

16/07/2018-30575 P
ADS Venezia / A MANO



0030575-2018PAOOVE

RG-602/18

ORIGINALE AS NOTIFICA

13/08/2018-34625 P
ADS Venezia / A MANO



0034625-2018PAOOVE

Avvocatura Distrettuale dello Stato
~ Venezia ~



CT. 125/2018/Dn

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA

Sezione Lavoro e Previdenza

RICORSO IN APPELLO

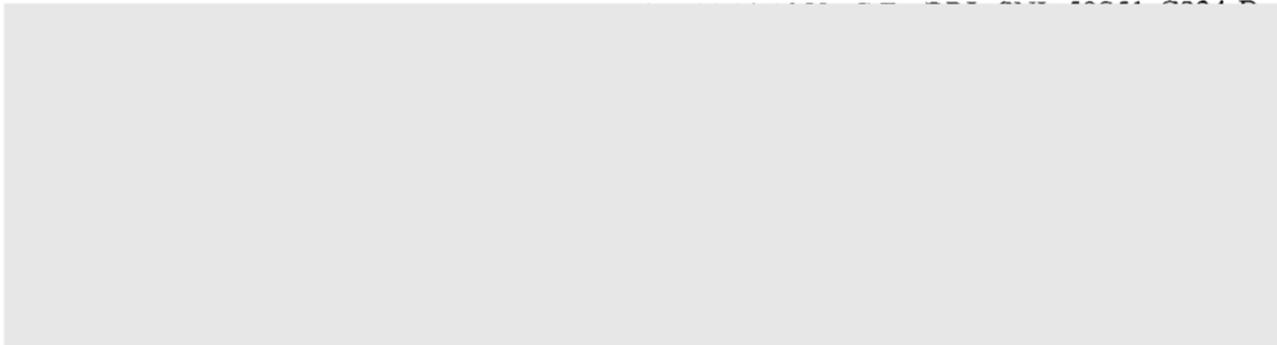
URGENTE

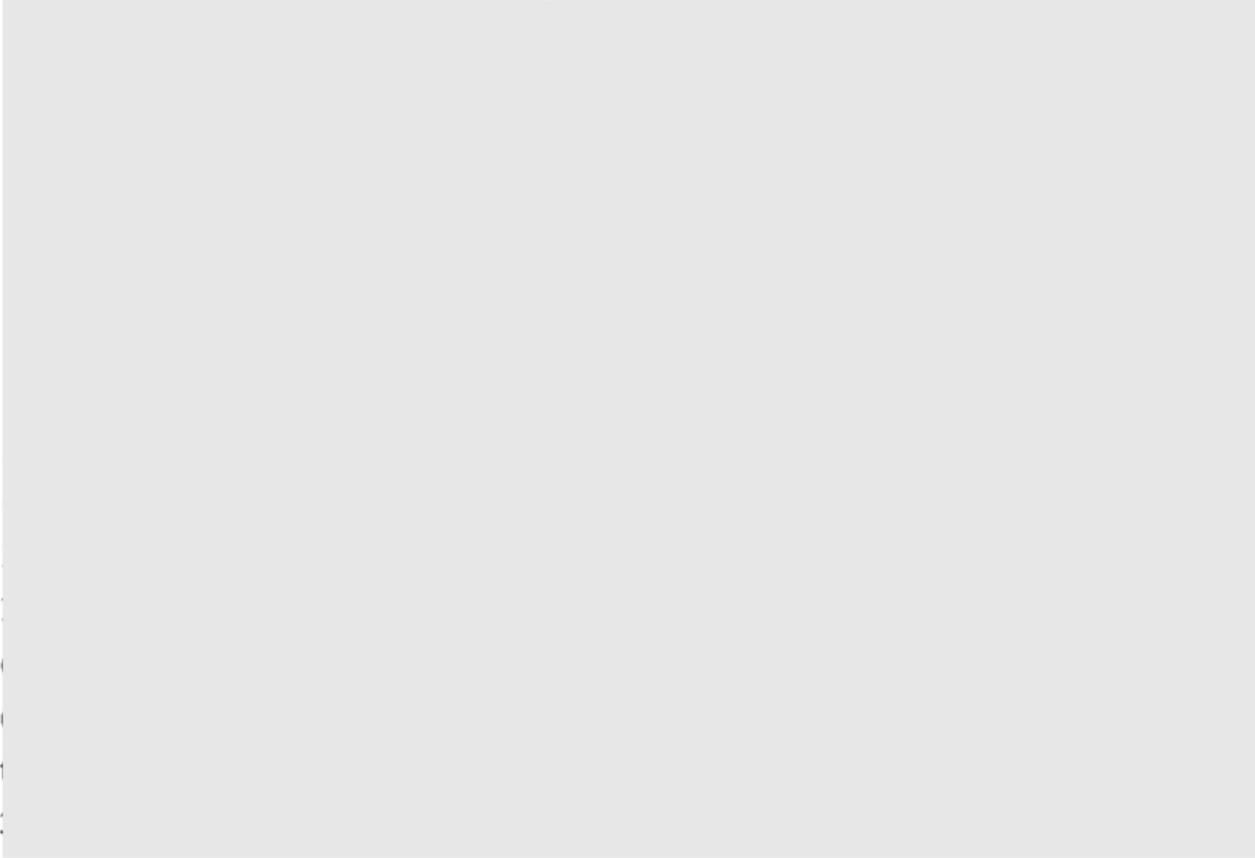
Per

il **MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITÀ CULTURALI E DEL TURISMO (MIBACT)**
(c.f. 80188210589) in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege*
dall'Avvocatura Distrettuale di Venezia (c.f. ADS 94026160278), domiciliataria per legge presso i
propri uffici in Venezia, Piazza San Marco, Palazzo Reale n. 63 (PEC
venezia@mailcert.avvocaturastato.it e, ai fini del processo telematico,
ads.ve@mailcert.avvocaturastato.it)

~appellante~

Contro





~ appellati ~

In punto

Appello avverso la sentenza del Tribunale di Padova – Sezione Lavoro, n. 350/2018, pubblicata il 19.06.2018.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

FATTO:

I ricorrenti, dipendenti del Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo (MIBACT), hanno partecipato, come dipendenti di ruolo del Ministero convenuto e, in particolare, come soggetti inquadrati nell'area professionale seconda (ex area "B"), ai corsi-concorsi per titoli ed esami per i passaggi interni dall'area "B" (posizioni economiche B1, B2, B3) all'area "C", posizione economica

C1, ai sensi e per gli effetti dell'art. 15 ("Passaggi interni"), comma 1, lett. A) ("Tra le aree") del CCNL Ministeri 1998-2001.

I suddetti bandi conseguivano agli accordi datati 6 dicembre 2005 ed al piano assunzionale del 22 dicembre 2005, nonché gli accordi siglati tra l'Amministrazione le oo.ss. del 12 e 13 luglio 2007, in cui era stabilito che l'Amministrazione, per il triennio 2006-2008, avrebbe messo a concorso (riservato ai dipendenti) 920 posti per il passaggio dall'area B all'area C, posizione economica C1. Con DPCM del 16 gennaio 2007 il Governo autorizzava l'indizione di detti concorsi, lo stesso, tuttavia, rilasciava autorizzazione soltanto per la metà dei posti inizialmente richiesti dal Ministero (460 posti per l'accesso alla posizione C1).

Dunque, mentre i primi 460 vincitori avrebbero ottenuto l'inquadramento non appena conclusi i concorsi ed approvate le graduatorie, l'inquadramento dei rimanenti 460 classificati rimaneva sottoposto alla condizione sospensiva dell'ottenimento dell'autorizzazione da parte della presidenza del Consiglio.

Le graduatorie regionali di merito relativamente ai posti autorizzati venivano approvate con decreto direttoriale del 29.07.2010.

Una parte dei ricorrenti () si posizionava nell'ambito dei 460 posti per i quali il Ministero attendeva l'autorizzazione all'inquadramento, risultando quindi in posizione di "idoneo".

Le graduatorie relative a questi soggetti sono state approvate con decreto direttoriale il 20 dicembre 2012.

La rimanente parte dei ricorrenti () si collocava invece oltre il numero dei 920 posti complessivamente considerati.

In data 15.11.2009 era entrato in vigore il Decreto legislativo n. 150-2009, ai sensi del quale (artt. 24 e 62, il quale ha introdotto il comma 1-bis nell'art. 52 del D.Lgs. 165/2001) "*Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso*" (Art. 62) e "*Ai sensi dell'articolo 52, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 165 del 2001, come introdotto dall'articolo 62 del presente decreto, le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non*

superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni” (Art. 24).



Parte ricorrente chiedeva di accertare e dichiarare, con effetto costitutivo ex art. 63, c. 2, del T.U.P.I., a) il diritto del ricorrente [redacted] ad essere inquadrato in Area III, posizione economica F1, nel profilo professionale di “ARCHITETTO” con decorrenza dal 28.07.2013; b) della ricorrente [redacted] ad essere inquadrata in Area III, posizione economica FI, nel profilo professionale di “ARCHIVISTA DI STATO”, con decorrenza dal 19.12.2015; c) delle ricorrenti [redacted], ad essere inquadrati in Area II, posizione economica FI, nel profilo professionale di “FUNZIONARIO BIBLIOTECARIO”, a decorrere dalla data del 19.12.2015; d) del ricorrente BIGHIN FRANCESCO ad essere inquadrato in Area IH, posizione economica FI, nel profilo professionale di “CAPO TECNICO”, a decorrere dal 19.12.2015; e) dei ricorrenti ([redacted] ELISABETTA MONTAUDO DANNO [redacted]), ad essere inquadrati in Area IH, posizione economica FI, nel profilo professionale di “FUNZIONARIO AMMINISTRATIVO ED ECONOMICO FINANZIARIO”, con decorrenza dal 19.12.2015; f) delle ricorrenti [redacted], ad essere inquadrati in Area IH, posizione economica FI, nel profilo professionale di “RESTAURATORE CONSERVATORE”, con decorrenza dal 19.12.2015; condannare il Ministero convenuto ad effettuare i predetti inquadramenti giuridici ed economici dalle suddette date e a effettuare la ricostruzione di carriera dei ricorrenti riconoscendo loro l’anzianità maturata in detta area III dalle date medesime e liquidando le differenze retributive spettanti, oltre interessi legali;

2) IN VIA SUBORDINATA:

- a) in caso di accertata impossibilità della resistente amministrazione di inquadrare i ricorrenti entro le date suindicate e di riconoscimento della proroga (fino al 31.12.2017) della validità delle graduatorie per cui è causa, accertare e dichiarare, con effetto costitutivo ex art 63, c. 2, del T.U.P.I., il diritto dei ricorrenti ad essere inquadrati in Area III, posizione economica FI, ciascuno nel profilo professionale suindicato, con decorrenza dalla data del 31.12.2017, o altra data ritenuta utile;
- b) condannare il Ministero convenuto ad effettuare i predetti inquadramenti sia giuridici che economici dalla suddetta data e a effettuare la ricostruzione di carriera dei ricorrenti riconoscendo loro l’anzianità maturata in detta area III dal 31.12.2017, o altra data ritenuta utile, e liquidando le differenze retributive spettanti, oltre interessi legali.



con vittoria di spese e compensi del presente giudizio, oltre spese generali, IVA e CPA, da distrarsi a favore del sottoscritto avvocato, che si dichiara a tal fine antistatario”.

L'Amministrazione convenuta si costituiva in giudizio formulando, in via preliminare eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario in favore del Giudice Amministrativo; in via principale, nel merito, oltre alla prescrizione dei crediti di lavoro con diversa decorrenza collegati alla domanda, chiedeva di rigettarsi nel merito tutte le domande formulate dai ricorrenti perché in ogni caso infondate in fatto e in diritto.

Il Tribunale di Padova in veste di Giudice del Lavoro, decideva la presente causa n. R.G. 2669/2017 con sentenza n. 350/2018, pubblicata in data 19.06.2018.

Con tale pronuncia il Giudice di prime cure, definitivamente decidendo, accertava e dichiarava il diritto di ciascun ricorrente ad essere inquadrato in Area III – posizione economica F1 nel profilo professionale per ciascun ricorrente indicato nelle conclusioni con decorrenza dal 19.12.2015; condannava il MIBACT resistente ad effettuare i suddetti inquadramenti con effetti giuridici ed economici dalla data indicata, nonché ad effettuare la ricostruzione di carriera di ciascun ricorrente e a versare a ciascuno le conseguenti differenze retributive maturate, oltre alla maggior somma tra interessi legali e rivalutazione monetaria dal maturato al saldo, compensando le spese di lite tra le parti: condannava il Ministero resistente alla rifusione delle spese di lite quantificate in euro 8000,00, oltre spese generali, Iva, cpa.

Si impugna la sentenza n. 350/2018 poiché ritenuta ingiusta ed erronea e se ne chiede l'integrale riforma per i seguenti

MOTIVI DI DIRITTO

1) Mancata differenziazione posizione ricorrenti

Va premesso che i fatti di causa come riportati in sentenza, sono sostanzialmente pacifici; tuttavia, nel riportarli in giudice non pare aver tenuto in adeguata considerazione che non tutti i ricorrenti si trovavano nella medesima situazione di fatto, in quanto, anche a voler seguire il ragionamento del giudice, avrebbe dovuto essere tenuta distinta comunque la posizione di coloro che avrebbero potuto rientrare nel novero dei 460 da assumere successivamente, a seguito della prevista autorizzazione, da



coloro che comunque erano in posizione successiva, e quindi rispetto ai quali nessuna autorizzazione successiva era prevista.

Si chiede pertanto che nella ricostruzione del fatto si tenga adeguato conto di tale circostanza, che emerge dalla stessa narrativa del ricorso introduttivo.

Orbene, il ragionamento seguito dal giudice nella sentenza, che ha ritenuto la sussistenza di un diritto soggettivo all'assunzione ed illegittima la mancata autorizzazione alla copertura degli ulteriori 460 posti, non è direttamente applicabile a quei soggetti (

Mer

) che, pacificamente, non rientravano nel novero del contingente astrattamente "autorizzabile" di 460 ulteriori "possibili" vincitori e che quindi erano sicuramente esclusivamente "idonei": se nel bando si faceva riferimento alla richiesta di autorizzazione per ulteriori 460 posti, non vi è alcuna ipotesi di richiesta di autorizzazione (necessaria comunque per la copertura di posti ulteriori, anche man mano che si verificano le vacanze) per quanto possa essersi fatto riferimento a precedenti accordi con le OO.SS. non può in alcun modo affermarsi che nel bando fosse previsto lo scorrimento della graduatoria, ulteriore rispetto ai 460 per cui si dichiarava la volontà di richiedere autorizzazione ulteriore.

A questo proposito si osserva che la sentenza impugnata sostiene che *"i suddetti bandi recepivano, a loro volta, il piano assunzionale per il triennio 2006-2008 del 22 dicembre 2005, nonché gli accordi siglati fra amministrazione ed oo.ss. del 12 e 13 luglio 2007, in base ai quali l'amministrazione manifestava l'intenzione di procedere all'inquadramento in area C di complessivi n. 920 dipendenti collocati nelle graduatorie regionali di merito, nonché di procedere, oltre all'inquadramento dei suddetti 920 vincitori, allo scorrimento delle graduatorie per la copertura dei posti che fossero divenuti in seguito vacanti, per cessazioni, dimissioni, mobilità, durante il periodo di vigenza delle graduatorie"*.

La sentenza specifica inoltre che, nel caso di specie, *"il dovere di procedere allo scorrimento della graduatoria è espressamente stabilito dall'art. 2 dell'accordo sindacale del 12 luglio 2007, la cui applicazione è espressamente richiamata da ciascuno dei 10 bandi di cui è causa"*.

Ora, va premesso che la lettura del testo dell'art. 2 dell'accordo citato, è carente di due passaggi fondamentali, rilevanti ai fini cui è causa: **la premessa iniziale, secondo cui sono sempre "fatte salve le disposizioni normative vigenti"** (e quindi con riferimento esplicito ad eventuali successive modifiche normative, fra cui deve ritenersi rientrare anche il "decreto Brunetta") e l'inciso con cui si fa riferimento allo scorrimento della graduatoria quando si renderanno disponibili "i posti messi a

concorso”, quindi la disposizione va interpretata nel senso che sarebbero stati coperti con lo scorrimento i posti che si rendessero disponibili per “rinunce, pensionamenti o dimissioni dei vincitori” quindi ci si riferisce sempre ai primi 460 posti messi a concorso; al massimo, potrebbero riferirsi ai “secondi 460” in attesa di autorizzazione, ma in nessun modo l’accordo può essere interpretato nel senso preteso da controparte, di scorrimento “sine limite” della graduatoria per tutte le vacanze successivamente verificatesi.

Inoltre, nell’accordo del 13 luglio 2007, è precisato che sono stati inizialmente messi a concorso 920 posti per il passaggio dall’area B alla posizione economica C1, di cui solo 460 autorizzati con il DPCM del 16 gennaio 2007, mentre i restanti 460 erano in attesa di analoga autorizzazione, per la quale era già stata avanzata richiesta integrativa. Dunque - si specificava - in attesa di questa autorizzazione, venivano messi a concorso esclusivamente i 460 posti per i quali era già stata ottenuta l’autorizzazione governativa e si attendeva un adeguamento successivo delle assunzioni all’autorizzazione integrativa per gli “ulteriori” 460 posti (per raggiungere un totale di 920 assunzioni).

Chiarito ciò, va detto altresì che dalla consultazione dei bandi non emerge alcun riferimento allo “scorrimento delle graduatorie” a favore né dei soggetti collocati nel secondo scaglione di 460 lavoratori in attesa di autorizzazione, né, tanto meno, a favore dei soggetti collocati oltre la posizione n. 920.

Nei bandi, infatti, è presente soltanto uno specifico riferimento ai più ampi e generici accordi stipulati tra l’Amministrazione e le OO.SS, sottoscritti in data 12 e 13 luglio 2007.

Dal combinato disposto dei suddetti accordi stipulati tra l’Amministrazione e le oo.ss., emerge dunque chiaramente che i “posti effettivamente messi a concorso” di cui all’art. 2 dell’accordo datato 12 luglio 2007 sono da identificarsi nei primi 460 per i quali era già stata ottenuta l’autorizzazione governativa (vedi art. 1 accordo 13 luglio 2007, pubblicato on circolare n. 171 del 16 luglio 2007).

Quei 460 “ulteriori” posti in attesa di autorizzazione non sono mai stati, dunque, effettivamente banditi. Essi erano infatti sospensivamente condizionati alla concessione dell’autorizzazione governativa, che di fatto non è pervenuta per una modifica dell’assetto normativo posto dalla citata riforma legislativa subentrata in pendenza dell’iter concorsuale.

Ciò significa che se per questi ulteriori 460 posti non si può prevedere uno scorrimento della graduatoria, poiché tali posizioni non sono mai stata effettivamente bandite, *a fortiori* nessun riconoscimento è dato ai soggetti collocati “oltre” i 920 posti in astratto previsti.



Lo scorrimento della graduatoria menzionato negli accordi è eventualmente da riconoscersi a favore dei 460 soggetti idonei collocati nel secondo scaglione “in attesa di autorizzazione” nel caso in cui i soggetti effettivamente vincitori, ossia i primi 460 posizionati in graduatoria, rendessero vacanti dei posti.

Si chiede quindi intanto la riforma della sentenza nella parte in cui accerta il diritto anche di Di Marco

all'inquadramento ed alle relative conseguenze in termini economici e di anzianità come chiesto nel ricorso introduttivo, in quanto per i soggetti certamente meramente idonei non è in nessun modo ipotizzabile alcun diritto soggettivo all'inquadramento tanto meno realizzabile con una pronuncia costitutiva ex art. 63 D. Lgs 165/01

Premesso ciò, i successivi motivi riguardano comunque tutti gli originari ricorrenti.

Il giudice di prime cure ha considerato dirimenti ai fini della decisione del caso le seguenti questioni:

- A) **Applicabilità alla fattispecie del “decreto Brunetta”**
- B) **Ruolo dell'autorizzazione governativa rispetto allo scorrimento della graduatoria**

Le soluzioni date alle suddette questioni sono entrambe errate

Per la soluzione negativa data alla prima questione, sono stati svolti alcuni passaggi logico-giuridici, che vanno radicalmente contestati

A.1) Sulla posizione soggettiva vantata dagli idonei non vincitori (posizione dei ricorrenti):

Sotto questo profilo, secondo il giudice di prime cure, “*stante la completezza dei bandi – i quali indicano il numero dei posti disponibili, la qualifica, le modalità del concorso, i criteri di valutazione dei titoli ed ogni altro elemento essenziale – essi sono idonei a costituire in capo al vincitore del concorso un vero e proprio diritto soggettivo di ricoprire la posizione oggetto del concorso*”. Esso dunque rappresenterebbe “la fonte costitutiva del diritto al passaggio alla posizione economica superiore”.

ORTE D'AD

Per risolvere tale questione va premesso che, ad avviso della Scrivente, **tutti i ricorrenti, anche quelli rientranti nel contingente dei “secondi 460” si trovano nella posizione di “idonei non vincitori”** (ed in realtà questa sembrava essere la posizione di controparte, quando ha proposto la domanda per entrambe le categorie sopra indicate) laddove i precedenti giurisprudenziali cui il Tribunale ha ritenuto di conformarsi per identificare la posizione giuridica soggettiva dei ricorrenti riguardavano i “vincitori” del concorso.

Quindi il ragionamento del giudice, in questa parte, è sostanzialmente monco perché avrebbe dovuto preventivamente essere verificato SE i ricorrenti potessero essere considerati, quantomeno i “secondi 460” “vincitori” del concorso.

Ora, per definizione, il vincitore del concorso è colui che, avendo superato tutte le prove viene ad essere collocato in graduatoria in una posizione numerica che rientri nel numero dei posti che sono effettivamente messi a concorso.

Solo per costoro può ragionarsi di un “diritto” all’assunzione, che sorge con l’approvazione della graduatoria e di cui si può discutere in che misura possa essere inciso dallo *ius superveniens*.

Ma se il posto non è effettivamente disponibile al momento del bando si sarà in presenza solo di “idonei”, non di vincitori, per cui per i posti che si rendano disponibili successivamente, si potrà parlare solo di idonei che possano richiedere lo scorrimento della graduatoria.

Pertanto, non è possibile partire, come ha fatto il Tribunale, dalla considerazione che i ricorrenti fossero tutti indistintamente titolari di un diritto soggettivo all’assunzione in base al bando.

Tanto premesso, si deve ricordare quale sia la posizione, in generale, degli “idonei non vincitori”.

Ora, a prescindere dal termine di validità di una graduatoria, è d’uopo specificare che la giurisprudenza maggioritaria e le più recenti tesi dottrinali ritengono ormai pacifico ciò, **che l’Amministrazione non abbia il dovere di attingere da essa per coprire i posti vacanti che si dovessero rendere tali durante il periodo di vigenza** (e quindi, di conseguenza, non sarebbe necessariamente tenuta a far scorrere la graduatoria). Detto in altri termini, si ritiene che residui nell’Amministrazione una certa discrezionalità in ordine all’assunzione dei nuovi dipendenti (cfr. Cass. Civ., sez. lav., 11 agosto 2008, n. 21509, secondo la quale *“in materia di procedure concorsuali della PA preordinate all’assunzione dei dipendenti, l’istituto del cosiddetto scorrimento della graduatoria presuppone necessariamente una decisione dell’amministrazione di coprire il posto ... pertanto essa non è obbligata all’assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti che si rendano vacanti e che l’amministrazione stessa non intenda coprire”*).

Anche il Consiglio di Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5559 ha affermato che, non avendo l’Amministrazione il dovere di attingere dalla graduatoria precedentemente stilata per coprire i posti vacanti, di riflesso l’idoneo non vincitore di un concorso pubblico *non* vanta una posizione di diritto,



ma "di mera aspettativa all'assunzione, atteso che l'Amministrazione conserva un'ampia discrezionalità ed ha una semplice facoltà, e non un obbligo, di procedere allo scorrimento della graduatoria, potendo ritenere non prioritaria la copertura del posto o, del pari, ravvisare ragioni nel senso dell'espletamento di un nuovo concorso, ovvero della soppressione della posizione in organico. Detta discrezionalità appare scevra di connotati di natura tecnica, il che non consente di restringere sulla base di parametri tecnici lo spettro delle variabili che possono motivarla o dei limiti entro i quali la stessa può essere esercitata".

A fronte di ciò, come enunciato *supra*, non può ritenersi sussistente una posizione di diritto all'assunzione in capo al ricorrente e, di conseguenza, il dovere dell'Amministrazione di effettuare lo scorrimento della graduatoria è destituita di fondamento.

L'eventuale diritto allo scorrimento presuppone, se del caso, una decisione dell'Amministrazione di coprire determinati posti, proprio attraverso lo scorrimento di una graduatoria già esistente ed ancora valida.

Ribadito che, nella fattispecie, dello scorrimento della graduatoria non è cenno nei bandi se non nei termini già sopra evidenziati, nel caso in esame, l'Amministrazione non ha potuto prendere tale decisione, poiché in attesa dell'autorizzazione governativa a coprire i posti non ancora autorizzati, che non rientravano nella percentuale del 50% (già coperta dall'assunzione immediata degli interni) prevista dalla subentrata normativa contenuta nel D.Lgs. 150/09. Tale decisione, dunque, sarebbe stata contraria a norme imperative e, pertanto, illegittima.

La carenza di personale e la conseguente necessità di procedere a nuove assunzioni avrebbe potuto essere eventualmente coperta con l'emissione di un nuovo bando pubblico (riservato quindi al pubblico e non, come accaduto nel caso in esame, a soggetti interni già dipendenti dell'Amministrazione), cui avrebbero dovuto partecipare soggetti esterni alla PA, nel rispetto del decreto 150/09 e dell'art 97 Cost.

Alla luce di ciò, risulta quindi logico dedurre che, come accaduto nel caso di specie, qualora la Pubblica Amministrazione decida di non provvedere alla copertura dei posti ulteriori rispetto a quelli per cui era stata immediatamente ottenuta l'autorizzazione dal governo, non potrà parlarsi di un illegittimo comportamento omissivo della PA, poiché nessun obbligo può essergli addossato e nessun diritto, di riflesso, può essere riconosciuto in capo al concorrente.

Nel medesimo senso si è espressa anche la dottrina maggioritaria, sostenendo che in casi analoghi la P.A. sia titolare di una mera *facoltà*, cui è correlata una discrezionalità assai ampia.



Non esiste, dunque, il dovere in capo alle Amministrazioni di procedere allo scorrimento della graduatoria e, conseguentemente, lo scorrimento delle stesse non costituisce un diritto del cittadino.

È stato altresì lo stesso Consiglio di Stato a confermare che la posizione vantata dal soggetto risultato idoneo dagli esiti del concorso non corrisponderebbe ad un diritto soggettivo, bensì ad una *mera aspettativa nei confronti dello scorrimento* (in tal senso, vedi Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2005, n. 794; ma si vedano altresì le ulteriori pronunce in merito dello stesso Consiglio di Stato, Sez. V, 16 ottobre 2002, n. 5611 e Sez. V, 9 novembre 1999, n. 1860).

In questa scelta discrezionale della PA, in cui, come già anticipato *supra*, il G.O. non ha alcun potere sostitutivo (Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, sent. n. 737/2018), possono rientrare valutazioni che tengono conto degli oggettivi mutamenti della situazione di fatto e di diritto incorsi tra l'espletamento del concorso e la data della successiva decisione della PA di avvalersi o meno di inquadrare chi sia risultato positivamente collocato in graduatoria.

In definitiva, solo la sussistenza della scelta della PA costituisce il presupposto che può determinare un vero obbligo per la P.A. di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa, precludendole di bandire una nuova procedura concorsuale; essa, altrimenti, non è in alcun modo obbligata all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti che si rendano (ad ogni titolo) vacanti.

A.2) Erronea individuazione del momento di completamento della fattispecie costitutiva del diritto

Per escludere l'applicazione della normativa sopravvenuta si è affermato in primo luogo che il fatto costitutivo del diritto sarebbe da rinvenire nella pubblicazione del bando, rispetto al quale la successiva attività ed in particolare l'approvazione della graduatoria non avrebbero effetto costitutivo. Nella sentenza in commento, infatti, si legge ciò: "*in applicazione del principio generale del tempus regit actum, devono trovare applicazione le norme legislative e secondarie vigenti alla data di approvazione del bando, il quale rappresenta la fonte costitutiva del diritto al passaggio alla posizione economica superiore*". Il giudice di prime cure soggiunge che: "*Essendo il c.d. decreto Brunetta una fonte legale sopravvenuta rispetto alla data di approvazione dei bandi, le disposizioni normative ivi contenute non possono trovare applicazione che per l'avvenire*" (in conformità con quanto stabilito dall'art. 11 disp. att. cod. civ.).



In realtà, come osservato dal Consiglio di Stato e da nutrita giurisprudenza di merito, la Pubblica Amministrazione può “*laddove sopravvengano, nelle more del completamento del procedimento amministrativo concorsuale, circostanze preclusive di natura normativa, organizzativa o anche solo finanziaria, paralizzare o, se del caso, annullare la procedura iniziata, salvo l’ovvio controllo sulla congruità e la correttezza delle scelte in concreto operate*”. (cfr. Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2003, n. 8337; Cons. St., sez. V, 19 marzo 2001, n. 1632; T.A.R. Valle d’Aosta, 12 dicembre 2001, n. 190). Ed ancora, T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 12/03/2015, n. 4116: “*Lo jus superveniens ben può disciplinare le autonome fasi di un procedimento complesso non ancora esaurite alla data di entrata in vigore della norma sopravvenuta (nel caso che ne occupa: la fase dell’approvazione della graduatoria*”.

Infine CdS 2136/10; “ *La stessa applicazione del principio tempus regit actum consente che l’Amministrazione applichi in favore dei partecipanti ad una pubblica selezione lo jus superveniens intervenuto nelle more della procedura concorsuale, quante volte la disciplina sopravvenuta sia destinata ad esplicare i propri effetti in relazione ad una fase strutturalmente autonoma del procedimento non ancora esaurita al momento di entrata in vigore della nuova disposizione*

....

2.1.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che la stessa pronuncia oggetto di gravame non sembra revocare in dubbio il principio (qui condiviso) secondo cui in caso di attività procedimentalizzata la quale si perfezioni attraverso il compimento di attività poste in sequenza logico-funzionale (ma con rilevanti margini di autonomia reciproca), la disciplina normativa intervenuta nelle more del complessivo procedimento risulti idonea a governare la fattispecie, laddove destinata a disciplinare le situazioni giuridiche emergenti nell’ambito delle fasi non ancora compiute al momento della propria entrata in vigore (in tal senso: Cons. Stato, Sez. IV, sent. 13 ottobre 2003, n. 6185). Si è condivisibilmente osservato al riguardo (e la stessa pronuncia gravata sembra ammetterlo almeno in via di principio) che l’applicazione della regola juris sopraggiunta nelle more del complessivo procedimento alle fasi non ancora concluse al momento della sua entrata in vigore non rappresenti un’ipotesi (derogatoria) di applicazione retroattiva della disposizione in questione, quanto – piuttosto – un’ipotesi (ordinaria) di applicazione del generale principio tempus regit actum.

La sentenza impugnata cita due precedenti al fine di dimostrare che la natura della graduatoria sia quella di atto integrativo dell’efficacia del bando: il Tribunale di Parma e la sentenza della Corte di Appello dell’Aquila, n. 1194/2015.



Con riferimento alla prima pronuncia, va rilevato che pende appello avanti la Corte d'Appello di Bologna

La seconda sentenza citata (Corte di Appello dell'Aquila, n. 1194/2015) non conduce alle conclusioni pretese, come dimostra un'analisi nel merito.

È pur vero che quest'ultima sostiene che *“l'approvazione della graduatoria integra un provvedimento amministrativo avente una duplicità di natura giuridica (provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del futuro contraente) e svolgente una sostanziale funzione di controllo della legittimità della procedura concorsuale. Tale atto rientra quindi nella fase cosiddetta integrativa dell'efficacia di un atto già perfetto e completo in tutte le sue parti, ma temporaneamente privo dell'idoneità a espletare i suoi effetti”*; tuttavia, è necessario chiarire che la suddetta Corte aveva sostenuto ciò al fine di valorizzare la fase di approvazione della graduatoria.

In tal senso, quest'ultima aveva sancito che l'approvazione della graduatoria deve necessariamente essere data in forma espressa e non può, quindi, essere desunta implicitamente dalla mera definitività della graduatoria concorsuale (ossia con lo spirare dei termini per l'impugnativa della stessa).

La Corte ha così smentito la tesi del lavoratore, il quale, sostenendo erroneamente l'irrelevanza di una espressa approvazione della graduatoria, aveva sostenuto che *“l'avvenuta approvazione della graduatoria di merito dovrebbe essere desunta implicitamente dalla sua definitività, che si realizza allo spirare del periodo di tempo in cui essa rimane pubblicata per eventuali impugnative”*.

Vi è inoltre da chiarire ciò, che è la stessa Corte di Appello di L'Aquila che, nella medesima pronuncia, aveva previamente sostenuto che *“l'approvazione della graduatoria non implica di per sé l'immediata costituzione del rapporto di lavoro per effetto dell'incontro delle volontà delle parti manifestate nelle fasi concorsuali, in quanto l'ordinamento, per la nascita del rapporto, richiede comunque la stipula del contratto di lavoro”*. Aggiungeva inoltre che solo con l'approvazione della graduatoria, si consolida in capo al vincitore una posizione soggettiva perfetta idonea a portare alla stipula del contratto di lavoro.

Appare dunque evidente ciò: **dall'applicazione delle clausole del solo bando non discende alcuna situazione di fatto e di diritto, la quale risulta, al più, dall'approvazione della graduatoria stessa.**

Ciò non significa, dunque, che la Corte, nel sostenere che l'atto di approvazione della graduatoria rientri nella fase integrativa dell'efficacia del bando, abbia voluto intendere che la funzione della approvazione stessa rivesta un ruolo meramente formale.

Al contrario: la Corte prosegue specificando che **il bando - per ciò solo e senza l'approvazione della graduatoria - è privo dell'idoneità di esplicare qualsivoglia effetto.**



Risulta quindi evidente che l'atto di approvazione della graduatoria rappresenti una fase *integrante* essenziale e necessaria all'*iter* concorsuale, in quanto in assenza di essa – la quale, come asserito dalla Corte, non può essere desunta dal mero spirare del termine per le impugnative, ma deve essere un atto espresso – non può dirsi esistente in capo ai vincitori una posizione soggettiva idonea alla stipula del contratto di lavoro. (Così, la citata sentenza della Corte di Appello di L'Aquila, n. 1194/2015: “L'approvazione della graduatoria non implica di per sé l'immediata costituzione del rapporto di lavoro per effetto dell'incontro delle volontà delle parti manifestate nelle fasi concorsuali, in quanto l'ordinamento, per la nascita del rapporto, richiede comunque la stipula del contratto di lavoro. Deve tuttavia ritenersi che, con l'approvazione della graduatoria, si consolida in capo al vincitore una posizione soggettiva idonea a far valere la stipula del contratto di lavoro (analoga alla posizione soggettiva spettante allo stipulante un contratto preliminare). Ciò in quanto, trattandosi di pubblico impiego privatizzato, non può ammettersi la possibilità per l'amministrazione di provvedere nuovamente ad una comparazione degli interessi al fine di valutare l'immanenza dell'interesse dell'amministrazione alla copertura del posto o la prevalenza dell'interesse alla non copertura sull'interesse privatistico coinvolto spettante al privato vincitore di concorso, atteso che tutte tali questioni sono state (o avrebbero dovuto essere) già oggetto di ponderazione da parte dell'amministrazione in sede di formazione del bando e di espletamento delle procedure fino alla approvazione della graduatoria, posto che in tali fasi l'amministrazione ha già valutato le esigenze pubbliche inerenti alla copertura dei posti vacanti, addivenendo alla scelta concorsuale ed all'attivazione ed al perfezionamento della procedura concorsuale”).

Ne consegue che, semmai, sarebbe solo con l'approvazione della graduatoria che potrebbe ritenersi completata la fattispecie costitutiva dell'ipotizzato diritto all'assunzione.

Quindi è evidente che la posizione giuridica soggettiva del candidato diventa diritto all'assunzione solo al momento dell'approvazione della graduatoria da cui risulti in posizione utile rispetto ai posti messi a concorso, quindi prima dell'approvazione non vi è alcuna posizione di cui possa teoricamente affermarsi l'intangibilità (ed anche in questo caso bisognerebbe verificare caso per caso il ruolo dello *ius superveniens*: basti pensare alla complessa tematica dell'ottemperanza di sentenze aventi un certo contenuto ove sia mutato il quadro normativo di riferimento).



Nel caso di specie, è necessario puntualizzare (*ad abundantiam*) che l'approvazione della graduatoria in cui sono inseriti i soggetti ricorrenti, ora da intendersi nel senso esposto *supra*, è intervenuta nel 2012, ossia in un periodo in cui il c.d. Decreto Brunetta era già entrato in vigore, stabilendo una preclusione *ex lege* all'assunzione del personale risultato idoneo dai concorsi interni precedentemente banditi, in quanto rappresentante un "*factum principis*", idoneo ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento alla PA (vedi così un orientamento ormai consolidato, inaugurato con la pronuncia di Cass., Sez. II, n. 119/1982, secondo cui tale situazione può individuarsi in un "provvedimento legislativo od amministrativo, dettato da interessi generali, che renda impossibile la prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato").

Ciò dimostra che l'impossibilità dell'Amministrazione di ricorrere all'assunzione di detto personale non risultava da una nuova valutazione degli interessi finalizzata a valutare l'imminenza dell'interesse dell'amministrazione alla copertura del posto o la prevalenza dell'interesse alla non copertura sull'interesse privatistico coinvolto spettante al privato vincitore di concorso (fattispecie considerata inammissibile dalla *supra* citata Corte di Appello di L'Aquila, n. 1194/2015). L'Amministrazione non ha quindi posto in essere una nuova valutazione delle esigenze pubbliche inerenti alla copertura dei posti vacanti.

L'impedimento dell'Amministrazione è dato da un fatto imprevedibile ed incontrollabile dalla stessa, che corrisponde alla emanazione di una nuova disposizione di legge che *renderebbe contra legem* lo stesso *agere* della PA.

Per valutare la condotta della PA, dunque, occorre tenere in considerazione anche la normativa vigente e i mutamenti di fatto e di diritto eventualmente sopravvenuti e quindi anche il c.d. "decreto Brunetta", tanto più, giova ricordare, che l'applicazione della normativa vigente era stata fatta salva proprio negli accordi sindacali del 2007.

In conclusione, la soluzione data al punto A) dalla sentenza impugnata è erronea, dovendo affermarsi la piena applicabilità alla fattispecie del "decreto Brunetta".

B) Ruolo dell'autorizzazione nell'ambito del procedimento

Il giudice di primo grado ha sollevato altresì la questione relativa al **diniego dell'autorizzazione alla copertura dei posti messi a concorso frapposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica, al fine di valutare se esso sia di per sé elemento sufficiente ad escludere lo scorrimento della graduatoria e l'inquadramento in area superiore dei ricorrenti.**

Anche in questo caso il ragionamento parte da presupposti, e giunge quindi a conclusioni, erronee.

In relazione a ciò, il giudice di primo grado ha così statuito: *“Il Dipartimento della Funzione Pubblica ha negato l’autorizzazione per aver compiuto un errore di diritto nel dare applicazione alle disposizioni del decreto legislativo n. 150/09, interpretandole come se esse avessero effetto retroattivo”*. Aggiunge inoltre che *“il giudice, accertata la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge ai fini dello scorrimento della graduatoria, può prescindere dall’omesso diniego dell’autorizzazione governativa alla copertura degli ulteriori posti non oggetto di assegnazione”*. Tale diniego, sostiene il giudice di prime cure, consisterebbe dunque in un *“atto gestorio del rapporto giuridico intersoggettivo, suscettibile non di disapplicazione, ma di declaratoria di nullità alla luce dei principi generali del diritto privato”*.

B.1) Risulta totalmente frainteso il ruolo dell’autorizzazione che è preventiva, e non successiva, rispetto al bando e quindi, a fortiori, all’assunzione, ed è un atto amministrativo di macroorganizzazione, e non un atto gestorio compiuto con la capacità del privato datore di lavoro.

Il Tribunale di Padova sembra ritenere che l’autorizzazione sia un elemento successivo e che vada richiesta volta per volta dopo l’espletamento del concorso per procedere all’assunzione, di talchè colloca “l’omesso diniego” (sic!) nell’ambito degli atti meramente privati che il giudice può dichiarare nulli.

Così non è.

Si deve dunque argomentare **sulla natura dell’autorizzazione** alla copertura dei posti messi a concorso

L’autorizzazione della Presidenza del Consiglio, è prevista dall’art. 35 D. lgs 165/01, è ampiamente discrezionale, e non necessariamente presuppone valutazioni di compatibilità finanziaria (altrimenti rientrerebbe nella competenza esclusiva del Ministero Economia) ma anche di corretta organizzazione amministrativa, (come risulta dal testo del DPCM 16.01.2007) in termini di rideterminazione delle piante organiche, di programmazione del fabbisogno ecc. quindi in generale di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa.

Il ruolo dell’autorizzazione, contrariamente a quanto assume controparte e fatto proprio dalla sentenza impugnata, non è “meramente interno” ma costituisce un presupposto di legittimità della procedura concorsuale, e la sua mancanza rende illegittima la procedura concorsuale e quindi anche l’assunzione.



L'art. 35 D. Lgs 165/01 espressamente subordina l'indizione del concorso ad una specifica autorizzazione alla copertura dei posti, quindi il fatto che manchi un presupposto necessario al provvedimento amministrativo, proprio per la sua duplice natura amministrativa e negoziale, inficia anche la validità dei successivi atti negoziali stipulati, proprio come la mancanza o nullità di una delibera a contrattare inficia le legittimità del contratto stipulato fra una PA ed un privato (cfr ad es. Cass. 12636: *Componendo il pregresso contrasto di giurisprudenza, le Sezioni Unite di questa Corte hanno infatti chiarito che la nullità dell'atto deliberativo di un ente locale, col quale, nell'esercizio della facoltà prevista dal R.D. n. 383 del 1934, art. 285, comma 2, venga affidato ad un professionista privato l'incarico della progettazione di un'opera pubblica, per carenza dell'indicazione della relativa copertura finanziaria, prescritta dall'art. 284, comma 1, del medesimo decreto, determina la nullità anche della convenzione tra l'ente e il professionista con il quale il rapporto è costituito (Cass., Sez. Un., 10 giugno 2005, n. 12195)*).

Vale la pena citare Cass. 3621/18: *"Quanto al primo aspetto, premesso che non può dubitarsi del carattere imperativo della disposizione in commento, ritiene il Collegio che l'omesso esperimento delle procedure concorsuali previste dal comma 1 e di quelle selettive richiamate nel comma 2 determini la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1, perchè la violazione attiene al momento genetico della fattispecie negoziale e, quindi, la stessa non può essere solo fonte di responsabilità a carico del contraente inadempiente.*

Le Sezioni Unite di questa Corte, nel delimitare l'ambito delle cosiddette nullità virtuali, hanno osservato che in linea generale occorre tener conto della "tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità... ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità."

Hanno, però, precisato che le norme che incidono sulla validità del contratto non sono solo quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale ma anche quelle che "in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalla legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità



dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà alla norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo." (Cass. S.U. 19.12.2007 n. 26724).

Il fatto che il Ministero, nella presente fattispecie, auspicando una futura autorizzazione alla copertura di ulteriori posti, abbia comunque approvato i bandi con la riserva per la copertura di ulteriori 460 posti, non muta affatto la natura della autorizzazione governativa ed il suo ruolo nella costruzione giuridica della fattispecie.

Va anche aggiunto che della mancanza di autorizzazione "attuale - al momento del bando" alla copertura di ulteriori posti, era fatto esplicito riferimento nei bandi, sicché l'esistenza della condizione (evento futuro ed incerto) era ben chiara e nota a tutti i partecipanti.

Pertanto quando, dopo l'espletamento del concorso e l'approvazione delle graduatorie il Ministero ha nuovamente chiesto l'autorizzazione per gli ulteriori 460, la mancanza dell'autorizzazione o l'esplicito diniego della stessa fanno sì che manchi un presupposto di legittimità per la successiva azione dell'Amm.ne, anche se la stessa sia definibile come esercitata jure privatorum.

B.2) In ogni caso "l'omesso diniego", al contrario di quanto ritenuto dal Tribunale, era del tutto legittimo, dovendo essere applicato lo ius superveniens costituito dal c.d "decreto Brunetta", non solo perché applicabile ratione temporis alla fattispecie, come sopra visto, ma anche ratione materiae.

Va ricordato, per comprendere meglio la rilevanza della questione che il problema in ordine alla legittimità dei c.d. "concorsi interni" o procedure selettive riservate al personale già dipendente dell'Amm.ne è stato negli ultimi decenni più volte sollevato e sempre risolto in senso negativo dalla giurisprudenza sia costituzionale che amministrativa che lavoristica.

Più volte infatti singole Amministrazioni ed OO.SS. hanno stipulato accordi che prevedevano tali procedure per i passaggi in verticale fra le aree (o fasce) anche come forme di "riqualificazione" del personale o di valorizzazione delle professionalità

Per la giurisprudenza costituzionale è sufficiente ricordare C. Cost. 373/02, che impedisce di riservare il 100% dei posti messi a concorso al personale interno, *(Questa Corte ha ripetutamente affermato che anche il passaggio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ad una fascia funzionale superiore - comportando l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate è soggetto alla regola del pubblico concorso enunciata dal terzo comma dell'art. 97 della Costituzione (fra le altre, sentenze n. 320 del 1997, n. 1 del 1999, n. 194 e n. 218 del 2002).*

In realtà "il pubblico concorso in quanto metodo che offre le migliori garanzie di selezione dei più capaci" è "un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di



restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi ragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione" (sentenza n. 194 del 2002).

L'accesso al concorso può, ovviamente, essere condizionato al possesso di requisiti fissati in base alla legge, e non è da escludere a priori che possa stabilirsi anche il possesso di una precedente esperienza nell'ambito dell'amministrazione, ove ragionevolmente configurabile quale requisito professionale. Ma quando ciò non si verifichi, la sostituzione al concorso di meccanismi selettivi esclusivamente interni ad un dato apparato amministrativo non si giustifica rispetto ai citati parametri costituzionali (sentenza n. 1 del 1999).

Dello stesso tenore C. Cost. 354/10 e 37/15.

Analogamente per ciò che riguarda il giudice ordinario, si rammenta la nota questione delle procedure di progressione verticale dei dipendenti del Ministero Giustizia, reiteratamente ritenute illegittime (a partire dalla famosa sentenza del Tribunale di Lamezia Terme, 10.10.2002, che dichiarò la nullità di tutte le clausole contrattuali del CCNI Ministero Giustizia che le prevedeva) nonché, per il giudice amministrativo, per analoghe procedure sent. 12370/04 Tar Lazio, ed infine C, Stato 3018/16: *"E' utile premettere che questo Consiglio (cfr. A.G., n. 4625/2012 - parere su affare n. 5099/2011, e IV, n. 136/2014) ha escluso che, a partire dal 1° gennaio 2010, l'Amministrazione possa utilizzare gli esiti di procedure di selezione interna, bandite anteriormente a tale data, in quanto la riforma della modalità di reclutamento di personale per le fasce funzionali superiori (progressioni di carriera), introdotta dagli articoli 24 e 62 del d.lgs. 150/2009, con la sostanziale abrogazione delle progressioni verticali interne, comporta - appunto, a decorrere dal 1° gennaio 2010 - l'inefficacia delle disposizioni del bando concernenti la copertura di posti, senza che dal bando possa discendere alcuna legittima aspettativa."*

Quindi, il c.d. "decreto Brunetta" sul punto, non ha fatto che dare definitiva veste formale ad un principio già ben presente nell'ordinamento, come enucleato dalla giurisprudenza in attuazione dell'art. 97 Cost. (e che se azionato in sede giudiziale da qualche potenziale interessato, avrebbe potuto inficiare anche la legittimità "a monte" della stessa procedura concorsuale di cui trattasi).

In virtù del D.Lgs. n. 150/2009, ora, l'Amministrazione non solo non può bandire nuovi concorsi interni, ma non può nemmeno utilizzare le graduatorie ancora vigenti dei concorsi interni precedentemente espletati per i medesimi profili professionali.

In tal caso, dunque, **un mutamento oggettivo della situazione di diritto - conseguente all'entrata in vigore di un decreto legislativo che ha destituito di fondamento le graduatorie di merito**



risultanti da concorsi interni svolti precedentemente al 1° gennaio 2010 – ha reso d’obbligo per l’Amministrazione ricorrere ad una differente modalità di reclutamento del personale, che non rende possibile attingere alle graduatorie cui sono iscritti (in veste di soggetti idonei) i ricorrenti. A conferma di ciò, è bene specificare altresì che il D.Lgs 165/2001, con le relative modifiche intervenute ad opera del D.Lgs 150/09 in tema di assunzioni, costituiscono norme c.d. “imperative” e disciplinano tutte le assunzioni che si sono concluse successivamente alla loro entrata in vigore, anche in deroga alla contrattazione collettiva.

Esse, inoltre, non possono validamente essere derogate dalla contrattazione collettiva, in difetto di espressa previsione di legge (cfr. art. 2, comma 2, D.Lgs. 165/2001).

Ciò accade certamente per i concorsi il cui *iter* si è concluso dopo l’entrata in vigore del detto decreto, circostanza che si realizza anche nel caso di specie, in cui **le graduatorie dei profili professionali dei ricorrenti sono state approvate tra il 29.07.2010 e il 20.12.2012, ossia ben dopo l’entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/1009 e precedentemente al rilascio dell’autorizzazione da parte del governo all’assunzione dei 460 posti ulteriori rispetto al primo scaglione** (autorizzazione che, di fatto, non è pervenuta nemmeno in un secondo momento).

Alla luce dell’orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, secondo il quale con l’approvazione della graduatoria definitiva si chiude il procedimento concorsuale, l’ultimo passaggio di tale *iter* si è concluso in un periodo certamente successivo rispetto alla data di entrata in vigore del decreto legislativo in questione e, pertanto, un’azione dell’Amministrazione nel senso richiesto dai ricorrenti sarebbe stata certamente contraria al dato normativo.

Il Consiglio di Stato, in questo senso e a conferma di ciò, ha precisato che anche alla stregua della giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 227 del 2013, n. 90 e n. 62 del 2012, n. 310 e n. 299 del 2011) deve ritenersi che “Il concorso pubblico costituisce la modalità ordinaria di accesso nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, in coerenza con i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3) ed i canoni di imparzialità e di buon andamento (art. 97) e che pertanto i concorsi interni sono da considerare come eccezione al principio dell’ammissione in servizio per il tramite del pubblico concorso”.

In tal senso, anche la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al predetto principio deve essere delimitata ed interpretata in senso restrittivo e rigoroso, potendo tali deroghe considerarsi legittime soltanto quando risultino funzionali al buon andamento dell’amministrazione e siano accompagnate e giustificate da peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico.

I bandi di procedure riservate per progressioni verticali che sottraggono alcuni posti al principio del pubblico concorso, senza alcuna motivazione delle ragioni di tale deroga, in violazione del principio

di imparzialità e buon andamento (ex art. 97 della Costituzione), creano una ingiustificata posizione di privilegio per il personale già dipendente (in violazione dell'art. 97 Cost.) e possono quindi essere impugnati da un soggetto che, pur non essendo dipendente della P.A., è in possesso del titolo di studio necessario per ricoprire detti posti.

Il Consiglio di Stato, in questo senso, ha affermato che in seguito all'entrata in vigore degli articoli 24 e 62 del D.Lgs 150/2009, le progressioni verticali tra aree diverse (o tra categorie come negli enti locali e Regioni) avvengono tramite concorso pubblico ovvero mediante scorrimento delle graduatorie di concorsi pubblici già espletati; dal concetto di concorsi pubblici vanno tenute distinte le procedure selettive interne e, conseguentemente, non può procedersi allo scorrimento di graduatorie risultanti dalle medesime procedure selettive interne precedentemente svolte; ciò in base all'articolo 97, comma quarto, della Costituzione per il quale le procedure interne finalizzate alla progressione devono essere stabilite per legge, e non dalla contrattazione collettiva, in quanto modalità di accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni. In altri termini, il principio di preferenza per lo scorrimento delle graduatorie di precedenti concorsi può applicarsi esclusivamente ai concorsi pubblici per il livello che gli stessi offrono in un ambito di procedure concorsuali rigorosamente omogenee.

In tal senso, appaiono del tutto corrette la circolare n. 11786 del 22 febbraio 2011 del Dipartimento della Funzione pubblica, la quale ha posto il divieto espresso di «ricorrere allo scorrimento di graduatorie relative a idonei delle progressioni verticali, a decorrere dal 1° gennaio 2010», e la successiva circ. n. 5 del 2013 del dipartimento della Funzione pubblica, la quale precisa che «resta fermo il principio che, per effetto del richiamato articolo 24, comma 1, del D.Lgs 150/2009, l'utilizzo delle graduatorie relative ai passaggi di area banditi anteriormente al 1 gennaio 2010, in applicazione della previgente disciplina normativa, è consentito al solo fine di assumere i candidati vincitori e non anche gli idonei della procedura selettiva».

Essendo, nelle more, entrato in vigore, per effetto della c.d. riforma Brunetta, il novellato art. 52, comma 1 bis, d.lgs. 165/2001 in punto di progressioni tra aree, l'Amministrazione resistente ha provveduto all'assunzione, sulla base delle predette graduatorie, solamente dei vincitori, nel numero originariamente stabilito dal bando che aveva dato avvio alla procedura interna e non le ha più utilizzate per ulteriori assunzioni (del resto, non risulta sia stata emessa l'autorizzazione governativa integrativa, ai fini dell'ampliamento del numero di posti la cui copertura è stata autorizzata attraverso la citata procedura selettiva).



Ed invero, a seguito dell'entrata in vigore dell'obbligo per la pubblica amministrazione di procedere a progressioni tra aree solo attraverso concorso pubblico, non risultava possibile, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprire posti ulteriori rispetto a quelli già autorizzati nell'ambito di procedure già avviate ai sensi della previgente disciplina normativa attraverso l'utilizzo, per c.d. "scorrimento", delle graduatorie redatte a seguito delle procedure medesime, proprio in quanto procedure non più in linea con il novellato art. 52, comma 1 bis, d.lgs. 165/2001.

Alla luce di ciò, come già in precedenza esposto, ne consegue che dal 1° gennaio 2010 - essendo stato introdotto il necessario espletamento di un concorso pubblico - non era più ammissibile coprire posti ulteriori rispetto a quelli per i quali erano già state avviate le procedure secondo la previgente disciplina attraverso lo scorrimento di graduatorie formate, come nel caso di specie, a seguito di procedura selettiva interna e non attraverso concorso pubblico.

In altri termini, **l'entrata in vigore della citata disciplina ha prodotto una effettiva inutilizzabilità delle predette graduatorie ai fini delle procedure di scorrimento, pena un'attività della PA contraria alla normativa vigente.** (In questo senso, *ex multis*, vedi la sentenza del Tribunale di Trieste, Sezione lavoro, n. 64/2018 e sentenza del Tribunale di Savona, n. 120/2018).

Alla stregua di quanto sopra, il diniego di autorizzazione non può considerarsi illegittimo e quindi non può essere "dichiarato nullo" né disapplicato.

In conclusione il diniego di autorizzazione è legittimo e nessun inquadramento può essere disposto in assenza della citata autorizzazione

Alla luce di quanto esposto la deducente Amministrazione, come sopra rappresentata e difesa

Ricorre

a Codesta Corte d'Appello di Venezia - Sezione Lavoro - affinché, previa fissazione di udienza di comparizione delle parti, voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia Codesta Corte d'Appello, **in accoglimento dell'appello proposto avverso l'impugnata sentenza**, in totale riforma della stessa dichiarare inammissibili e/o respingere integralmente le

domande tutte *ex adverso* formulate nel ricorso di primo grado condannandosi parte appellata alla restituzione di quanto *medio tempore* eventualmente percepito.

Con rifusione di compensi professionali.

Si produce:

- 1) copia sentenza impugnata.
- 2) memoria di costituzione di primo grado.
- 3) precedenti giurisprudenziali favorevoli.

Si dichiara che la presente causa ha valore indeterminabile ma che, essendo l'appellante una Amministrazione Statale il relativo contributo unificato va prenotato a debito (e la prenotazione a debito è, per l'appunto, espressamente richiesta).

Venezia, 12 luglio 2018

Antonella Daneluzzi

AVVOCATO DELLO STATO







Corte d'Appello di Venezia

SEZIONE CONTROVERSIE IN MATERIA DI LAVORO, ASSISTENZA E PREVIDENZA OBBLIGATORIE

Cittadella della Giustizia – edificio 16
Piazzale Roma – Santa Croce 430 – 30135 Venezia
Tel. 0419653576-3577-3579
e-mail: lavoro.civile.ca.venezia@giustizia.it

CORTE

IL PRESIDENTE

Letto il ricorso d'appello iscritto al n. R.G. 602/2018, ai sensi dell'art. 435 c.p.c.

FISSA

L'udienza di discussione di cui all'art. 437 c.p.c., per il giorno 24-10-2019, ore 9:30 ore 10,00 – 11,00 - 12,00 e nomina relatore il

Dr. GIUDICE DA DESIGNARE.

Manda al ricorrente per la notifica del ricorso e del presente decreto all'appellato entro il termine di cui all'art. 435 c.p.c.

Si comunichi.

Venezia 1-08-2018

Il Presidente
Dott. Luigi PERINA

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA DEPOSITATO IN CANCELLERIA IL
- 1 AGO. 2018

COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE

1-3 AGO. 2018

DATA MARCA
1-08-2018