicito riscontro nell'art. 23, co 5, del CCNL comparto scuola 2003, che evidenzia una stretta connessione fra gli interessi pubblici perseguiti tramite le procedure selettive e la stipulazione di un contratto di diritto privato.

Tale connessione si concretizza nella formula consensuale ivi prevista che testualmente recita: ***"E' comunque causa di risoluzione del contratto l'annullamento della procedura di reclutamento che ne costituisce il presupposto"***. Tale clausola risolutiva espressa, a mente dello stesso co 5, secondo cui *"Il contratto individuale specifica le cause che ne costituiscono*

condizioni risolutive ...”, viene accettata, attraverso la sottoscrizione, dalle parti contrattuali, quale causa di risoluzione del contratto stesso. Pertanto, verificatosi l’evento condizionante dalla stessa previsto, vale a dire l’annullamento della procedura di reclutamento, detta clausola dispiega il suo effetto risolutorio sul contratto nel frattempo stipulato.

La fondatezza dell’assunto che precede, trova conferma nella Giurisprudenza di merito recentemente affermatasi (cfr Tribunale di Terni Sez. lavoro – ordinanza in sede di reclamo 13.03.2002; Tribunale di Arezzo Sez. lavoro – Sent. 8.3.2005 n. 189; Corte di Appello di Cagliari Sez. lavoro - 4.4.2005 n. 272 e, per ultimo, Tribunale di Bologna sentenza n. 185 dell’11.4.2007), secondo la quale l’annullamento della procedura di reclutamento, ivi compresa la procedura di individuazione dell’avente diritto, qualificabile anch’essa come procedura di reclutamento, che ne costituisce il presupposto ai sensi dell’art. 23 CCNL 2003, è causa di risoluzione del contratto di lavoro nel frattempo stipulato.

In ragione di quanto sopra, è agevole comprendere come la più recente giurisprudenza lavoristica abbia accolto la tesi del doversi ricomprendere nella procedura di reclutamento non solo il depennamento dell’aspirante dalla graduatoria ma tutti i casi in cui la P.A. sia incorsa in errore essenziale nella fase di individuazione dell’avente diritto, fase che è prodromica alla stipula del contratto e che non è quindi regolata dalle norme che ne disciplinano la conclusione e l’esecuzione.

E proprio in virtù della clausola risolutiva espressa, prevista dall’art. 23 CCNL, il cui contenuto è trasfuso nel contratto individuale di lavoro, il procedimento di correzione dell’errore nell’individuazione dell’avente diritto alla stipula del contratto, rientrando nella procedura di assunzione, consente all’Amministrazione di avvalersi delle disposizioni contenute nell’art. 1456 cc secondo cui *“la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all’altra che intende valersi della clausola risolutiva”*.

La suddetta clausola espressa, al verificarsi della condizione risolutiva contenuta nel contratto individuale di lavoro già sottoscritto, dispiega dunque la sua validità ed efficacia dal momento in cui l’Amministrazione comunica alla controparte di volersene avvalere.

In ragione di quanto fin qui premesso, questa sede, avuto riguardo alla non uniformità degli indirizzi giurisprudenziali intervenuti, ritiene comunque percorribile l'iter procedurale indicato dalle più recenti pronunce lavoristiche, che, nel rispetto degli interessi pubblici perseguiti dall'Amministrazione, consentono il ricorso alle clausole risolutive contrattuali espresse, previste dalle norme pattizie.

L'annullamento dell'atto di individuazione e la sua ascrivibilità alle procedure di reclutamento, secondo la più recente interpretazione giurisprudenziale, pongono in qualche modo al riparo l'Amministrazione da eventuali responsabilità pre-contrattuali e contrattuali, derivanti dall'aver la stessa coinvolto la controparte, che in buona fede aveva posto legittimo affidamento nella stipula del contratto, in trattative inutili o in una stipulazione invalida.

Conclusivamente, in tutti i casi in cui vi sia stata assunzione per errore nell'individuazione dell'avente diritto, ferme ed impregiudicate le determinazioni dell'autorità competente, che dovrà ponderare in concreto gli interessi pubblici in gioco, anche in relazione all'eventuale presenza di controinteressati, la procedura da seguire andrebbe rinvenuta negli adempimenti di seguito elencati: in prima fase, nell'adozione dell'atto provvedimentale motivato di depennamento per carenza di requisiti o di rettifica della graduatoria; quindi, nell'atto dichiarativo della inefficacia giuridica dell'atto di individuazione dell'avente diritto, come conseguenza di detto depennamento; infine, nella comunicazione dell'Amministrazione alla controparte di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, prevista dall'art. 23 del CCNL Comparto scuola, così come trasfusa nel contratto individuale di lavoro, accettata in sede di sottoscrizione del contratto.

Considerando l'interesse generale della questione, le SS. LL. sono pregate di diffondere la presente nota tra le Istituzioni scolastiche di propria competenza.

La medesima viene trasmessa all'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bologna, per ogni opportuna conoscenza, con preghiera di voler far pervenire a questa Direzione, ove lo ritenga necessario, le proprie considerazioni.

IL VICE DIRETTORE GENERALE
Rosa Aura Severino

/rc