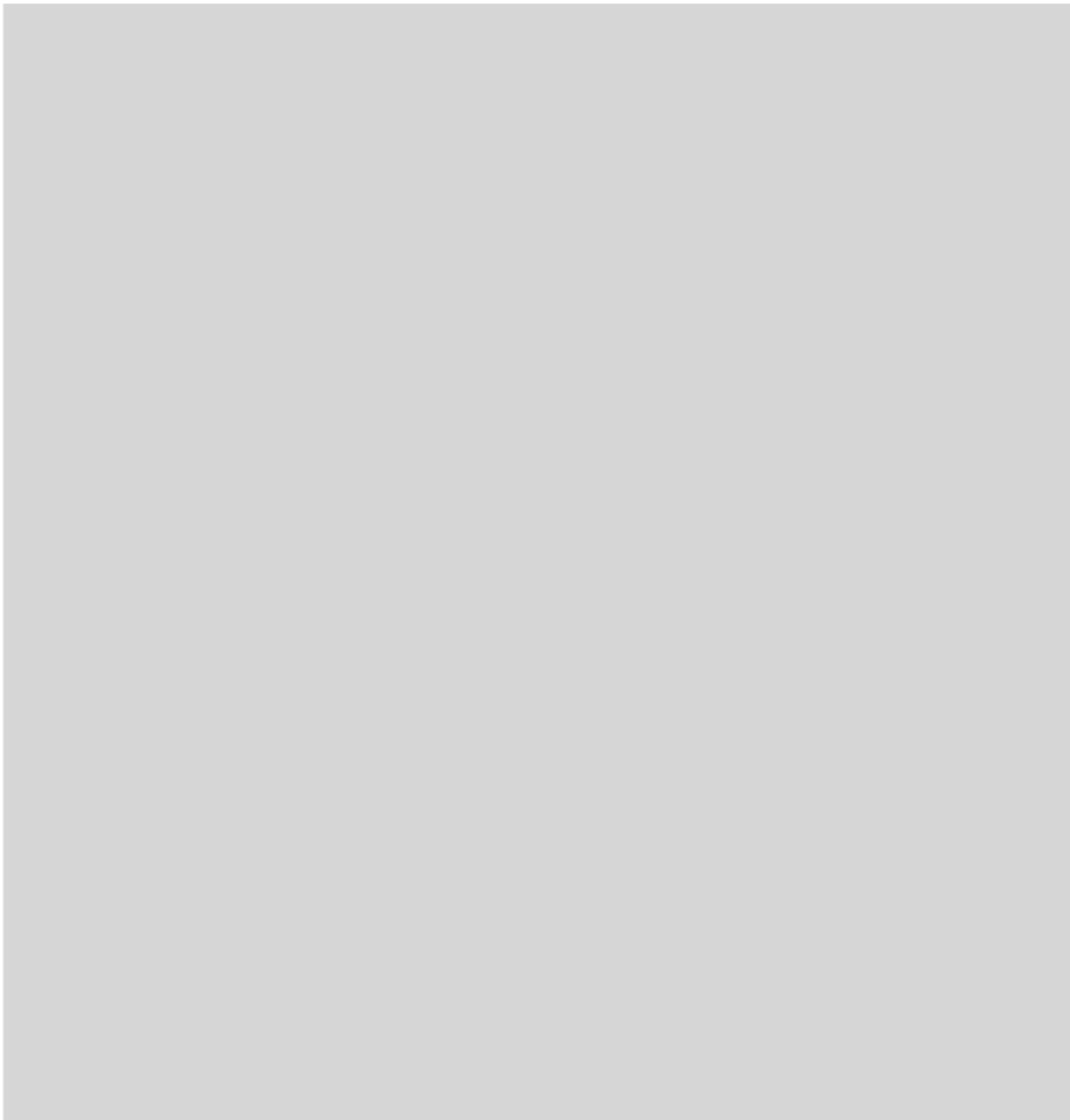


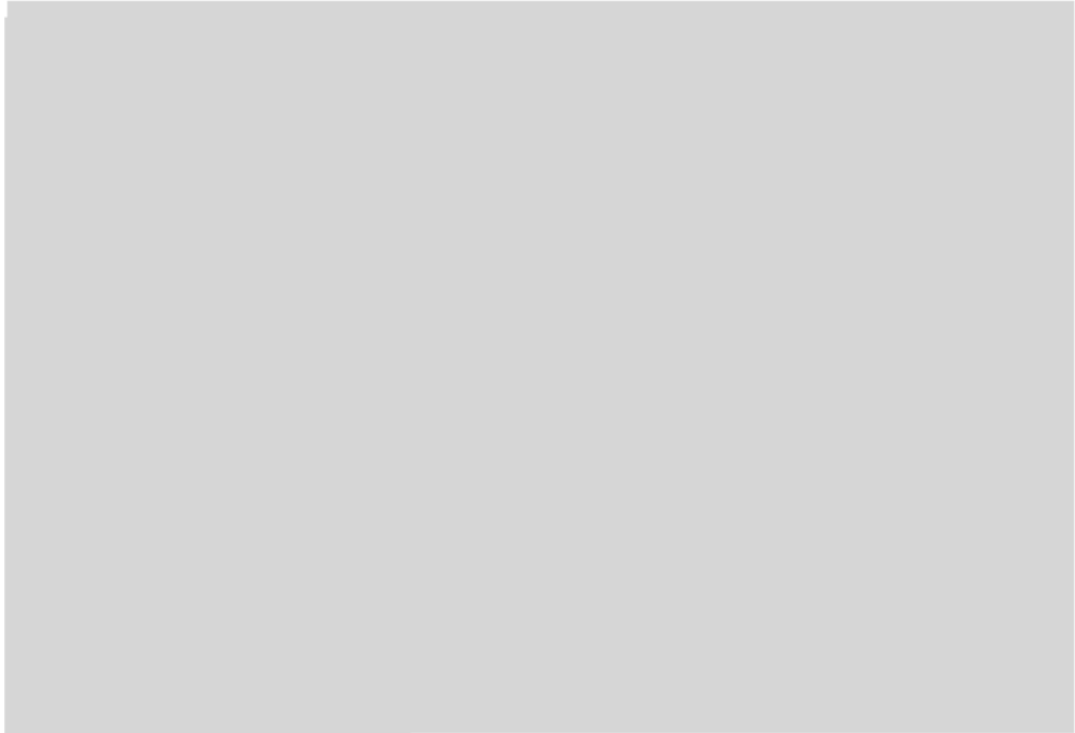
STUDIO LEGALE TORCICOLLO
00195 Roma - Via Carlo Mirabello, 11
Tel./Fax 06/37.51.99.32
Tel. 06/87.77.77.77 - Cell. 338/22.87.651
Peo: avvocato@giuseppetorricollo.it
Pec: giuseppetorricollo@ordineavvocatiroma.org
Sito: www.giuseppetorricollo.it

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART 414 CPC





 rappresentati e difesi dall'Avv. **GIUSEPPE PIO TORCICOLLO** (C.F.: TRC GPP 70P24 C349 V), ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in ROMA (RM), VIA CARLO MIRABELLO 11, giusta procure in calce (PEC: *giuseppiotorcicollo@ordineavvocatiroma.org*; FAX 06-37519932)

- RICORRENTI -

Contro: il **MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE (MEF)**, in persona del Ministro p.t., c.f.: 80415740580, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con sede in Roma (RM), via dei Portoghesi n. 12

- RESISTENTE -

FATTO

Gli odierni ricorrenti, dipendenti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, attualmente inquadrati nell'area professionale seconda (ex area "B"), hanno tutti partecipato al corso-concorso per il passaggio interno dall'area "B" (posizioni economiche B1, B2, B3) all'area "C", posizione

economica C1, ai sensi e per gli effetti dell'art. 15 del CCNL 1998-2001. Il suddetto corso-concorso, innanzi tutto, è stato oggetto di apposita concertazione fra la resistente amministrazione e le organizzazioni sindacali, sfociata nell'**accordo datato 23.06.2005 (doc. n. 1)**, nel quale veniva stabilito che: 1) i posti da mettere a concorso (riservato ai dipendenti) sarebbero stati pari al 50% dei posti vacanti e disponibili (in ossequio, evidentemente, alla regola costituzionale del pari accesso dall'esterno ai ruoli della pubblica amministrazione); 2) il bando è unico a livello nazionale; 3) ***“Le graduatorie rimarranno valide fino al nuovo bando e comunque non oltre 24 mesi. Gli idonei verranno inquadrati man mano che si libereranno, a qualsiasi titolo, i posti messi a concorso nonché il 50% dei posti, coperti alla data del bando, che si renderanno liberi nel periodo di vigenza della graduatoria”***.

Sulla base di tale intesa, è stato quindi indetto il corso-concorso con il **Bando** di cui al **D.M. n. 7/2006/55 del 12.10.2006**, per la copertura di **n. 407 posti (doc. n. 2)**. Il suddetto Bando – che richiama il CCNL 1998-2001 (art. 15 e 26), il CCI del 20.03.2000, il CCNL 2002-2005, la sopra citata intesa raggiunta con le sigle sindacali in data 23.06.2005, il decreto PCM 08.02.2006 (che ha provveduto a rideterminare le dotazioni organiche delle aree funzionali e delle posizioni economiche interne a ciascuna area), l'accordo del 01.10.2003 con il quale si è proceduto, ai fini della determinazione del numero di posti da bandire per la suddetta procedura riservata, allo scorporo della percentuale di posti da riservare a concorsi pubblici (per l'accesso dall'esterno), in ossequio alla sentenza n. 194 del 2002 della Corte Costituzionale, il D.M. 01.05.2006 (che ha appunto determinato in n. 407 il contingente di posti da bandire per la progressione dall'area B alla posizione economica C1) -, dopo aver disciplinato i requisiti e le fasi del procedimento concorsuale (prova preselettiva, corsi di formazione, valutazione titoli, prove scritte e prova orale, ecc), in particolare stabilendo che la graduatoria finale sarà formata sommando il punteggio ottenuto nelle prove d'esame (massimo 60) ed il

punteggio risultante dalla scheda di valutazione dei titoli, per un massimo di complessivi 100 punti, conclude nel seguente modo: ***“La graduatoria rimarrà valida fino a nuovo bando e comunque non oltre 24 mesi dalla sua approvazione. Gli idonei verranno inquadrati man mano che si renderanno disponibili i posti messi a concorso a seguito di rinunce, pensionamenti o dimissioni dal servizio a qualsiasi titolo del personale risultato vincitore. Saranno destinati ai medesimi inquadramenti, inoltre, il 50% dei posti, coperti alla data del presente bando, che si libereranno nel periodo di vigenza della graduatoria; gli inquadramenti saranno effettuati con cadenza semestrale”***.

I ricorrenti hanno tutti superato il predetto corso-concorso, collocandosi nella relativa **graduatoria finale di merito**, di cui all'**Allegato A)** del **Decreto n. 83725 del 22.10.2010** del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione generale del personale e dei servizi (**doc. n. 3**). I ricorrenti, tuttavia, pur avendo conseguito un punteggio complessivo, fra titoli (anzianità di servizio e titoli di studio) e prove d'esame (2 prove scritte e la prova orale), tale da potersi piazzare, nella maggioranza dei casi, fra i 407 vincitori (ben 30 ricorrenti su 43, infatti, occupano posizioni di merito comprese fra i primi 407 posti banditi), venivano di fatto relegati allo *status* di “idonei”, e questo in virtù di una clausola del bando che, a parità di punteggio di merito, assegnava priorità nell'inquadramento in area superiore al personale appartenente alla posizione economica B3.

Tale clausola, anche se illegittima (v. **sentenza del TAR Lazio-Roma n. 36 del 02.01.2014: doc. n. 4**), non viene però messa in discussione nel presente ricorso, essendo la questione ormai preclusa dal giudicato formatosi, in danno degli odierni ricorrenti, per non avere questi a suo tempo notificato il proposto ricorso al Tar ai soggetti contro-interessati.

I ricorrenti, peraltro, pur essendo decaduti dalla possibilità di contestare la loro “postergazione” come semplici idonei e il loro mancato collocamento fra i 407 “vincitori” (quest'ultimi compresi invece nell'Allegato B) del

succitato Decreto del 22.10.2010), rivendicano con forza nella presente sede il fatto di essere, comunque, risultati “idonei” all’esito del suddetto concorso (con un punteggio di merito che, addirittura - è bene ribadirlo -, in molti casi è superiore a quello conseguito dai soggetti immediatamente inquadrati come vincitori). L’essere risultati idonei dava loro un diritto, che discendeva (e discende) dal Bando stesso, come sopra riferito. Infatti, con il predetto corso-concorso il Ministero odierno convenuto non si è limitato solo a prevedere la copertura dei 407 posti banditi ed autorizzati, ma ha anche assunto l’impegno di effettuare, con cadenza semestrale, plurimi scorrimenti della graduatoria finale di merito per la copertura di ulteriori posti (nel numero massimo del 50%), rispetto ai posti già banditi, i quali fossero divenuti vacanti durante la vigenza (biennale) della suddetta graduatoria.

L’odierno convenuto, tuttavia, pur essendosi effettivamente verificata la condizione della sopravvenuta “vacanza di posti” nella terza area (ex area C), è rimasto inadempiente all’obbligo assunto negli atti sopra citati (accordo sindacale e bando). Ciò è dipeso dal parere negativo – circa la possibilità di utilizzo della detta graduatoria - rilasciato, a poco tempo dall’approvazione della graduatoria stessa, dal Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Come è noto, infatti, in data 15.11.2009 era entrato in vigore il **Decreto legislativo n. 150-2009**. Ai sensi dell’art. 62 del succitato provvedimento legislativo (c.d Decreto Brunetta), che ha introdotto il comma *1-bis* nell’art. 52 del D.Lgs. 165/01, “*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*”. Inoltre, ai sensi dell’art. 24 del medesimo testo legislativo, “*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”.

Orbene, secondo il giudizio della Funzione Pubblica (**Nota Circolare n. 11786 del 22.02.2011: doc. n. 5**; parere poi ribadito nella successiva **Nota Circolare n. 5 del 21.11.2013: doc. n. 6**), già **a partire dal 01.01.2010**, la novella legislativa in parola impedisce “lo scorrimento” delle graduatorie scaturite da concorsi interamente riservati al personale interno. Come specificato, infatti, nel **Decreto del PCM del 10.03.2011 (doc. n. 7)**, *“le richieste relative a progressioni verticali si considerano legittime solo se riguardanti assunzioni **di vincitori** di procedure bandite anteriormente al 31 dicembre 2009, in conformità a quanto previsto dall’art. 24 del citato decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, ferme restando le autorizzazioni a bandire concesse entro la medesima data del 31 dicembre 2009, ai sensi dell’art. 35, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel limite numerico autorizzato”*. Quindi, mentre per i vincitori è fuori discussione il fatto che la novella legislativa non trovi applicazione, per gli idonei la possibilità di essere assunti è preclusa dall’entrata in vigore della riforma.

Inoltre, secondo le succitate circolari, la proroga della vigenza delle graduatorie, prevista negli ultimi anni da vari provvedimenti legislativi, non si applica alle graduatorie dei concorsi interni, non essendo quest’ultimi “concorsi pubblici” a tutti gli effetti.

Orbene, al di là della circostanza se alle predette graduatorie si applichi, o meno, la normativa degli ultimi anni che ha disposto la “ultra-vigenza” delle graduatorie dei concorsi pubblici – questione oggi controversa che vede schierati opposti orientamenti (v. *infra*) -, non è chi non veda che è pacifico che la graduatoria per cui è causa, approvata in data 22.10.2010, è certamente rimasta in vigore almeno fino al 21.10.2012 (come previsto nel bando; vedi pure l’art. 1, comma 2, del succitato DM del 22.10.2010 -

doc. 3 - che ribadisce la “validità di 24 mesi” della suddetta graduatoria). Inoltre, fra il 22.10.2010 e il 21.10.2012, cioè durante la indiscussa vigenza della graduatoria suddetta, nell’area III del ruolo unico del personale dipendente dal MEF si è verificata una carenza di organico tale da giustificare, come previsto nel bando, lo scorrimento della graduatoria e l’inquadramento di tutti gli odierni ricorrenti.

Infatti, come risulta dalla Tabella allegata al succitato decreto PCM del 10.03.2011 (in doc. 7), presso il Ministero odierno convenuto, nel solo anno 2009 sono cessate dal servizio 539 unità, e a fronte di dette cessazioni si è deciso di assumere, nel 2010, 117 unità, di cui 89 unità tramite concorso aperto all’esterno e 28 unità provenienti da progressioni verticali relative ai soli vincitori collocati nelle relative graduatorie. Tuttavia, se il Dipartimento della Funzione Pubblica non avesse espresso parere negativo in ordine allo scorrimento delle graduatorie relative alle suddette progressioni verticali, fermo restando il budget complessivo di spesa sostenibile (calcolato sul 20% del risparmio pari alle cessazioni dal servizio per l’anno precedente), il numero di assunzioni tramite progressione verticale anziché per concorso pubblico aperto all’esterno (quest’ultimo comportante una maggiore spesa iniziale di nuovo personale) avrebbe potuto essere superiore a quello sopra indicato, consentendo di inquadrare non solo i vincitori (dei 407 posti banditi in area III), ma anche una quota parte di idonei, stante la sopravvenuta vacanza in detta area di nuovi posti, oltre quelli già banditi. Del pari, come risulta dalla Tabella 6 allegata al **decreto PCM del 23.03.2016 (doc. n. 8)**, nel solo anno 2011 sono cessate dal servizio 556 unità, e a fronte di dette cessazioni si è deciso di assumere, nel 2012, 102 unità nella sola area III tramite concorso aperto all’esterno e nessuna unità tramite scorrimento della graduatoria della progressione verticale, coprendo di fatto un numero di posti inferiore a quello copribile tramite nuove assunzioni (pari a 111); ancora, nel solo anno 2012 sono cessate dal servizio 447 unità, e a fronte di dette cessazioni si è deciso di assumere,

nel 2013, 77 unità nella sola area III tramite concorso aperto all'esterno e nessuna unità tramite scorrimento della graduatoria della progressione verticale, coprendo di fatto un numero di posti inferiore a quello copribile tramite nuove assunzioni (pari a 89). Peraltro, in entrambi i suddetti anni, il numero di posti copribile tramite scorrimento della graduatoria avrebbe potuto essere superiore al numero massimo indicato nella suddetta tabella (numero che si riferisce alle coperture tramite primo accesso dall'esterno).

Gli odierni ricorrenti, pertanto, hanno visto leso il loro diritto ad essere inquadrati in area III, posizione economica F1, negli anni 2011 e 2012, ovverosia negli anni in cui è stata certamente indiscussa e incontrovertita la vigenza della loro graduatoria. In detti anni, infatti, oltre ai 407 posti banditi per la progressione verticale in oggetto, è successo che nell'area III, come si è visto, si è liberato un numero di posti tale da consentire, senza alcun dubbio, attingendo dalla graduatoria, gli "inquadramenti semestrali" quali previsti e programmati negli atti succitati (accordo sindacale e bando). Inoltre, il diritto dei ricorrenti ad occupare detti posti vacanti non è escluso o limitato dalla coeva copertura di alcuni posti avvenuta per effetto dell'indizione di nuovi concorsi. Infatti, i concorsi pubblici aperti all'esterno per l'accesso nella suddetta area III, posizione economica F1, hanno determinato la copertura di un numero di posti ben inferiore ai posti effettivamente vacanti e disponibili. E poiché i posti vacanti e disponibili erano molti di più di quelli messi a concorso pubblico aperto all'esterno, non vi era alcun ostacolo ad effettuare lo scorrimento della suddetta graduatoria. Anzi, tale scorrimento era vieppiù doveroso proprio in quanto, secondo gli accordi, a fronte di un 50% di posti da riservare a concorso aperto all'esterno, l'ulteriore 50% dei posti vacanti e disponibili andava, "durante la vigenza di 24 mesi della graduatoria", riservato allo "scorrimento della graduatoria" della progressione riservata agli interni. A maggior ragione, perciò, se per le cessazioni degli anni 2011 e 2012 sono stati coperti, in area III, per mezzo di concorso esterno, 179 posti vacanti e disponibili, e come si è detto

residuavano ancora ulteriori posti vacanti e disponibili in detta area, era obbligo dell'amministrazione mantenere gli impegni assunti, e dare corso ad un numero di inquadramenti in detta area, tramite utilizzo della graduatoria in oggetto, almeno pari al numero di inquadramenti effettuati tramite nuovi concorsi (aperti all'esterno).

Tutto ciò porta a ritenere che il presente ricorso, consistente nel rivendicare il "diritto" dei ricorrenti ad occupare, come "idonei", i posti vacanti e disponibili nella terza area, negli anni 2011 e 2012, comunque entro la data di scadenza della graduatoria (21.10.2012), ovvero, in via subordinata, in data successiva alla suddetta scadenza e comunque entro la data di vigenza di cui alle numerose proroghe legislative intervenute negli anni, e quindi entro il 31.12.2017 (domanda subordinata per il caso di non accoglimento della domanda di inquadramento in terza area entro il 21.10.2012), non è assolutamente né identico né simile, né in alcun modo condizionato, a 2 precedenti ricorsi azionati, tramite altri procuratori, dagli odierni ricorrenti (ad esclusione dei signori CIAMBELLA Tiziana, FORNACIARI Alberto, GIORDANI Paola, che invece non hanno ad oggi esperito in precedenza alcun ricorso). Infatti: 1) il ricorso definito presso questo Tribunale con sentenza n. 3116 del 30.03.2017 (RG n. 9297 del 2014), concerneva la pretesa avanzata dai ricorrenti ad essere inquadrati "in data 22.10.2010" come "vincitori" (per i 407 posti banditi), e non come idonei (per gli ulteriori posti vacanti), chiedendo al giudice ordinario di disapplicare il bando e il decreto di approvazione della graduatoria (**doc. n. 9**); domanda per la quale il giudice ha, giustamente, dichiarato il "difetto di giurisdizione" in favore del giudice amministrativo; 2) il ricorso definito presso questo Tribunale con sentenza n. 1941 del 29.02.2016 (RG n. 31363 del 2015), concerneva invece la pretesa dei ricorrenti ad essere sì inquadrati come "idonei", ma investendo il giudice ordinario della richiesta di disapplicazione dei nuovi bandi afferenti i concorsi successivamente indetti dall'amministrazione

(**doc. n. 10**); domanda per la quale ancora una volta è stata declinata la giurisdizione in favore del giudice amministrativo.

Nel presente ricorso, giova ribadirlo, i ricorrenti chiedono di occupare i posti vacanti e disponibili in area III, sulla base degli impegni assunti dall'amministrazione, non sul presupposto che detti posti sono quelli resi disponibili attraverso l'indizione di nuovi concorsi (domanda che in tal caso compete al GA), ma indipendentemente dai concorsi banditi, sul presupposto che i posti effettivamente vacanti e disponibili, in aggiunta a quelli occupati con i predetti concorsi, erano, già negli anni 2011-2012, e cioè durante la vigenza ordinaria della graduatoria, in numero tale da obbligare l'Amministrazione ad effettuare lo scorrimento della graduatoria stessa. Infatti, l'Amministrazione aveva già effettuato la decisione di coprire una parte (pari al 50%) dei posti vacanti utilizzando la graduatoria, ed è dunque da questa decisione, da ritenere irrevocabile, che sorge il diritto rivendicato nel presente odierno ricorso. Ovviamente sul presupposto che si è verificata la condizione, alla quale era subordinata detta decisione, e cioè la sopravvenuta vacanza di posti nei 24 mesi di vigenza della graduatoria. Poichè tale condizione si è di fatto concretizzata, ne deriva l'obbligo di adempiere la promessa formulata nel bando.

DIRITTO

1. PRINCIPIO DEL “*TEMPUS REGIT ACTUM*” E NON RETROATTIVITA’ DEL DECRETO BRUNETTA PER LO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE DELLE PROGRESSIONI VERTICALI BANDITE ANTERIORMENTE AL 31.12.2009 (E DECISO ANTERIORMENTE A DETTA DATA).

In verità, non appare condivisibile l'interpretazione fornita sulla problematica dalla **circolare n. 11786 del 22.02.2011 (doc. 5)**, ribadita in seguito dalla **circolare n. 5 del 21.11.2013 (doc. 6)**. Infatti, l'intento

perseguito dalle predette circolari è quello di impedire che, a decorrere dal 01.01.2010, le pubbliche amministrazioni possano avvalersi di concorsi interamente riservati ai dipendenti (*“Rimane fermo, tra l’altro, per quanto attiene alle procedure verticali, il disposto di cui all’art. 24 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 che al comma 1, prevede che ‘Ai sensi dell’art. 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’. La norma non consente di ricorrere allo scorrimento delle graduatorie relative ad idonei delle progressioni verticali già a decorrere dal 1° gennaio 2010...”*).

Non è chi non veda, però, che la normativa sopra citata, diversamente da quanto sostenuto nelle predette circolari, si applica: 1) alle “nuove procedure concorsuali”, cioè quelle indette a decorrere da quella data, certamente non all’utilizzo di graduatorie relative a procedure già espletate; 2) ai “nuovi provvedimenti amministrativi” di “scorrimento della graduatoria”, cioè ai provvedimenti che, appunto, decidono di “coprire i posti disponibili nella dotazione organica” successivamente al 31.12.2009, non ai provvedimenti di copertura già in precedenza adottati.

E' opportuno, infatti, ricordare il principio *“tempus regit actum”*, che ha la funzione pratica di consentire l'individuazione della disciplina giuridica da applicare ad un atto o ad un procedimento amministrativo. In altri termini, ogni atto o provvedimento deve essere conforme alla disciplina vigente al momento dell'emanazione dell'atto o provvedimento stesso. Tale principio è sancito nel nostro ordinamento all’art. 11 delle disp. prel., rubricato *“efficacia della legge nel tempo”*, che recita: *“la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”*. Dunque, ogni atto è disciplinato dalla legge in vigore nel tempo in cui viene adottato

con esclusione (di regola) della retroattività e della ultrattività di essa. Questa disposizione esprime un principio di ordine generale ed evidenzia l'esigenza che la legge non sia ordinariamente retroattiva. In materia concorsuale, in particolare, la giurisprudenza ha da tempo elaborato ed applicato criteri diretti, fra l'altro, a garantire anche la *par condicio* delle persone coinvolte nel procedimento concorsuale. Secondo la prevalente e migliore giurisprudenza, infatti, occorre fare riferimento alle norme legislative o secondarie vigenti alla data di approvazione del bando, che devono quindi essere applicate, e le norme sopravvenute, per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito, non possono modificare i criteri dei concorsi già banditi, a meno che ciò non sia espressamente stabilito dalle norme stesse. Tale principio, che ha trovato espressione in molte decisioni amministrative (CdS, VI, 21.07.2010, n. 4791; CdS, VI, 12.06.2008, n. 2909; CGARS, 14.09.2007, n. 836; CdS, V, 21.09.2005, n. 4937; CdS, V, 05.10.2005, n. 5316; CdS, IV, 06.07.2004, n. 5018), può essere riassunto in estrema sintesi osservando che all'intero procedimento si applicano le regole in vigore al momento del suo inizio salvo che, ovviamente, la *lex specialis* e cioè il bando, non abbiano diversamente previsto e salva, ovviamente, l'applicabilità delle norme meramente interpretative che formano un tutt'uno con la norma interpretata. In sintesi la giurisprudenza ha affermato che: i) il principio "*tempus regit actum*" non trova applicazione alle procedure concorsuali in corso al momento di entrata in vigore delle nuove norme; ii) un concorso è interamente disciplinato dalle norme in vigore nel momento di inizio del relativo procedimento; iii) le norme sopravvenute nel corso della procedura concorsuale possono trovare applicazione solo in caso di esplicita od implicita previsione di applicabilità ai procedimenti in corso. I corollari che se ne debbono trarre sono i seguenti: poiché la procedura concorsuale inizia con la pubblicazione del bando, che costituisce *lex specialis* della procedura, è in questo momento che si determina il sistema normativo di riferimento di tutte le fasi del concorso. Tale sistema si modifica in conformità delle norme sopravvenute solo se di queste sia prevista l'applicazione anche ai

procedimenti in corso. Dunque, sono irrilevanti le novità normative intervenute successivamente alla pubblicazione del bando, non solo se esse riguardino i requisiti di ammissione dei candidati, ma anche le modalità di svolgimento delle prove, ecc. Inoltre, sotto altro profilo, va ricordato che in materia di concorsi pubblici si applica il principio della tutela dell'affidamento dei candidati, che sono principalmente garantiti attraverso il rispetto della *par condicio*. *“In tema di pubblici concorsi, le disposizioni normative sopravvenute (non aventi carattere interpretativo) in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure in itinere alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio ‘tempus regit actum’ attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio”* (CdS, VI, 21.07.2010, n. 4791). Pertanto, le norme legislative e regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura concorsuale, devono essere sempre applicate anche se non espressamente richiamate nel bando. Le norme sopravvenienti, invece, per le quali non vi è un rinvio implicito nella *lex specialis*, non devono essere applicate ai concorsi già banditi, tranne il caso in cui non sia diversamente previsto dalle norme stesse. Quindi, la circostanza che una normativa sopravvenuta durante lo svolgimento del concorso modifichi i requisiti e le modalità di partecipazione del concorso stesso non vale a modificare il risultato del concorso medesimo, che deve essere valutato alla stregua della normativa in vigore al momento in cui il concorso è stato bandito. In altre parole, non solo i vincitori, ma anche gli idonei, non cessano di essere tali per effetto di una normativa sopravvenuta durante lo svolgimento del concorso.

Il suddetto ragionamento non può non valere anche ai fini del preteso diritto allo scorrimento della graduatoria. Infatti, la decisione di effettuare lo scorrimento della graduatoria, cioè appunto di “coprire i posti vacanti” durante l’ordinaria vigenza della graduatoria, è stata adottata nel bando stesso, e comunque prima del **31.12.2009**, cioè **quando era ancora vigente la precedente normativa legislativa**. E’ vero che la graduatoria di merito è stata poi approvata in data **22.10.2010**, **vigente la nuova legge**. Ma non è il decreto di approvazione della graduatoria finale che ha deciso di effettuare lo scorrimento della graduatoria stessa, ma bensì il bando, e questa decisione è stata adottata in data 12.10.2006, cioè oltre 3 anni prima l’entrata in vigore della riforma!

Tale “irretroattività” della legge consente, quindi, di ritenere che, anche nell’ipotesi in cui, in effetti, il fenomeno della “proroga di vigenza” delle graduatorie concorsuali non abbia più riguardato, dal 2009 in poi, le graduatorie afferenti i concorsi interamente riservati al personale (tesi sostenuta nelle circolari succitate e su cui si rinvia al successivo motivo), resta il fatto che **le suddette graduatorie sono rimaste formalmente IN VIGORE ai fini della VIGENZA ORDINARIA, e cioè nel caso in questione fino al 21.10.2012**. Cioè, pur aderendo alla tesi secondo cui siffatte graduatorie non sarebbero “prorogate”, resta il fatto che, in base al principio “*TEMPUS REGIT ACTUM*”, la procedura in oggetto, in quanto autorizzata entro il 31.12.2009, e relativa a posti già vigenti entro tale data, **deve essere interamente regolata dalla legge del tempo in cui è stata autorizzata, non dalla legge posteriore**. Così ha affermato il Tar Lazio nella **sentenza n. 6309 del 04.05.2015 (doc. n. 11)**, confermata dal Consiglio di Stato con la **sentenza n. 487 del 02.02.2016 (doc. n. 12)**. Secondo il Tar Lazio, infatti, pronunciandosi in ordine alla progressione verticale indetta dall’Agenzia delle Dogane, ***“con riferimento alla decisione di indire procedure selettive riservate solo a candidati interni, il Collegio ritiene che nel caso in esame siano state correttamente escluse le limitazioni introdotte dall’art. 24, comma 1, del decreto***

legislativo n. 150/2009. Infatti, come sottolineato nella nota del Capo di Gabinetto del MEF del 17 giugno 2010, ‘le procedure selettive per l’attuazione di progressioni verticali (come quelle autorizzate con il DPCM 26 ottobre 2009), riconducibili a posti vacanti entro il 31 dicembre 2009 ed autorizzate entro la medesima data, non rientrano nelle limitazioni introdotte a partire dal 1° gennaio 2010 dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150’...”. Anche il Consiglio di Stato ha poi affermato che: “...la bandita selezione, non subisce le limitazioni introdotte dall’art. 24, comma 1, del decreto legislativo n. 150/2009...”.

Non solo: oltre a tali sentenze, esiste una “norma speciale”, contenuta nella legge di stabilità 2015 (**legge n. 190 del 23.12.2014**), e cioè il **comma 269 dell'articolo 1**, che in via eccezionale, per l'Agenzia delle Dogane, consente, per l'anno 2015, lo “scorrimento delle graduatorie” delle progressioni verticali già indette. Sulla base di tale norma, l'Agenzia delle Dogane, con la **determinazione direttoriale prot. n. 28969/RI/2015, ribadita da successiva determinazione del 2016 (doc. n. 13)**, ha provveduto ad inquadrare in AREA III tutti gli idonei delle suddette progressioni verticali già espletate. Il provvedimento in questione cita la particolare proroga prevista per tali graduatorie, fino al 30 giugno 2015, dall'art. 1, comma 4, lettera b-bis), del D.L. n. 150 del 2013, convertito in Legge n. 15 del 2014 (milleproroghe 2014). Orbene, **dall'esame di tali disposizioni di legge emerge che, relativamente agli anni di vigenza “ordinaria” delle graduatorie, il legislatore non ha inteso vietare lo “scorrimento delle graduatorie” afferenti le “progressioni verticali”**. Se infatti per tali graduatorie lo scorrimento non fosse stato più possibile, in assoluto, dopo il 1 gennaio 2010, come sostengono le circolari della Funzione Pubblica, non sarebbe stato possibile effettuare lo scorrimento delle graduatorie neppure per i dipendenti dell'Agenzia delle Dogane. L'art. 1, comma 269, infatti, è sì una norma “eccezionale”, ma non è una norma “singolare”: è eccezionale, cioè, solo nel senso che consente, eccezionalmente per l'anno 2015, lo

scorrimento delle suddette graduatorie, in deroga al divieto generalizzato di effettuare “scorrimenti” di qualsivoglia graduatoria, imposto nella stessa legge di stabilità per il 2015 dai commi 424 ss. La deroga, cioè, si muove in questo ambito, ma non nel senso che viene derogato il “principio” di cui alla legge Brunetta. Qualora il legislatore avesse inteso derogare in assoluto al divieto di scorrere graduatorie afferenti “progressioni verticali riservate”, dopo il 31 dicembre 2009, avrebbe dovuto specificare che lo scorrimento previsto, appunto, dal suddetto comma 269 era **anche in deroga ai principi ex art. 24 e 62 del D.Lgs. n. 150-2009**. Nessun riferimento, invece, compare in merito a tali articoli. La deroga, pertanto, è solo quella di consentire lo “scorrimento”, relativamente a graduatorie espressamente vigenti fino al 30 giugno 2015, in via eccezionale rispetto al divieto di scorrimento operante per qualsiasi graduatoria, imposto per gli anni 2015 e 2016 dalla legge di stabilità. Inoltre il Tar e il Consiglio di Stato, debitamente richiamati nella determinazione del Direttore dell'Agenzia delle Dogane, hanno appunto stabilito che, in base al principio “**tempus regit actum**” le procedure di progressione indette prima della entrata in vigore della riforma Brunetta, **debbono essere interamente regolate dalla legge vigente al momento in cui sono indette, non in base alla legge successiva**. E ciò spiegherebbe perchè le graduatorie delle progressioni verticali indette dall'Agenzia delle Dogane, sono state utilizzate.

Quindi: anche se la proroga non avesse investito la graduatoria di cui alla presente causa, resta il fatto che, relativamente ai **posti vacanti già istituiti in pianta organica entro il 31 dicembre del 2009**, lo scorrimento della graduatoria, peraltro già deciso nel **bando anch'esso antecedente il 31 dicembre del 2009**, sarebbe stato possibile almeno **durante la vigenza ordinaria della graduatoria, cioè fino al 21.10.2012**. Per tali posti, quindi, ed entro il 21.10.2012, i ricorrenti erano in diritto di chiedere lo scorrimento della propria graduatoria, essendo peraltro la “vigenza ordinaria” (triennale o di durata inferiore), prevista

nell'art. 35 del Testo Unico sul pubblico impiego, un istituto valevole per ogni graduatoria, sia quella del concorso pubblico che quella di ogni altra procedura selettiva, anche interna. Inoltre, vi sono già agli atti diverse sentenze dei giudici del lavoro che, con riferimento alle progressioni verticali medesime, stabiliscono che le procedure suddette debbono essere interamente regolate dalla legge in vigore nel momento in cui sono state indette, non in base alla legge posteriore. I predetti giudici hanno quindi riconosciuto il "diritto allo scorrimento" in capo agli idonei non vincitori, riconoscendo che lo scorrimento non è precluso dall'entrata in vigore della riforma Brunetta. Secondo la **sentenza del Tribunale di Roma n. 9960 del 27.10.2014 (doc. n. 14)**, *"l'art. 24 del dlgs 150/2009, nello stabilire che dal 1.1.2010 la copertura dei posti disponibili nella dotazione organica sarebbe stata realizzata soltanto per mezzo di concorsi pubblici, con riserva non superiore al 50% del personale interno, esclude dichiaratamente lo scorrimento delle graduatorie degli idonei nelle progressioni verticali solo con riguardo ai concorsi indetti dopo tale data. Al contrario, i concorsi indetti prima di tale data devono ritenersi non regolati da tale precetto..."*. Dello stesso identico avviso è la successiva **sentenza del Tribunale di Roma n. 4850 del 13.05.2015 (doc. n. 15)**. In particolare, mentre la prima delle due succitate sentenze ha riconosciuto operante in favore della graduatoria l'istituto della proroga (questione, tuttavia, controversa poiché esistono opposti orientamenti), particolarmente degna di nota è la seconda sentenza succitata. In detta sentenza, afferente anche essa una progressione verticale riservata per il passaggio dall'area B all'area C, il Giudice ritiene operante lo scorrimento, senza pronunciarsi sulla questione della proroga, con riferimento all'utilizzo della graduatoria durante la vigenza ordinaria, e su tale base riconosce il diritto dei ricorrenti ad essere inquadranti in area superiore con decorrenza dal 19.09.2012 (la graduatoria era stata approvata in data 27.12.2010 e quindi era in vigore per vigenza ordinaria).

Conclusivamente, nonostante i pareri (sfavorevoli allo scorrimento) della Funzione Pubblica (pareri aventi natura di “norme interne” e non la forza di “legge” o atti ad essa “equiparati”), l’operato dell’Amministrazione convenuta è apparso illegittimo (colposo) nel negare (durante il biennio di vigenza ordinaria) lo scorrimento della graduatoria e l’assunzione degli idonei odierni ricorrenti.

2. EQUIPARAZIONE DELLE PROGRESSIONI VERTICALI RISERVATE AI “CONCORSI PUBBLICI” E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI FAVOREVOLI ALL’APPLICAZIONE ALLE GRADUATORIE *DE QUIBUS* DELLE LEGGI RECANTI LA PROROGA DELLA VIGENZA.

Secondo l’orientamento delle circolari succitate, la normativa di cui ai decreti “mille proroghe” - da ultimo l’art. 4, comma 4, del D.L. n. 101/2013, convertito in Legge n. 125/2013 e l’art. 1, comma 368, della legge di bilancio 2017 n. 232/2016 - non si applica alle graduatorie afferenti le progressioni verticali riservate per il seguente motivo: dette graduatorie afferiscono a “progressioni verticali”, cioè concorsi “interni” che, come tali, non rientrano nella dizione di “concorsi pubblici”, cui fa espresso riferimento la suddetta normativa.

Tale tesi è oggi tuttavia oggetto di orientamenti contrapposti, e per questo la domanda di parte ricorrente finalizzata all’inquadramento in area superiore in data successiva al 21.10.2012, e cioè “entro la data del 31.12.2017” (ultima proroga di vigenza delle graduatorie in base alla succitata legge di bilancio per il 2017), viene formulata nel presente ricorso in via esclusivamente subordinata, per l’ipotesi di non accoglimento della domanda, maggiormente fondata, ad essere inquadrati “entro il 21.10.2012”.

Senonchè, la tesi che estende la proroga alle suddette graduatorie, è presente in diverse pronunce giurisdizionali: secondo il **TAR LAZIO, sentenza n. 1889 del 20.02.2013 (doc. n. 16)**, “L’articolo 3, comma 87,
20

della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), ha aggiunto, all'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il comma 5-ter, in forza del quale 'Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali'. L'articolo 1, comma 4, del decreto legge n. 216 del 9 dicembre 2011, convertito dalla legge 24 febbraio 2012, n. 14, dispone che 'L'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni, approvate successivamente al 30 settembre 2003, è prorogata fino al 31 dicembre 2012, compresa la Presidenza del Consiglio dei Ministri'. Da ultimo, l'art. 1, comma 388 della l. 24.12.2012, n. 228 (legge di stabilità 2013), ha ulteriormente prorogato, sino al 30 giugno 2013, il termine stabilito nel 2012. Pertanto, **non sussistono dubbi in merito alla perdurante vigenza delle graduatorie sulle quali si fondano le pretese di parte ricorrente** Relativamente alle disposizioni introdotte con la legge finanziaria per il 2008, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 28 luglio 2011, n. 14, ha posto in rilievo che siffatto intervento normativo «abbandona la struttura formale della disciplina di mera proroga, a carattere contingente, e si caratterizza per alcuni elementi di novità: - è definitivamente confermato che la vigenza delle graduatorie, ora determinata in tre anni, decorrenti dalla pubblicazione, è un istituto ordinario ('a regime') delle procedure di reclutamento del personale pubblico, disciplinato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi (d.P.R. n. 487/1994); - l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto generale dello 'scorrimento' è riferito, indistintamente, a tutte le amministrazioni, senza limitazioni di carattere soggettivo od oggettivo. Fermi restando questi importanti profili innovativi, tuttavia, la disciplina, per la sua ratio e per la sua formulazione letterale, va estesa anche alle procedure concorsuali svolte in epoca precedente alla sua entrata in

vigore» (*punto 16 della motivazione*).» In modo analogo: **TAR LAZIO, sentenza n. 3444 del 17.04.2012 (doc. n. 17); Consiglio di Stato, sentenza n. 6248 del 27.12.2013.** (Nei casi affrontati nelle predette sentenze si controverteva in ordine alla applicabilità della normativa “mille proroghe” anche alle graduatorie relative ai “concorsi interni” per la dirigenza a suo tempo indetti dal Comune di Roma.)

E comunque, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza maggioritaria, le progressioni verticali, *id est* i “concorsi interni”, sono “pubblici concorsi” a tutti gli effetti. Lo sono in quanto, fondamentalmente, comportano un “nuovo posto” da assegnare al dipendente. Inoltre, trattasi a tutti gli effetti di procedure pubblicistiche di evidenza pubblica: infatti, anche rispetto a queste ipotesi si manifestano le medesime esigenze di funzionalità ed ottimizzazione delle risorse (in tal senso cfr. Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale Pubblico Impiego n. 3556/2005, il quale ha anche precisato che le progressioni *de quibus* sono da ritenere soggette alle medesime limitazioni imposte dalla disciplina vigente in materia di “assunzioni” dall’esterno nel pubblico impiego; v. pure **Tar Lombardia, sezione III, sentenza 15.09.2008, n. 4073: doc. n. 18**). Inoltre, i noti orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di obbligatorietà del “concorso pubblico” non solo per costituire rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a., ma anche per il conseguimento di qualifiche professionali più elevate, salva l’individuazione, da parte del legislatore, di giustificate eccezioni alla regola (cfr. C. Cost. nn. 1/1999, 194/2002, 373/2002, 89/2003, 274/2003, 34/2004, 205/2004, 159/2005, 190/2005, 81/2006, 205/2006, 363/2006), hanno indotto le **Sezioni unite della Corte di Cassazione** ad abbandonare la nozione restrittiva di “assunzione” come costituzione *ex novo* di rapporto di lavoro alle dipendenze di p.a., enunciata dalle prime decisioni in materia, ed è ormai consolidato l’orientamento secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo non solo sussiste per le controversie relative a concorsi aperti a candidati esterni, ma si estende ai

concorsi per soli candidati interni indetti per il passaggio da un'area funzionale ad un'altra (Cass. S.U., 15 ottobre 2003, n. 15403, 10 dicembre 2003, n. 18886; 26 febbraio 2004, n. 3948). *“Alla stregua del richiamato orientamento, pertanto, ‘concorso pubblico’ non è solo quello aperto a candidati esterni, ma anche quello ‘riservato’ ai dipendenti ai fini delle progressioni verticali di particolare rilievo qualitativo, restando affidata in tal caso la selezione all’esercizio dei poteri pubblici e ai procedimenti amministrativi (‘pubblicità’ in tal senso)”* (Cass. Sez. Un., Ordinanza 9 febbraio 2009 n. 3005).

Pertanto, l’assimilazione delle procedure concorsuali interamente riservate al personale interno a “nuove assunzioni”, con il rispetto di tutti i criteri costituzionali in materia di accesso alla pubblica amministrazione, porta a ritenere, da un lato, che le stesse siano soggette alle limitazioni alle possibilità di effettuare assunzioni di personale previste dalle recenti leggi finanziarie, dall’altro che alle graduatorie di eventuali concorsi interamente riservati al personale interno possa applicarsi la norma relativa alla proroga della validità delle graduatorie di cui alle leggi finanziarie suddette. Tanto è vero che la normativa sopra richiamata, nel prevedere la normale vigenza delle graduatorie, non pone alcuna distinzione fra concorsi “esterni” e concorsi “interni” (*“Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione”*; nello stesso senso, per gli enti locali, v. art. 91, c. 4, TUEL). Quindi, l’uso dell’aggettivo “pubblici” contenuto nelle succitate disposizioni recanti la proroga (*“L’efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni, approvate successivamente al 30 settembre 2003, è prorogata fino....”*), lungi dall’operare tale tipo di distinzione, andrebbe piuttosto inteso nel senso letterale di concorsi **“ad evidenza pubblica”**. Del resto, l’istituto della “proroga” delle graduatorie è speculare al regime ordinario della

“durata” delle medesime. Quindi, come alle graduatorie dei concorsi “interni” si applica il regime ordinario della “durata triennale”, al pari dei concorsi esterni, allo stesso modo alle graduatorie dei predetti concorsi si dovrebbe applicare l’istituto della “proroga” di detta vigenza.

Ed invero, la tesi interpretativa propugnata da dette circolari è stata in parte smentita, oltre che dalla giurisprudenza amministrativa succitata, anche dalla giurisprudenza della Corte dei Conti. Per tutte, v. **Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, parere del 10 aprile 2013 n. 137 (doc. n. 19)**, che afferma: *“le disposizioni relative all’ultrattività di graduatorie concorsuali efficaci e vigenti si applicano anche a graduatorie formate all’esito di procedure ‘interne’ alla pubblica amministrazione, trattandosi a tutti gli effetti di procedure pubblicistiche ad evidenza pubblica...”*; in senso conforme, v. Corte dei Conti, stessa Sezione, deliberazione n. 183/2010 del 21 ottobre 2010. Degna di nota è, poi, la **sentenza n. 1061 del Consiglio di Stato, sezione VI, del 05.03.2014 (doc. n. 20)**, che afferma: *“Il Collegio non condivide...la motivazione della sentenza appellata, nella parte in cui esclude la proroga di validità delle graduatorie concorsuali interne, in quanto ritenute non riconducibili alle disposizioni di cui all’art. 1, comma 100 della legge 30.12.2004, n. 311 ed all’art. 1, comma 536 della legge 27.12.2006, n. 296. Detta esclusione viene ricondotta dalla medesima sentenza al riferimento ‘inequivocabile’ delle norme sopra citate all’assunzione di personale, da effettuare tramite concorso pubblico in base all’art. 97 della Costituzione ed all’art. 35, comma 4, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165. Le procedure di progressione interna come quella di cui si discute, in quanto ‘di agevole gestione e veloce svolgimento, non sarebbero d’altra parte soggette alla medesima ratio delle norme di proroga, intese ad evitare la reiterazione di procedure lunghe e costose, quali sono di norma quelle dei pubblici concorsi’....Nella situazione in esame la graduatoria riguardava, in effetti, una progressione di tipo cosiddetto ‘verticale’ (passaggio dalla*

*categoria C alla superiore categoria D) ed in quanto tale rientrava nella cognizione del giudice amministrativo, in quanto assimilata alle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165 (cfr. anche, in tal senso, Cons. St., sez. V, 15.7.2013, n. 3799 e 21.6.2013, n. 3418; Cons. St., sez. III, 11.3.2013, n. 1449; Cass. civ. SS.UU. 6.5.2013, n. 10409). Detta assimilazione, tuttavia, non può non ricondurre le graduatorie di cui trattasi anche nell'ambito applicativo delle proroghe, disposte dalle normative in precedenza citate (art. 1, comma 100 L. n. 311/2004 e art. 1, comma 536 L. n. 296/2006), essendo queste ultime testualmente riferite (con formulazione pressochè identica a quella, di cui al citato art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165/2001) alle 'assunzioni di personale presso le amministrazioni pubbliche' in anni determinati. L'art. 97 della Costituzione, nel prevedere come regola per l'accesso al pubblico impiego il concorso pubblico, fa comunque salvi 'i casi stabiliti dalla legge', non escludendo forme concorsuali atipiche che – pur presentando differenze formali e sostanziali rispetto ai concorsi pubblici, per il reclutamento dall'esterno di nuovo personale – non consentono ad avviso del Collegio di introdurre discriminazioni non previste per i soggetti, dichiarati idonei in un concorso interno, che implichi novazione del rapporto di lavoro con passaggio ad una categoria superiore, di fatto costituendo 'assunzione', equipollente a quella disciplinata dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001. **Il medesimo Collegio ritiene, pertanto, che si applichi anche alle graduatorie dei concorsi interni di tipo 'verticale' l'istituto dello scorrimento, correlato all'interesse pubblico di procedere ad assunzioni per vacanze sopravvenute di posti in organico, consentendo a candidati idonei di divenire vincitori e precludendo l'indizione di nuovi concorsi (salvo diverse disposizioni normative), non potendosi ancorare una disparità di trattamento, estranea al dettato dei testi normativi richiamati nella citata sentenza, alla mera complessità procedurale ed ai maggiori tempi tecnici richiesti per l'espletamento dei concorsi pubblici ordinari,***

rispetto ai concorsi interni (cfr. anche, per il principio, Cass., sez. lavoro, 21.12.2007, n. 27126; Cass. SS.UU. 13.6.2011, n. 12895 e Cons. St., sez. VI, 6.3.2009, n. 1347)”. Altrettanto importante è la sentenza del Tar Lazio, sezione III, n. 7514 del 14.07.2014 (doc. n. 21), ove si legge:

*“L’adozione del bando di ottobre 2013 viola i principi espressi dal Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 14/2011 che privilegia lo scorrimento della graduatoria ... i predetti principi espressi dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sono stati cristallizzati nel decreto legge n. 101 del 2013 che, invero, ha subordinato l’autorizzazione a bandire nuovi concorsi all’esaurimento delle graduatorie aventi ad oggetto la selezione di analoghi profili. Del resto, la selezione di che trattasi deve essere considerata un vero e proprio concorso in quanto, in più occasioni, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che le selezioni, anche interne, che consentono l’inquadramento in aree funzionali più elevate devono avvenire tramite concorso pubblico, differentemente da quanto avviene per le progressioni all’interno della stessa area ... Del resto, i principi espressi dal Consiglio di Stato hanno una precisa ratio ovvero sottrarre all’amministrazione margini troppo ampi di discrezionalità nel senso ad esempio di attingere solo parzialmente dalla graduatoria valida procedendo, per il resto delle posizioni da coprire, a bandire un nuovo concorso. Nel caso di specie, è invero avvenuto che il CNR ha attinto dalla graduatoria i primi 19 idonei e ha poi proceduto a bandire il nuovo concorso per la selezione di n. 80 (ottanta) posti per il profilo professionale di dirigente di ricerca - I livello - del CNR, nonostante nella predetta graduatoria fossero ancora disponibili figure professionali a suo tempo dichiarate idonee (tra cui i ricorrenti) ... Del resto, **che lo scorrimento della graduatoria sia preferito rispetto all’indizione di una nuova procedura concorsuale risulta un dato acquisito anche dalla recente legislazione (cfr. in particolare, art. 4, comma 3, del decreto legge n. 101 del 2013) laddove si prevede che l’autorizzazione a bandire nuovi concorsi è subordinata ‘all’avvenuta immissione in servizio,***

nella stessa amministrazione, di tutti i vincitori collocati nelle proprie graduatorie vigenti di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica, salve comprovate non temporanee necessità organizzative adeguatamente motivate’ ”.

Anche la succitata **sentenza n. 9960 del 27.10.2014 del Tribunale di Roma (doc. 14)**, ha preso posizione critica con riferimento alle tesi propugnate dalle circolari: *“...Ritiene il Giudice che tale proroga investa anche le graduatorie concernenti i concorsi riservati e a procedure verticali. Infatti, Cass. SU 26952/2008 ha chiarito che: ‘...La giurisprudenza di queste Sezioni Unite è ormai costante nel ritenere che nel lavoro pubblico contrattualizzato, ‘per procedure concorsuali di assunzione’ ascritte al diritto pubblico e all’attività autoritativa dell’amministrazione (alla stregua dell’art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001), si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione ‘ex novo’ dei rapporti di lavoro (essendo tali tutte le procedure aperte ai candidati esterni, ancorchè vi partecipino soggetti già dipendenti pubblici), ma anche i procedimenti concorsuali ‘interni’, destinati, cioè, a consentire l’inquadramento di dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi, in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti di lavoro... Dello stesso tenore è Cass. 21676/2013 (in parte motiva). Ritiene altresì il Giudice che la proroga interessi anche le graduatorie degli idonei non vincitori. Infatti, il dl 101/2013, come convertito, ha dettato disposizioni urgenti in tema fra l’altro ‘...d’immissione in servizio di idonei e vincitori di concorsi...’, con ciò dichiarando fin dalla sua rubrica che la normazione con esso posta non subiva la pretesa limitazione quanto alla platea dei destinatari... **Da tali premesse deriva che la graduatoria del concorso del 2010, che qui viene in rilievo, è efficace fino al 31.12.2016.** Gli argomenti svolti in memoria per sostenere la tesi contraria a quella cui si è giunti non appaiono utili allo scopo. Si osserva, infatti, che l’art. 24 del dlgs 150/2009, nello stabilire che dal 1.1.2010 la copertura dei posti disponibili nella dotazione*

*organica sarebbe stata realizzata soltanto per mezzo di concorsi pubblici, con riserva non superiore al 50% del personale interno, esclude dichiaratamente lo scorrimento delle graduatorie degli idonei nelle progressioni verticali **solo con riguardo ai concorsi indetti dopo tale data**. Al contrario, i concorsi indetti prima di tale data devono ritenersi non regolati da tale precetto, perché, diversamente opinando, non vi sarebbe spazio normativo per i successivi dl 216/2011 e dl 101/2013, come convertiti, che dispongono appunto in via generalizzata la proroga delle graduatorie dei concorsi pubblici e che quindi non possono che riferirsi a concorsi già espletati.”. In senso favorevole al riconoscimento della proroga, inoltre, v. la **sentenza del Tribunale di Roma n. 1693 del 17.02.2014 (doc. n. 22)**.*

Ed invero, non è chi non veda che le circolari della Funzione Pubblica che negano la proroga alle graduatorie afferenti i concorsi interni o le progressioni verticali banditi prima dell'entrata in vigore della riforma Brunetta concludono per la tesi che la “proroga di vigenza” delle graduatorie dei “**concorsi pubblici**” si applica solo alle graduatorie dei concorsi aperti all'esterno (**concorsi pubblici = concorsi aperti all'esterno**), in quanto le norme disponenti la proroga vengono interpretate non secondo i normali canoni di interpretazione della legge (interpretazione letterale, sistematica e teleologica), ma **in base alle disposizioni contenute nella Legge Brunetta, in vigore dal 01.01.2010. Poichè la legge Brunetta impone che, a decorrere dalla data suindicata le progressioni fra le aree debbono necessariamente avvenire tramite concorso “PUBBLICO” inteso come concorso “APERTO ALL'ESTERNO” (con riserva non superiore al 50% dei posti per gli interni), ecco che allora, anche la normativa in materia di proroga della vigenza di graduatorie di concorsi pubblici (concorsi già conclusi e, in moti casi, già oggetto di precedenti proroghe), deve essere interpretata nel senso che i “concorsi pubblici” sono solo quelli “aperti all'esterno”!!!** In pratica, poiché le disposizioni della legge Brunetta sanciscono la regola che i concorsi pubblici in materia di

28

progressioni fra aree sono solo quelli “aperti all'esterno” e detta regola è immediatamente operante già dal 1° gennaio 2010, dalla suddetta data devono ritenersi implicitamente abrogate non solo le norme che consentivano le progressioni riservate al personale (questo è ciò che sostengono i pareri della Corte dei Conti), **ma anche le GRADUATORIE già approvate quando non era ancora vigente detta normativa! Infatti, le suddette graduatorie sarebbero utili solo per l'assunzione dei vincitori, non anche per quella degli idonei, dal momento che la “proroga” di vigenza è preclusa dall’innesto nel sistema normativo dei principi - a valenza costituzionale - e delle regole dei “concorsi pubblici esterni”.**

Ancora più radicale l'impostazione data al problema nella recente **sentenza del Consiglio di Stato n. 3284 del 02.07.2015**: “... 6.10. - Dopo l'entrata in vigore degli articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009 non può pertanto procedersi allo svolgimento di nuove procedure selettive con le modalità previste dall'art. 15 del CCNL e tanto meno può procedersi allo scorrimento di graduatorie risultanti dalle procedure selettive precedentemente svoltesi. Al riguardo la circolare n. 11786 del 22 febbraio 2011 del Dipartimento della Funzione Pubblica vieta di ricorrere allo scorrimento di graduatorie relative ad idonei delle progressioni verticali a decorrere dal 1° gennaio 2010. La successiva circolare n. 5 del 2013 del Dipartimento della funzione pubblica, 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'. **6.11.** - Secondo gli stessi principi di diritto fissati dalla sentenza n. 14 dell'Adunanza plenaria, riportati al punto 6.4., esclude lo scorrimento delle graduatorie l'intervenuta modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace, con particolare riguardo al contenuto

29

delle prove di esame e ai requisiti di partecipazione'. *Si deve pertanto intendere che a maggior ragione ciò deve avvenire se ad essere modificati sono il tipo di fonte regolatrice e la complessiva procedura. Più in generale deve affermarsi che i principi di diritto enucleati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14 e le stesse norme generali sulla durata della validità delle graduatorie di cui all'art. 35, comma 5-ter del d.lgs. 165/2001 con le relative proroghe sono applicabili alle sole graduatorie derivanti da concorsi pubblici. Il principio di preferenza per lo scorrimento delle graduatorie risulta infatti nell'attuale sistema normativo logicamente connesso al regime proprio del concorso pubblico – esteso e rafforzato dalla normativa introdotta con il d.lgs. n. 150 del 2009 - e al sistema di garanzie da cui il regime del concorso pubblico è connotato. La sentenza n. 14 infatti argomenta il valore giuridico attribuito – alla luce della validità triennale loro riconosciuta dall'art. 35, comma 5-ter, del d.lgs.n. 165/2001- alle graduatorie di precedenti concorsi ancora vigenti rispetto alla indizione di un concorso pubblico proprio sulla base del fatto che anche le graduatorie sono il risultato di un concorso pubblico e dunque meritano pari tutela di ordine costituzionale rispetto alla indizione di un nuovo concorso. Nello specifico, al punto 43 della citata sentenza della Adunanza Plenaria n. 14, si legge: 'La previsione normativa generale della utilizzabilità, per un tempo definito, delle preesistenti graduatorie non costituisce affatto una deroga alla regola costituzionale del concorso, né introduce un procedimento alternativo a tale modalità di selezione del personale. Al contrario, si tratta di un sistema di reclutamento che presuppone proprio lo svolgimento di una procedura selettiva concorsuale, compiuta nel rispetto dei principi costituzionali, diretta all'individuazione imparziale dei soggetti più meritevoli'. **6.12.** – La sentenza n. 14 della Adunanza plenaria è essenzialmente basata sul primato del concorso pubblico e quindi **conferma che ai soli concorsi pubblici si riferiscono le norme da cui essa muove dell'art. 35, comma 5 – ter, che ampliano il termine generale di validità delle graduatorie.** Lo*

confermano anche una attenta analisi testuale e in particolare l'analisi della norma fondamentale al comma 1, lettera a), che imposta lo stesso concetto di procedura concorsuale a cui l'art. 35 si riferisce. Questa norma stabilisce che le procedure per il reclutamento per le pubbliche amministrazioni sono quelle che 'garantiscono in misura adeguata l'accesso dall'esterno', con le modalità di pubblicità, imparzialità e trasparenza stabilite dal successivo comma 3 dello stesso articolo. **L'art. 35 regola dunque senza ombra di possibile dubbio solo i concorsi pubblici o quelli comunque ad essi riconducibili quanto ai destinatari e alle garanzie.** Va intesa allo stesso modo anche la normativa più recente di cui all'art. 4 del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013, che si riferisce solo alle procedure di reclutamento di cui all'art. 35, come riconosce lo stesso appellante nella seconda parte dell'appello. Infatti, il comma 3 ha tradotto in norma legislativa esplicita il principio di preferenza per lo scorrimento delle graduatorie, ma **con espresso riferimento alle procedure di reclutamento di cui all'art. 35 e deve essere pertanto interpretato secondo la stessa logica tracciata dalla sentenza n.14, dalla quale non si discosta.** Coerentemente al comma 4 dello stesso articolo è prorogata fino al 31 dicembre 2016 'l'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato', **con esclusione quindi della proroga di altre procedure selettive non riconducibili a concorsi pubblici. 6.13.** – In senso conforme alla linea interpretativa sopra delineata per l'applicabilità della normativa generale in materia di validità delle graduatorie ai soli concorsi pubblici va il **parere reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato (parere n. 4625/2012 del 6 novembre 2012, espresso sull'affare 05099/2011).** Il parere reso in questa circostanza dall'Adunanza generale afferma che il principio della preferenza per lo scorrimento della graduatoria 'non può applicarsi al diverso caso in cui la graduatoria degli idonei non sia stata approvata all'esito di concorso pubblico, ma di selezione interna' in quanto 'La disomogeneità tra i due termini di comparazione (progressione verticale in base a procedura selettiva interna

e concorso pubblico) non permette di derogare alla regola, imposta dalla sopravvenuta normativa con la decorrenza ivi indicata, del concorso pubblico, così impedendo il ricorso alla facoltà di scorrimento della graduatoria'. *Lo stesso parere ha conseguentemente escluso che, a partire dal 1° gennaio 2010, l'Amministrazione possa utilizzare gli esiti di procedure di selezione interna, bandite anteriormente a tale data, rilevando che la riforma della modalità di reclutamento di personale per le fasce funzionali superiori (progressioni di carriera), introdotta dagli articoli 24 e 62 del decreto comporta la sostanziale abrogazione delle progressioni verticali interne a decorrere dal 1° gennaio 2010.* **6.14. - Sulla scia del parere reso dall'Adunanza generale, la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato, ha valorizzato l'indirizzo per il quale le norme generali sulla durata della validità delle graduatorie di cui all'art. 35, comma 5-ter del d.lgs. 165/2001 con le relative proroghe e il principio della preferenza per lo scorrimento della graduatoria non si applicano alle procedure selettive che non costituiscano concorsi pubblici. Tale più recente giurisprudenza deduce direttamente dalla sentenza n. 14/2011 dell'Adunanza plenaria il principio per cui l'utilizzabilità delle preesistenti graduatorie non costituisce una deroga alla regola costituzionale del concorso, né introduce un procedimento alternativo a tale modalità di selezione del personale, ma consiste in un sistema di reclutamento compiuto nel rispetto dei principi costituzionali, che non può applicarsi al diverso caso in cui la graduatoria degli idonei non sia stata approvata all'esito di concorso pubblico, ma di selezione interna. Tale prevalente indirizzo interpretativo è espresso da ultimo dalle sentenze del Consiglio di Stato – Sezione IV - n. 136/2014 e - Sezione V - n. 2606/2015, che sono successive anche alla entrata in vigore delle disposizioni dell'art. 4, commi 3 e 4, del decreto legge n. 101/2013 convertito nella legge n. 125/2013 e dunque ne interpretano nello stesso senso gli effetti.** **6.15. - Il Collegio non ignora neppure la pronuncia in senso contrario da parte della Sesta sezione del medesimo Consiglio di Stato (n. 1061/2015), la quale, partendo dal presupposto**

che l'art. 97 della Costituzione, nel prevedere come regola per l'accesso al pubblico impiego il concorso pubblico, fa comunque salvi 'i casi stabiliti dalla legge', non escludendo forme concorsuali atipiche, ha ritenuto che anche in relazione a queste forme, che presentando differenze formali e sostanziali rispetto ai concorsi pubblici per il reclutamento dall'esterno di nuovo personale, sia applicabile l'istituto dello scorrimento. Secondo tale pronuncia lo scorrimento dovrebbe applicarsi anche alle procedure interne di tipo 'verticale' per non introdurre discriminazioni per i soggetti, dichiarati idonei in un concorso interno, che implichi novazione del rapporto di lavoro con passaggio ad una categoria superiore, di fatto costituendo 'assunzione', equipollente a quella disciplinata dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001. Tuttavia, questo Collegio, ritiene che, come dimostrato nei precedenti punti, a norma del citato art. 97 della Costituzione, la legge ha da ultimo chiaramente disposto in materia con i più volte citati articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009. Pertanto, dopo la loro entrata in vigore, le procedure selettive diverse dai concorsi pubblici non possano più configurare valide modalità per le progressioni verticali o passaggi tra aree diverse e tantomeno legittimare scorrimenti di precedenti graduatorie".

Ebbene, contrariamente a quanto affermato nelle suddette sentenze del Consiglio di Stato, invece, la nozione di "PUBBLICO CONCORSO" elaborata dalla Corte di Cassazione e tale da includere non solo i concorsi esterni e i concorsi misti, ma anche quelli "interni" finalizzati alla copertura di "nuovi posti di lavoro" (progressioni verticali o concorsi interamente riservati), non è una nozione che esplica i suoi effetti solo ai limitati fini del riparto di giurisdizione, ex art. 63, comma 4, del D. Lgs. n. 165/2001. Detta nozione è sostanziale, nel senso che la Suprema Corte individua in detti concorsi la natura di "concorsi pubblici" per via del fatto che essi si esplicano per mezzo di procedure "pubbliche" ed atti amministrativi "pubblici". Quindi, l'attribuzione della giurisdizione sulle relative controversie afferenti

le procedure, dalla pubblicazione del bando fino all'approvazione delle graduatorie, è determinata, “*ratione materiae*”, proprio in conseguenza della natura dei predetti concorsi: in quanto concorsi “pubblici” essi sono attribuiti alla cognizione del giudice amministrativo, non il contrario (in quanto attribuiti a detta cognizione sarebbero “pubblici” in tal senso?).

Del pari, non si dice che i concorsi predetti sono “PUBBLICI” solo in quanto indetti dalle PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI, ma appunto in quanto si svolgono con le regole delle procedure ad evidenza pubblica (pubblicazione del BANDO nella Gazzetta Ufficiale, selezione secondo criteri oggettivi e trasparenti, utilizzo del metodo comparativo di valutazione, elaborazione di una graduatoria di merito e sua pubblicazione).

Anche l’uso corrente del termine “concorsi pubblici”, certamente utilizzato già prima che la legge Brunetta cristallizzasse il nuovo requisito della “pubblicità” stavolta intesa come “apertura all’esterno”, non è tale da escludere ma anzi da includere anche il “concorso interno”, ove esso sia svolto con le regole della procedura ad evidenza pubblica (v. la definizione di “concorso pubblico” presente nella voce “Concorso” (dir. Lav.) su “Enciclopedia Giuridica TRECCANI”: i concorsi possono essere “pubblici” o “privati”; sono “pubblici” quelli indetti dalle pubbliche amministrazioni **in base alla legge** e per **costituire o modificare rapporti di lavoro pubblico**; dunque vi rientrano sia i concorsi aperti all'esterno per costituire nuovi rapporti di lavoro, sia i concorsi riservati agli interni per modificare detti rapporti). D'altronde, è lo stesso art. 35 del D.Lgs. n. 165 del 2001 che identifica come “pubblici” i concorsi banditi dalla pubblica amministrazione, anche quelli rivolti all'interno. Secondo l’art. 35 succitato **le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni** devono essere conformi ai seguenti principi: **adeguata pubblicità della selezione; modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di**

espletamento; adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; rispetto delle pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici; composizione delle commissioni con esperti di provata competenza nelle materie di concorso.

Ecco che allora, l'uso corrente ed anche "legislativo" del termine "concorsi pubblici" non può che essere l'unico idoneo a dare una corretta interpretazione alle norme contenute nei decreti mille proroghe. E ciò in ossequio al canone di interpretazione della legge, secondo cui *"La norma giuridica deve essere interpretata, innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo 'attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse', pertanto, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercè l'esame complessivo del testo, della mens legis, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, cosicchè il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare"* (Cassazione civile, Sezione lavoro, sentenza del 26.01.2012, n. 1111).

Ecco perché è un errore interpretare le norme sulle vigenze e sulle proroghe alla luce dei nuovi principi introdotti dalla legge Brunetta. In base a detti principi, i concorsi per l'accesso a posizioni più elevate non meramente economiche nella pubblica amministrazione devono essere "pubblici" nel senso anche di "aperti all'esterno". Tuttavia, prima di tale

legge erano considerati **pubblici**, sia secondo l'**uso corrente del termine** sia secondo l'**interpretazione giurisprudenziale** più autorevole, anche i concorsi interamente “riservati” al personale dipendente.

Le norme in materia di vigenza e di proroghe, peraltro, si pongono su un piano differente da quello della legge Brunetta. Le prime, infatti, consentono l'utilizzo di graduatorie già approvate, per consentire l'assorbimento di tutti gli idonei con risparmio di spesa per la pubblica amministrazione. La legge Brunetta, invece, regola le nuove procedure concorsuali per l'accesso da un'area a quella più elevata. Pertanto, **le due normative hanno oggetti completamente distinti ed, anzi, complementari fra loro**. Una consente il massimo utilizzo possibile delle graduatorie già approvate, al succitato fine di realizzare una economia di spesa, l'altra impone le modalità con cui dovranno aver luogo le nuove procedure, al fine di garantire il massimo coinvolgimento di tutti gli interessati, valorizzando il merito. Quindi, **anche l'interpretazione sistematica e teleologica delle predette discipline, coordinate fra loro, non consente all'interprete di applicare la norma sulla vigenza e sulle proroghe “mutuando” il concetto di “pubblici concorsi” secondo l'accezione nuova introdotta dalla disciplina Brunetta**.

Anche l'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato**, nella nota **sentenza n. 14 del 2011**, contrariamente a quanto affermato nella succitata sentenza del Consiglio di Stato, sembra avallare tale interpretazione del contenuto della normativa sulla vigenza e sulla proroga, quando afferma che l'attuale disciplina in materia di vigenza delle graduatorie concorsuali (art. 35, comma 5-ter del testo unico sul pubblico impiego) *“...abbandona la struttura formale della disciplina di mera proroga, a carattere contingente, e si caratterizza per alcuni elementi di novità: - è definitivamente confermato che la vigenza delle graduatorie, ora determinata in tre anni, decorrenti dalla pubblicazione, è un istituto ordinario ('a regime') delle procedure di reclutamento del personale pubblico, disciplinato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi (d.P.R. n. 487/1994); - l'ambito*

36

*oggettivo di applicazione dell'istituto generale dello 'scorrimento' è riferito, indistintamente, a tutte le amministrazioni, senza limitazioni di carattere soggettivo od oggettivo. Fermi restando questi importanti profili innovativi, tuttavia, la disciplina, per la sua ratio e per la sua formulazione letterale, va estesa anche alle procedure concorsuali svolte in epoca precedente alla sua entrata in vigore” (punto 16 della motivazione). L'interpretazione del contenuto e della ampia portata del principio di “vigenza ordinaria” e di “scorrimento”, di cui alla suddetta adunanza plenaria del 2011, non può che essere coerente, d'altronde, con l'interpretazione del contenuto e della portata della nozione di **“procedure di reclutamento del personale pubblico”**: non può revocarsi in dubbio, infatti, che dove il legislatore configura delle “procedure di reclutamento”, non può non riconoscersi l'applicazione della disciplina in ordine alla vigenza ordinaria ed al principio di scorrimento delle relative graduatorie (quindi anche la proroga della vigenza). Si tratta dello stesso ragionamento seguito dal Consiglio di Stato nella recente sentenza oggetto di critica, tuttavia senza alcuna pregiudiziale o contaminazione con i principi di cui alla riforma Brunetta.*

L'articolo 35 del Testo Unico sul pubblico impiego (norma già esistente e “riformulata” nel 2007, prima della riforma Brunetta), non può non essere interpretato allora nel senso indicato dall'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 17 del 28.05.2012 (doc. n. 23), che afferma: “Si deve per completezza osservare, con riguardo al più ampio tema oggetto del contrasto interpretativo prima evidenziato, che risulta preferibile la tesi, sostenuta dal citato parere reso dalla Commissione speciale, che estende il blocco delle assunzioni ai passaggi di qualifica. A fondamento di tale indirizzo si pone il principio, ribadito a più riprese dalla giurisprudenza della Corte delle leggi (v., da ultimo, Corte cost. 10 novembre 2011, n. 299), secondo cui il principio del concorso come strumento di accesso all'impiego pubblico (art. 97, comma 3, Cost) comprende sia le procedure preordinate all'ingresso ex

*novo di personale nei ruoli dell'amministrazione sia quelle finalizzate al passaggio dei dipendenti ad una qualifica superiore. La regola del concorso pubblico si atteggia, in definitiva, a principio costituzionale, passibile di deroga solo nell'ipotesi in cui la progressione non determini la novazione, con effetti estintivo-costitutivi, del rapporto di lavoro preesistente. La Corte costituzionale, in sede di interpretazione della portata della regola del concorso pubblico, ha altresì sottolineato che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico aperto è stata delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle (ex plurimis, sentenze n. 52 del 2011 e n. 195 del 2010). In particolare, si è più volte ribadito che il principio del pubblico concorso, pur non essendo incompatibile, nella logica dell'agevolazione del buon andamento della pubblica amministrazione, con la previsione per legge di condizioni di accesso intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, non tollera, salvo circostanze del tutto eccezionali, la riserva integrale dei posti disponibili in favore di personale interno. **La valorizzazione della caratterizzazione sostanzialmente novativa degli effetti sortiti, a fronte della posizione originaria, dall'attribuzione di una qualifica superiore per effetto della procedura concorsuale, è l'argomento posto a sostegno anche dell'indirizzo ermeneutico della Corte di legittimità che, in punto di riparto di giurisdizione, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo per la cognizione del contenzioso relativo alle procedure riservate volte a sancire la progressione verticale interna, ossia il passaggio tra diverse aree di inquadramento previste dalla contrattazione collettiva.** Posto il principio secondo cui, nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'accesso del personale dipendente ad un'area o fascia funzionale superiore deve avvenire **per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata***

*ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso - al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni -, si osserva che il quarto comma dell'art. 63 d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, laddove riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo 'le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni', fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore: il termine 'assunzione' deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che, oltre tutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica (Cassazione civile, sez. un. 15 ottobre 2003, n. 15403). E' stato, da ultimo rimarcato (Cassazione civile, sez. un., 5 maggio 2011, n. 9844), che 'per procedure concorsuali di assunzione ascritte al **diritto pubblico** e all'**attività autoritativa dell'amministrazione**' (alla stregua dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165/2001), si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione 'ex novo' dei rapporti di lavoro, ma anche le prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore, e cioè ad una progressione verticale che consista nel passaggio ad una **posizione funzionale qualitativamente diversa, tale da comportare una novazione oggettiva del rapporto di lavoro; tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso.** Alla stregua dell'interpretazione enunciata, assume rilevanza determinante, ai fini dell'indicato criterio di riparto della giurisdizione, il contenuto della contrattazione collettiva, sicché in presenza di progressioni, secondo disposizioni di legge o di contratto collettivo, che comportino una progressione verticale nel senso indicato, la cognizione della controversia resta riservata al giudice*

amministrativo; sussiste, invece, la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie attinenti a concorsi per soli dipendenti interni che comportino il passaggio da una qualifica all'altra, ma nell'ambito della stessa area (o categoria), sia con acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive sia con il conferimento di qualifiche superiori, in base a procedure che l'amministrazione pone in essere con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro'. ***Si deve allora concludere, in forza dei rilievi fin qui svolti, che soggiacciono al blocco delle assunzioni di cui alla normativa in esame anche le progressioni verticali e le procedure di riqualificazione variamente denominate che sanciscono il passaggio ad una diversa area con la conseguente attribuzione di un nuovo posto per effetto della novazione del precedente rapporto.***

Pertanto, l'interpretazione circa l'estensione della normativa in materia di limiti alle facoltà di assunzione e in materia di proroga delle graduatorie concorsuali ai concorsi "anche interni", patrocinata e avallata com'è dalla giurisprudenza suindicata, rende inaccoglibile l'opzione interpretativa seguita nelle circolari del dipartimento della funzione pubblica (che poi costituisce il presupposto motivazionale fondante le pronunce negative del Tar e del Consiglio di Stato).

Nè può essere "dirimente", come sostiene una certa giurisprudenza amministrativa (Tar Lazio, sentenza n. 6522 del 05.05.2015), il fatto che, mentre le proroghe disposte dal legislatore **fino al 2009**, non recavano la menzione dei "concorsi pubblici" quale oggetto della proroga, ma solo la più lata espressione di "**graduatorie per l'assunzione di personale presso le amministrazioni pubbliche**" (termine equivalente a quello utilizzato per il riparto di giurisdizione dall'art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165-2001), **le recenti proroghe disposte dal legislatore dal 2009 ad oggi, menzionano esclusivamente i "CONCORSI PUBBLICI" quale oggetto della proroga.**

Tale argomento apparentemente "letterale" risente, ancora una volta, del "pregiudizio" nascente dalla nuova "assiologia" "concorso pubblico =

40

concorso esterno”: assiolgia presente nelle nuove norme del decreto Brunetta sulle progressioni verticali, ma certamente assente nel corpo delle disposizioni legislative che, fin dal 2001, hanno previsto la PROROGA delle GRADUATORIE dei CONCORSI PUBBLICI. Si allega al riguardo un riepilogo delle norme in materia di proroghe e di concorsi indetti dalle pubbliche amministrazioni: come è agevole rilevare, il legislatore utilizza indifferentemente e promiscuamente sia il termine “pubblici concorsi” sia il termine “graduatorie per l’assunzione di personale presso le amministrazioni pubbliche”, per indicare sostanzialmente le graduatorie dei MEDESIMI CONCORSI. (Cfr., per esempio, l’art. 3, comma 61, della Legge 24 dicembre 2003, n. 350: *“I termini di validità delle graduatorie per le assunzioni di personale presso le amministrazioni pubbliche che per l’anno 2004 sono soggette a limitazioni delle assunzioni sono prorogati di un anno.... In attesa dell’emanazione del regolamento di cui all’articolo 9 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, le amministrazioni pubbliche ivi contemplate, nel rispetto delle limitazioni e delle procedure di cui ai commi da 53 a 71, possono effettuare assunzioni anche utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo tra le amministrazioni interessate.”*)

Ed invero, l’unica differenza esistente fra l’oggetto della proroga di cui al decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito con modificazioni in Legge 27 febbraio 2009, n. 14 e il decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni in Legge 3 agosto 2009, n. 102, non è nel “tipo” di graduatorie oggetto di proroga, quantunque sia diversa l’espressione utilizzata, ma nella data di approvazione delle graduatorie medesime: mentre con il DL 207/2008 la proroga si applica alle graduatorie approvate successivamente al 1/1/1999, con il DL 78/2009 la proroga si applica alle graduatorie approvate successivamente al 30/09/2003.

Orbene, se il legislatore più recente ha prorogato le graduatorie dei concorsi pubblici approvate **dal 30 settembre 2003**, e le medesime

graduatorie (**comprese quelle dei concorsi interni**) erano già state oggetto di proroga nei provvedimenti precedenti (v. Consiglio di Stato, sentenza n. 1061/2014), non vi è dubbio che **le ultime proroghe debbano indifferentemente applicarsi a tutte le graduatorie già prorogate, purché approvate dal 2003**. Altrimenti verrebbe meno la continuità e lo scopo di dette ultime proroghe, che è quello di consentire ancora l'utilizzo di graduatorie che gli Enti non hanno potuto utilizzare, proprio per via del **blocco o delle limitazioni delle assunzioni**.

Di questo avviso è infatti il Tribunale di Roma che ha emesso l'**ordinanza n. 35620 del 02.04.2015 (doc. n. 24)**, che afferma: *“è pacifico che le graduatorie sono state prorogate fino al 31 dicembre 2016 e quindi scadranno tra più di un anno e mezzo, tempo più che sufficiente per ottenere una pronuncia di merito”*.

Dello stesso avviso, in verità, è stato lo stesso Governo nel 2013, se è vero che l'**Atto parlamentare OdG su P.D.L 9/01682-A/048 del 24.10.2013 (doc. n. 25)**, recepito durante l'iter di discussione della conversione in legge del DL n. 101-2013, è stato accolto dal Ministro D'Alia, con impegno quindi del governo a darvi applicazione. Secondo detto atto, *“La Camera, premesso che.....impegna il Governo a valutare l'opportunità che il Ministero economia e finanze sia autorizzato ad utilizzare, prioritariamente, nei limiti delle facoltà assunzionali, le graduatorie approvate al 22 ottobre 2010 e relative alle procedure di passaggio tra le aree per il personale del Ministero stesso attuate in applicazione del CCNL 1998-2001”*.

Orbene, l'odierno convenuto ha approvato la graduatoria per cui è causa nel 2010. Già dal 2008 in poi, come è noto, sono intervenute le leggi che hanno imposto **limiti stringenti al turn over**. Allora, non si vede perché debbano ritenersi prorogate solo le graduatorie delle procedure esterne e non anche quelle delle procedure interne, sulla base di una forzata interpretazione (pseudo letterale) dell'espressione utilizzata nelle proroghe legislative dal 2009 ad oggi, quando come si è detto la **ratio**

della proroga è proprio quella di utilizzare tutte le graduatorie che non si è potuto utilizzare in precedenza a causa dei limiti assunzionali suindicati!

Stante quanto sopra, qualora per qualsiasi motivo l'odierno Giudicante ritenesse che i ricorrenti, entro la data del 21.10.2012, e cioè nel biennio dall'approvazione della graduatoria, non potevano ancora essere inquadrati nei posti vacanti (ipotesi certamente remota e da escludere in quanto, come si è detto, nei 24 mesi dall'approvazione della suddetta graduatoria vi era un numero di posti vacanti in area III, e già vigenti all'epoca dell'indizione della selezione, tale da coprire interamente le domande azionate dai ricorrenti), potrà tuttavia accogliere la domanda subordinata, formulata nel presente ricorso, di inquadramento "entro la data del 31.12.2017" (qualora aderisca al suddetto indirizzo interpretativo favorevole ad applicare l'istituto della proroga alla graduatoria per cui è causa).

3. IRREVOCABILITA' DEL BANDO ED EFFETTI VINCOLANTI DEL MEDESIMO AI FINI DEL DIRITTO ALLO SCORRIMENTO IN FAVORE DEGLI IDONEI.

Secondo i noti orientamenti della Suprema Corte di Cassazione, **se il bando di concorso prevede lo "scorrimento della graduatoria"** il lavoratore collocato in posizione utile **ha diritto all'assunzione**. L'istituto del c.d. "scorrimento della graduatoria", che consente ai candidati semplicemente idonei di divenire vincitori effettivi, precludendo l'apertura di nuovi concorsi, presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto: ma, una volta assunta, tale decisione risulta equiparabile, nella sostanza, all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con identificazione degli ulteriori vincitori, ancorché mediante l'utilizzazione dell'intera sequenza di atti apertasi con il bando originario, recante la c.d. *lex specialis* del concorso, e conclusasi con l'approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere. In particolare, secondo la **Cassazione, Sezione Lavoro**,
43

sentenza n. 27126 del 21 dicembre 2007: “....la Corte di appello di Potenza ha correttamente rilevato che ‘anche nel pubblico impiego privatizzato sussiste in capo a colui che ha partecipato alla selezione una situazione giuridica attiva pienamente tutelabile secondo i principi prefigurati dal diritto comune’: *nella specie, in capo al concorrente dichiarato ‘idoneo’ entro il limite temporale (dodici mesi dall’approvazione della graduatoria) fissato dal bando concorsuale con riferimento alla ‘vacanza’ di posti messi a concorso nell’ambito del medesimo profilo professionale, con la conseguenza esattamente indicata nella sentenza impugnata che ‘a condizioni esatte ossia nel rispetto del limite temporale (12 mesi) e nell’eventualità di vacanza o disponibilità dei posti per i quali è stata indetta la selezione, sussiste l’obbligo (nella specie sussistente), del datore di lavoro pubblico, che a ciò si sia espressamente impegnato, dello scorrimento della graduatoria, cui abbiano fatto affidamento i concorrenti idonei di un concorso già espletato e che hanno perciò già conseguito una posizione giuridica di vantaggio’.* Con la cennata statuizione la Corte Territoriale ha dato corretta applicazione all’istituto dello ‘scorrimento’ - che consente ai candidati idonei di divenire vincitori, sempre che **per specifica disposizione del bando tra i posti messi a concorso originariamente debbano essere compresi anche quelli che si dovessero rendere vacanti entro una certa data** (cfr. Cass. Sez. Unite n. 14529/2003, Cass. n. 3252/2003). A tale proposito vale pure qui ribadire che l’utilizzazione delle graduatorie anche oltre i posti prefissati nella singola procedura concorsuale, risponde a finalità e ad esigenze che non sono correlate all’interesse del singolo (l’idoneo) alla copertura effettiva del posto, ma che rispondono all’interesse pubblico di procedere ad assunzioni, in relazione a vacanze sopravvenute di posti in organico che l’amministrazione decida di coprire, avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso, piuttosto che procedere all’avvio di un nuovo (costoso e lungo) procedimento concorsuale: le numerose disposizioni normative che hanno sancito la conservazione dell’efficacia delle graduatorie di concorso per un certo tempo, a decorrere dalla data

di pubblicazione della stessa (cfr. della Legge n. 507 del 1993, articolo 3, comma 22; della Legge n. 127 del 1997, articolo 6, comma 21) sono preordinate, in attuazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (articolo 97 Cost.; della Legge n. 241/1990, articolo 1) ad offrire uno strumento che consenta di individuare immediatamente il soggetto da assumere, rispettando nel contempo la regola inderogabile della scelta del personale mediante concorso. E, tuttavia, da ciò discende soltanto che l'istituto del c.d. scorrimento della graduatoria, che consente ai candidati semplicemente idonei di divenire vincitori effettivi, precludendo l'apertura di nuovi concorsi, **presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto**: ma, una volta assunta, tale decisione risulta equiparabile, nella sostanza, all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con identificazione degli ulteriori vincitori (in tal senso, Cass. n. 3252/2003), ancorchè mediante l'utilizzazione dell'intera sequenza di atti apertasi con il bando originario, recante la c.d. *lex specialis* del concorso, e conclusasi con l'approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere...”.

Ancora, sussistono tutti i presupposti richiesti dalla **Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella sentenza n. 19595 del 12.11.2012**, per riconoscere il diritto dei ricorrenti allo scorrimento: “...Con riguardo allo specifico tema del cd. ‘scorrimento’ della graduatoria approvata all’esito della procedura concorsuale, queste Sezioni Unite hanno più volte affermato che il fenomeno consente la stipulazione del contratto di lavoro con partecipanti risultati idonei e non vincitori in forza di **eventi successivi alla definizione del procedimento concorsuale con l’approvazione della graduatoria**. Ciò può avvenire **o in applicazione di specifiche previsioni del bando**, contemplanti l’ammissione alla stipulazione del contratto del lavoro degli idonei fino ad esaurimento dei posti messi a concorso; **ovvero perché viene conservata (per disposizione di atti normativi o del bando) l’efficacia della graduatoria ai fini dell’assunzione degli idonei**

*in relazione a posti resisi vacanti e disponibili entro un determinato periodo di tempo...Queste Sezioni Unite, inoltre, hanno precisato che l'operatività dell'istituto presuppone necessariamente una **decisione dell'amministrazione di coprire il posto utilizzando la graduatoria rimasta efficace** (si deve trattare di posti non solo vacanti, ma anche **disponibili**, e tali diventano sulla base di **apposita determinazione**), decisione che, una volta assunta, risulta equiparabile all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con l'**identificazione degli ulteriori vincitori** (v. fra le altre Cass. S.U. 29-9-2003 n. 14529, Cass. S.U. 7-2-2007 n. 2698, Cass. S.U. 9-2-2009 n. 3055)."* (V. pure Cass. Civ., sez. lav., sentenza del 02.09.2010 n. 19006: *"In materia di procedure concorsuali della P.A. preordinate all'assunzione di dipendenti, il diritto del partecipante al concorso all'assunzione mediante 'scorrimento della graduatoria' presuppone necessariamente l'esistenza di un **obbligo dell'amministrazione di coprire il posto**, con attribuzione della qualifica ad un soggetto dichiarato idoneo non vincitore in un precedente concorso; tale obbligo può derivare **dalle indicazioni del bando** ovvero da una **apposita determinazione dell'amministrazione** stessa di **rendere disponibile il posto vacante e di coprirlo senza l'apertura di una nuova procedura concorsuale**, dovendosi ritenere, in mancanza, che l'amministrazione non sia tenuta all'assunzione di candidati non vincitori"*).

Secondo il **Tar Lazio-Roma, sentenza n. 7221 del 03.08.2012**, *"Va in proposito richiamato l'orientamento giurisprudenziale più recente, a parere del Collegio meritevole di piena condivisione, in tema di utilizzazione delle graduatorie concorsuali ai fini della assunzione dei soggetti che vi compaiono quali idonei, secondo cui le Amministrazioni possono discrezionalmente orientarsi in ordine all' 'an' della assunzione, ma non invece in ordine al 'quomodo' della stessa. Ciò vuol dire che le Amministrazioni possono valutare discrezionalmente se risponde al loro interesse, in quel determinato momento storico, far luogo alla copertura*

*del posto o dei posti in pianta organica a mezzo di nuova assunzione (tanto più che la decisione non è scevra da conseguenze sul piano finanziario, ed è peraltro condizionata da un procedimento di programmazione delle assunzioni e da un meccanismo di previa autorizzazione). **Ma una volta che la decisione di assumere è stata presa, l'Amministrazione è vincolata ad attingere alla graduatoria concorsuale ancora valida ed efficace.** Tale soluzione è imposta dal rispetto del principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità dell'Amministrazione nell'organizzazione dei pubblici uffici (art. 97 Cost.). Ed invero, poichè tra i soggetti idonei di una determinata tornata concorsuale (da una parte) e (dall'altra) i vincitori di una tornata successiva, non può porsi in linea di principio una distinzione qualitativa di tipo meritocratico (dato che non può escludersi in linea di principio che gli idonei possano aver ottenuto punteggi di merito più alti di quelli che si andrebbero ad assegnare ai futuri vincitori) e che quindi tra le distinte categorie di soggetti non può essere fatta ex ante – e cioè prima della indizione di una eventuale nuova selezione concorsuale – alcuna differenziazione fondata sul merito, è giocoforza ritenere che, quanto alle modalità della assunzione, il modus operandi della Amministrazione deve necessariamente consistere nella utilizzazione della graduatoria ancora valida. Solo tale opzione infatti soddisfa gli interessi pubblici ed il legislatore ha reiteratamente scelto di prorogare la validità delle graduatorie concorsuali a mezzo di continui interventi normativi al fine evidente di consentirne la utilizzazione, evitando in tal modo inutile dispersione di tempo e denaro e favorendo la immediata provvista di personale già utilmente selezionato; è stata quindi soddisfatta la necessità che sia assicurata la imparzialità e la trasparenza dell'agire amministrativo, che verrebbe messa in dubbio qualora l'Amministrazione potesse scegliere liberamente la modalità della nuova assunzione (in particolare, tra l'utilizzazione di una graduatoria ancora valida e una nuova indizione concorsuale), tanto più che i nominativi dei soggetti idonei sono noti alla Amministrazione, di tal chè la decisione di utilizzare*

o meno la graduatoria, se lasciata alla sua libera e non motivata determinazione, potrebbe prestarsi a condizionamenti (in positivo o in negativo) poco in linea con il principio di trasparenza (Cons. Stato 24.08.2007, n. 4484)”.

Orbene, già in base all’accordo raggiunto con i sindacati nel 2005, si era stabilito che ***“Le graduatorie rimarranno valide fino al nuovo bando e comunque non oltre 24 mesi. Gli idonei verranno inquadrati man mano che si libereranno, a qualsiasi titolo, i posti messi a concorso nonché il 50% dei posti, coperti alla data del bando, che si renderanno liberi nel periodo di vigenza della graduatoria”***. In base al successivo Bando del 2006, veniva confermato il suddetto accordo ed, anzi, si disponeva di effettuare, una volta approvata la graduatoria ed assunti i primi 407 vincitori, “nuovi inquadramenti”, ogni semestre, per gli idonei non vincitori su posti ulteriori rispetto a quelli banditi: ***“La graduatoria rimarrà valida fino a nuovo bando e comunque non oltre 24 mesi dalla sua approvazione. Gli idonei verranno inquadrati man mano che si renderanno disponibili i posti messi a concorso a seguito di rinunce, pensionamenti o dimissioni dal servizio a qualsiasi titolo del personale risultato vincitore. Saranno destinati ai medesimi inquadramenti, inoltre, il 50% dei posti, coperti alla data del presente bando, che si libereranno nel periodo di vigenza della graduatoria; gli inquadramenti saranno effettuati con cadenza semestrale”***.

Nella presente fattispecie, pertanto, sussistono tutti i presupposti per farsi luogo all’inquadramento degli idonei non vincitori. Non solo vi è, come vuole la Cassazione, una “specificata previsione nel bando”, ma il bando prevede pure, a tal fine, una “vigenza di 24 mesi” della graduatoria proprio al fine di consentire il voluto inquadramento di detti idonei. In questo caso, infatti, la decisione dell’Amministrazione è già tutta contenuta nel bando stesso, e la prevista vigenza di 2 anni è preordinata, appunto, all’attuazione di quanto già programmato nel bando stesso. Il decreto di approvazione della graduatoria del 22.10.2010, peraltro, pur

essendo stato adottato ormai in vigore della riforma Brunetta, **non ha minimamente revocato quanto previsto nel bando**, se è vero che riproduce la previsione che la graduatoria “**rimarrà valida fino a nuovo bando e comunque per 24 mesi**”. Evidentemente, perciò, l’Amministrazione non ha disposto alcuna revoca di quanto disposto nel bando.

L’Amministrazione, pertanto, appare essere “inadempiente” rispetto alla “promessa al pubblico” contenuta nel bando: secondo la **Cassazione, sentenza 20.01.2009 n. 1399**, *“In ordine alle conseguenze dannose derivanti dalla condotta illegittima adottata dall’ente convenuto, va rammentato che al bando di concorso per l’assunzione di nuovo personale va riconosciuta la duplice natura giuridica di provvedimento amministrativo, quale atto del procedimento di evidenza pubblica, del quale regola il successivo svolgimento, e di **atto negoziale**, in quanto **proposta al pubblico** sia pure condizionata all’espletamento della procedura concorsuale e all’approvazione della graduatoria; analoga duplicità presenta l’atto di approvazione della graduatoria, che costituisce, ad un tempo, il provvedimento terminale del procedimento concorsuale e l’**atto, negoziale, di individuazione del futuro contraente, da cui discende il diritto all’assunzione del partecipante collocato in posizione utile in graduatoria e il correlato obbligo dell’amministrazione, assoggettato al regime di cui all’art. 1218 cod. civ.** Ne consegue che, in caso di mancata assunzione, va riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, salvo che l’ente pubblico dimostri che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad esso non imputabile”*.

Inoltre, secondo la **CASSAZIONE, Sezioni Unite, sentenza n. 23327 del 4 novembre 2009**, *“...4.3.1. - Il bando di concorso per l’assunzione al lavoro è diretto a dare attuazione alla decisione (di per sé non impegnativa nei confronti dei terzi) di far fronte al fabbisogno attuale di personale dipendente (con salvezza di ipotesi legislative particolari, a*

termini delle quali si possono bandire concorsi con riguardo a fabbisogni futuri). Il bando indica il contratto di lavoro che l'amministrazione intende concludere (in modo conforme alla delibera di indizione), nonché il tipo e le modalità della procedura, partecipando agli interessati l'intento di addivenire alle assunzioni. Pertanto, al bando va riconosciuta una natura giuridica duplice: di provvedimento amministrativo nella parte cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica del quale regola il successivo svolgimento; ma anche di atto negoziale negli aspetti sostanziali, in quanto concreta proposta al pubblico, condizionata negli effetti all'espletamento del procedimento concorsuale e all'approvazione della graduatoria. Di conseguenza, anche l'approvazione della graduatoria presenta questa duplicità di natura giuridica: provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del futuro contraente.

4.3.2. - Considerata come provvedimento amministrativo, deve escludersi che l'approvazione possa porsi in contraddizione con la delibera di indizione e con il bando (*lex specialis* del concorso), negando addirittura l'interesse pubblico primario perseguito con l'apertura del procedimento e trasformando il concorso indetto per la copertura di determinati posti, fuori dalle speciali ipotesi legislative cui si è fatto cenno, in mera verifica di idoneità professionale di personale da assumere solo in relazione a fabbisogni futuri e incerti. Il potere di approvare la graduatoria è conferito all'amministrazione dal bando esclusivamente in funzione del controllo della regolarità e della verifica dell'esito della procedura, sicché, per esempio, sarebbe inammissibile una clausola che condizioni l'assunzione, non già all'approvazione della graduatoria, ma alla successiva determinazione dell'ente circa la necessità dell'assunzione e al potere della p.a. di eliminare sostanzialmente gli effetti tipici del bando e del procedimento (cfr. **Cass. sez. un., n. 8951 del 2007**).

4.3.3. - Neppure il diritto soggettivo all'assunzione potrebbe essere negato perché, nel caso di specie, come argomenta il Comune ricorrente, sarebbero stati esercitati poteri di autotutela, con eliminazione della procedura

concorsuale o dei suoi effetti. In base all'accertamento di fatto compiuto dai giudici d'appello, non censurabile in questa sede, il Comune con atto del 17 marzo 2001 ebbe a procedere all'approvazione della graduatoria e a dichiarare il D. vincitore del concorso, comunicando però, contestualmente, di non poter procedere all'assunzione in considerazione della mancata previsione del posto nella delibera di programmazione triennale del fabbisogno di personale L. n. 449 del 1997, ex art. 39 e L. n. 267 del 2000, art. 91, e dell'avvenuta soppressione del posto con Delib. 13 gennaio 2001, art. 91. Ciò premesso, è certamente escluso che sia stato formalmente disposto l'annullamento di ufficio del provvedimento di approvazione della graduatoria, né è consentito ritenere che sia stato esercitato il potere di revoca, attribuito dalla legge per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (vedi ora la L. n. 241 del 1990, art. 2-quinquies). Secondo le prospettazioni del Comune ricorrente, sarebbe intervenuta una decisione di revoca implicita negli atti precedenti all'approvazione della graduatoria; ma, così prospettata la questione, la Corte ritiene inutile ogni ulteriore approfondimento, siccome deve negarsi in radice che possa efficacemente esercitarsi il potere di revoca, con eliminazione, sia pure ex nunc, del diritto soggettivo costituito dal provvedimento revocato, mediante un atto implicito in altri atti e senza i requisiti minimi di forma prescritti dalla legge. Invero, da tempo risalente costituisce ius receptum il principio secondo cui, quando non sia soltanto viziata, ma manchi del tutto la forma prevista dalla legge per il provvedimento, non è riconoscibile in concreto l'esercizio di potere autoritativo (cfr., di recente, Cass. sez. un., n. 8951 del 2007; n. 13659 del 2006). All'affermazione di questo principio la giurisprudenza delle Sezioni unite è pervenuta rilevando che, nel quadro istituzionale e normativo disegnato dalla Costituzione repubblicana, la forte affermazione del principio di legalità dell'azione amministrativa conduce a considerare il potere pubblico esclusivamente in termini di esercizio tipico e formale. In particolare, è

stato osservato che il mero comportamento materiale o l'emanazione di atti diversi implica mancanza del procedimento amministrativo previsto per l'esercizio di quel potere procedimento definito significativamente, in dottrina, come forma della funzione amministrativa - e, quindi, dell'indispensabile comparazione tra interesse pubblico e interesse privato, imposta dall'art. 97 Cost., mediante il precetto dell'imparzialità, che solo nello svolgersi del procedimento può realizzarsi (la mancanza del procedimento, quindi, non può essere assimilata all'ipotesi della semplice disfunzione procedimentale che rende illegittimo l'atto). Donde il consolidarsi del principio, coerente peraltro con il criterio comunitario della tutela dell'affidamento del privato, secondo il quale la mancanza (non il semplice vizio) della forma prescritta priva l'azione amministrativa del potere in concreto e la rende non suscettibile di produrre l'effetto di incidere sulla sfera giuridica del privato, siccome questi ha fatto legittimo affidamento sugli effetti conseguenti ad un atto formale della pubblica amministrazione. Deve perciò concludersi nel senso che **alla volontà di annullare o revocare il bando, in assenza di un contrarius actus, non è consentito attribuire efficacia alcuna**, risultando l'autotutela esercitata in carenza di potere e con atti, sotto il profilo sostanziale, affetti da nullità per difetto dell'elemento essenziale della forma, tali quindi da giustificare la disapplicazione da parte del giudice. Ne deriva che, nella specie, gli atti e i comportamenti anteriori all'approvazione della graduatoria, richiamati dal Comune ricorrente anche in questa sede, non hanno fatto venir meno la delibera con cui fu bandito il posto; né potrebbe riconoscersi un simile effetto, siccome conseguente ad una revoca successiva all'approvazione della graduatoria, alla determinazione dirigenziale, in data 17 marzo 2001, di non procedere all'assunzione, poiché tale atto, in parte qua, si configura come meramente ricognitivo di effetti derivanti dalle suddette precedenti delibere e non costituisce, di per sé, esercizio di un potere di autotutela, o di amministrazione attiva, inteso all'annullamento, o alla revoca, del bando di concorso.

4.3.4. - Mette conto rilevare, infine, che in mancanza

di atti formali di annullamento o di revoca - precedenti o successivi all'approvazione della graduatoria - idonei a rendere non operativa la procedura concorsuale, è del tutto ininfluyente la sussistenza, o meno, degli asseriti vizi della delibera di indizione del concorso (quale l'assenza di programmazione del fabbisogno, non sostituibile, secondo il Comune, dalla mera previsione della dotazione organica); ed è parimenti ininfluyente la deduzione di ragioni, economiche o finanziarie giustificative, secondo l'ente, della mancata assunzione, poiché, secondo i principi generali, le difficoltà finanziarie non sono idonee, ex se, a produrre l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta (cfr. Cass. n. 1399 del 2009)...".

Nella giurisprudenza di merito, hanno ritenuto l'Ente obbligato ad assumere, non solo i vincitori, ma anche gli idonei, per le ragioni appena indicate, oltre alle sentenze succitate (**Tribunale di Roma, sentenze n. 1693 e 9960 del 2014, sentenza n. 4850 del 2015**), le seguenti sentenze: **Tribunale di Reggio Calabria, sentenza del 26.10.2015: doc. n. 26**; **Tribunale di Brindisi, sentenza n. 191 del 28.01.2014 (doc. n. 27)**; **Tribunale di S.Maria Capua Vetere, sentenza n. 4734 del 30.10.2014 (doc. n. 28)**; **Tribunale di Velletri, sentenza n. 407 del 03.03.2015 (doc. n. 29)**.

Da quanto detto ne deriva che il Ministero odierno convenuto, non soltanto si era, appunto, impegnato ad inquadrare gli idonei, nei 24 mesi successivi all'approvazione della graduatoria, nei posti che eventualmente si fossero resi vacanti nell'area III, ed entro il limite del 50%, ma non poteva a questo punto addurre, per negare lo scorrimento ed inquadrare i suddetti idonei, nessun valido motivo che non conducesse ad un provvedimento espresso di annullamento o revoca del bando. Infatti, l'eventuale contrarietà della previsione del bando in ordine allo scorrimento della graduatoria, alla successiva legge sopravvenuta, avrebbe potuto avere rilievo giuridico solo in presenza di un atto, successivo al bando stesso, che modificasse la volontà espressa nel bando

per recepire i contenuti della nuova legge. Tuttavia, **tale atto amministrativo manca del tutto**, e la mancata applicazione della clausola di scorrimento contenuta nel bando si è manifesta attraverso un mero **comportamento omissivo**, di per sé ingiustificato e inidoneo ad eliminare gli effetti vincolanti della promessa contenuta nel bando stesso. Peraltro, la circostanza che l'odierno convenuto abbia bandito in seguito dei concorsi pubblici aperti all'esterno, per colmare come si è visto una quota parte di carenze di organico in detta area, **non costituisce di per sé una manifestazione esplicita del "diniego di scorrimento"**. Infatti, in questo caso lo scorrimento della graduatoria non è affatto escluso o limitato dalla contestuale indizione di nuovi concorsi, e ciò in quanto le due forme di reclutamento e di provvista di personale erano state deliberate come complementari. La mancanza di un espresso atto di revoca della graduatoria e il suo essere rimasta in vigore di fatto per 24 mesi, costituiscono elementi di fatto che sorreggono la giuridica persistenza dell'obbligo sorto per effetto del bando e della graduatoria; obbligo condizionato unicamente alla esistenza oppure no di posti vacanti. Se infatti si esclude, in base al principio del "*tempus regit actum*", che la volontà di scorrimento della graduatoria, già espressa ed adottata nel bando del 2006, possa essere travolta e caducata dalla novella legislativa del 15.11.2009, quest'ultima non potendo certo investire "provvedimenti amministrativi già adottati", non vi è spazio, in mancanza di altre ragioni giuridicamente valide, per eliminare l'efficacia vincolante di questa decisione già adottata dall'amministrazione di effettuare lo scorrimento.

Alla stregua di queste ragioni, innumerevoli sono state, fino ad oggi, le sentenze dei giudici di merito che, a fronte della prospettata tesi dell'impatto della legge Brunetta sull'obbligo di effettuare lo scorrimento delle graduatorie afferenti progressioni verticali, hanno ritenuto non accoglibile detta tesi e, pertanto, hanno ritenuto ingiustificato il comportamento omissivo dell'Ente, che ha disatteso l'impegno già assunto (v. sentenze già citate).

Tutto ciò premesso e considerato, in fatto ed in diritto, gli odierni ricorrenti, come in epigrafe rappresentati, difesi e domiciliati

RICORRONO

All'Ill.mo Tribunale di Roma affinché fissi l'udienza di discussione ai sensi dell'art. 415 c.p.c., ed emanati gli ulteriori provvedimenti del caso, voglia accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

“Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, in accoglimento del presente ricorso: 1) IN VIA PRINCIPALE: 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 F1, alla data del 21.10.2012; condannare il Ministero convenuto ad effettuare il predetto inquadramento giuridico ed economico dalla suddetta data e a effettuare la ricostruzione di carriera dei ricorrenti riconoscendo loro l'anzianità maturata in detta area III dal 21.10.2012 e liquidando le differenze retributive spettanti, oltre interessi legali; 2) IN VIA SUBORDINATA: in caso di accertata impossibilità della resistente amministrazione di inquadrare i ricorrenti entro la data suindicata e di riconoscimento della proroga (fino al 31.12.2017) della validità della graduatoria 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 F1, alla data del 31.12.2017; condannare il Ministero convenuto ad

effettuare il predetto inquadramento sia giuridico che economico 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 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”.

SI DEPOSITA:

- 1) Accordo del 23.06.2005 (p. 1-4).
- 2) Bando di cui al D.M. n. 7/2006/55 del 12.10.2006 (p. 5-13).
- 3) Decreto n. 83725 del 22.10.2010 (p. 14-42).
- 4) Sentenza del TAR Lazio n. 36 del 02.01.2014 (p. 43-52).
- 5) Nota Circolare del DFP n. 11786 del 22.02.2011 (p. 53-80).
- 6) Nota Circolare del DFP n. 5 del 21.11.2013 (p. 81-111).
- 7) Decreto del PCM del 10.03.2011 (p. 112-118).
- 8) Decreto del PCM del 23.03.2016 (p. 119-133).
- 9) Sentenza del Tribunale di Roma n. 3116 del 30.03.2017 (p. 134-138).
- 10) Sentenza del Tribunale di Roma n. 1941 del 29.02.2016 (p. 139-142).
- 11) Sentenza del TAR Lazio n. 6309 del 04.05.2015 (p. 143-150).
- 12) Sentenza del Consiglio di Stato n. 487 del 02.02.2016 (p. 151-162).
- 13) Determinazione direttoriale Agenzia delle Dogane prot. n. 28969/RI/2015, ribadita da successiva determinazione del 2016 (p. 163-174).
- 14) Sentenza del Tribunale di Roma n. 9960 del 27.10.2014 (p. 175-183).
- 15) Sentenza del Tribunale di Roma n. 4850 del 13.05.2015 (p. 184-190).
- 16) Sentenza del TAR Lazio n. 1889 del 20.02.2013 (p. 191-208).
- 17) Sentenza del TAR Lazio n. 3444 del 17.04.2012 (p. 209-223).
- 18) Sentenza del TAR Lombardia n. 4073 del 15.09.2008 (p. 224-233).

- 19) Parere della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, n. 137 del 10 aprile 2013 (p. 234-242).
- 20) Sentenza del Consiglio di Stato n. 1061 del 05.03.2014 (p. 243-249).
- 21) Sentenza del TAR Lazio n. 7514 del 14.07.2014 (p. 250-254).
- 22) Sentenza del Tribunale di Roma n. 1693 del 17.02.2014 (p. 255-287).
- 23) Sentenza Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 28.05.2012 (p. 288-296).
- 24) Ordinanza del Tribunale di Roma n. 35620 del 02.04.2015 (p. 298-301).
- 25) OdG su P.D.L 9/01682-A/048 del 24.10.2013 (p. 302-303).
- 26) Sentenza del Tribunale di Reggio Calabria del 26.10.2015 (p. 304-312).
- 27) Sentenza del Tribunale di Brindisi n. 191 del 28.01.2014 (p. 313-322).
- 28) Sentenza del Tribunale di S.Maria Capua Vetere n. 4734 del 30.10.2014 (p. 323-327).
- 29) Sentenza del Tribunale di Velletri n. 407 del 03.03.2015 (p. 328-336).

Ai fini del pagamento del contributo unificato, il sottoscritto Avvocato dichiara che la presente causa ha un valore indeterminabile, e quindi è dovuto il contributo dimezzato di € 259,00.

Roma, 31 luglio 2017

Avv. Giuseppe Pio Torcicollo