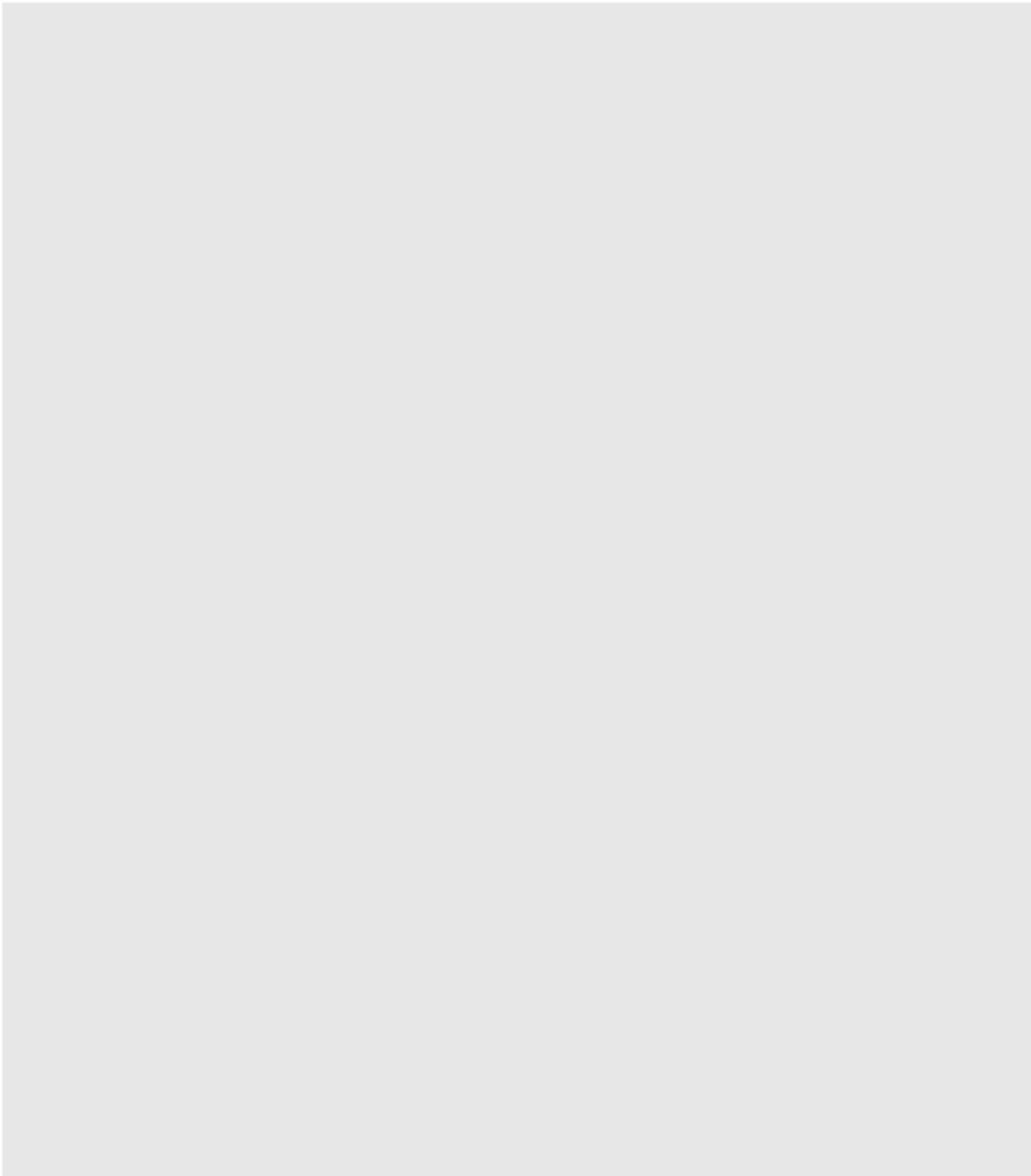
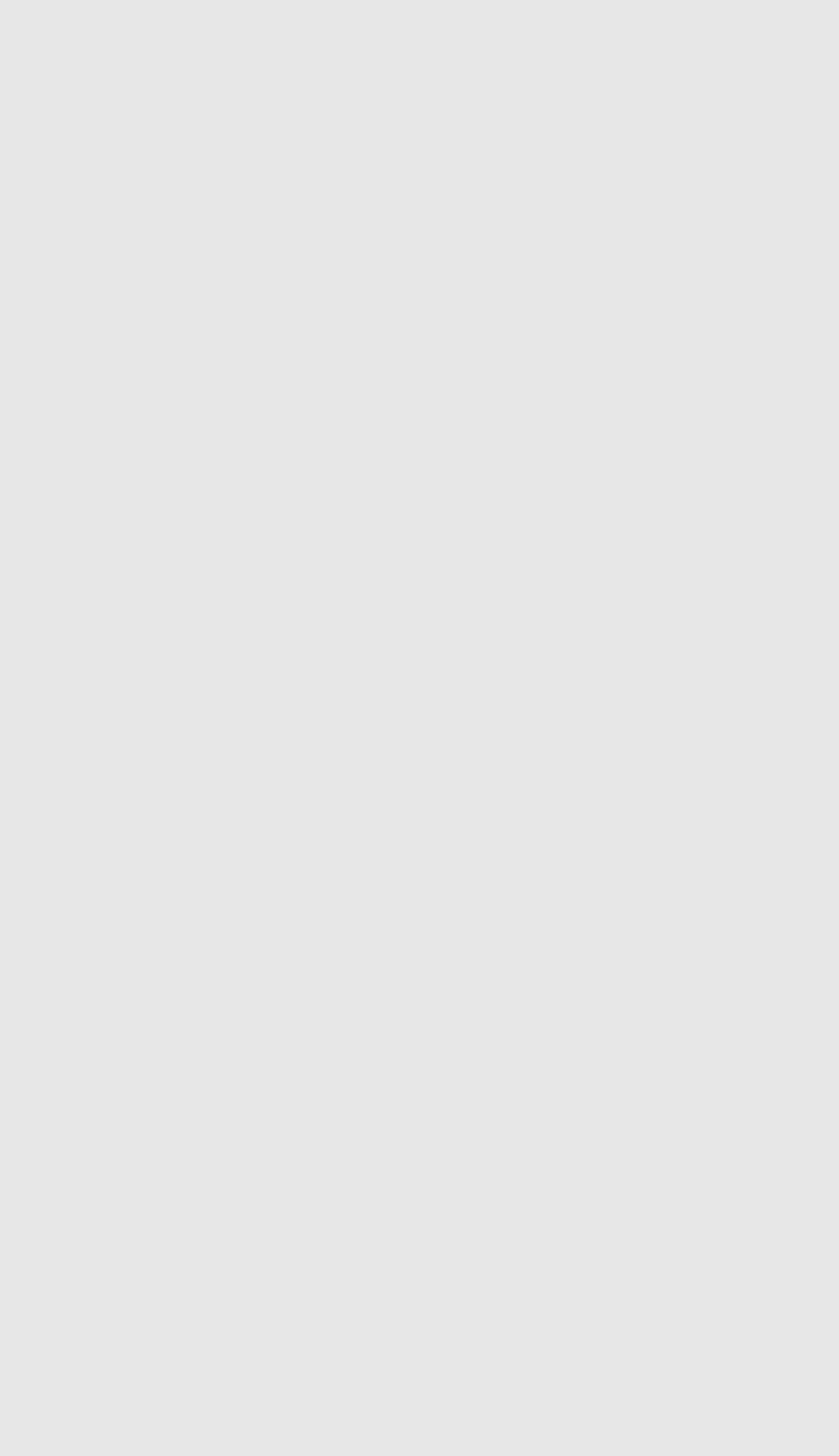


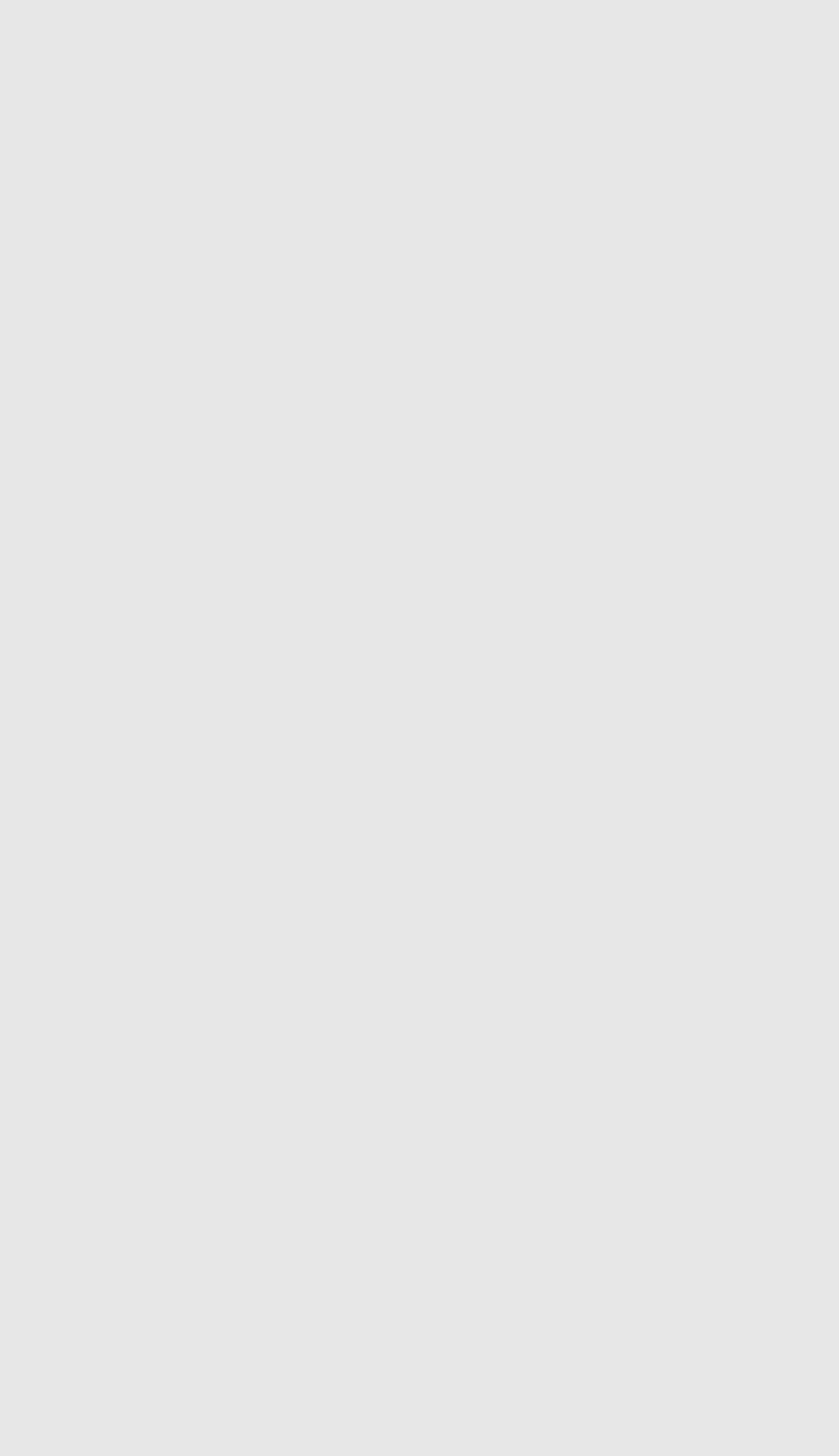
STUDIO LEGALE TORCICOLLO
00195 Roma - Via Carlo Mirabello, 11
Tel./Fax 06/37.51.99.32
Tel. 06/87.77.77.77 - Cell. 338/22.87.651
Peo: avvocato@giuseppetorricollo.it
Pec: giuseppetorricollo@ordineavvocatiroma.org

CORTE DI APPELLO DI FIRENZE
SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA

RICORSO IN APPELLO







_____ 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 n. 11, giusta procura in calce (PEC: *giuseppiotorcicollo@ordineavvocatiroma.org*; FAX 06-87777777)

- RICORRENTI APPELLANTI -

Contro: il **MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI E PER IL TURISMO (MIBACT)**, in persona del Ministro p.t., C.F.: 80188210589, con sede in Roma (RM), via del Collegio Romano n. 27, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Firenze

- RESISTENTE APPELLATO -

Avverso: la **sentenza del Tribunale di Firenze, sezione lavoro, n. 422-2019 depositata il 02.05.2019**, non notificata da controparte, resa a conclusione del giudizio di **I grado RG n. 2950-2017**.

FATTO E PROCESSO

Con ricorso ex art. 414 cpc, depositato in via telematica, unitamente a n. 39 documenti allegati, presso il Tribunale di Firenze nel mese di novembre dell'anno 2017, gli odierni appellanti – unitamente ad altri 8 ricorrenti che non ricorrono in appello - hanno dedotto quanto segue:

1) di aver partecipato, come dipendenti di ruolo del ministero convenuto, ai **corsi-concorsi interni**, per titoli ed esami, indetti con



bandi del 24 luglio 2007, per la riqualificazione ed il passaggio dall'area B (ora area II) all'area C (ora area III).

2) I suddetti bandi (doc. 8) recepivano, a loro volta, l'accordo del 6 dicembre 2005 e il piano triennale di assunzioni del 22 dicembre 2005 (docc. 1-2), nonché gli accordi siglati fra amministrazione ed OO.SS. del 12 e 13 luglio 2007 (docc. 6-7), in base ai quali era intenzione dell'amministrazione procedere all'inquadramento in area C di complessivamente n. 920 dipendenti che si fossero collocati nelle graduatorie regionali di merito, nonché procedere, oltre all'inquadramento dei suddetti 920 vincitori, allo scorrimento delle graduatorie per la copertura, nell'ambito dei posti banditi, dei posti che fossero divenuti in seguito vacanti, per cessazioni, dimissioni, mobilità, ecc del personale vincitore, durante il periodo di vigenza delle graduatorie.

3) Con DPCM del 16 gennaio 2007 (doc. 4) gli organi statali preposti al controllo della spesa del personale e, in genere, alle autorizzazioni a bandire e a quelle ad assumere, avevano autorizzato di fatto l'indizione delle suddette procedure interne di riqualificazione, visti i limiti finanziari per il triennio 2007-2009, solo per la copertura di 460 posti; tuttavia, leggendo il contenuto dei 10 bandi, si evince che il numero dei posti **complessivamente banditi** era pari a n. **920**. I bandi, infatti, ognuno per ciascun profilo professionale, indicano innanzi tutto il numero dei "posti complessivi", sia a livello nazionale che a livello regionale, e poi specificano il sotto-numero dei posti "già autorizzati", con la conseguenza che in base ai suddetti bandi, vi erano in totale, nel complesso (a livello nazionale), 920 "possibili vincitori", di cui, per quanto di interesse nella presente causa, 43 per il profilo di "Architetto", 86 per il profilo di "Archivista di Stato", 138 per il profilo di "Bibliotecario", 200 per il profilo di "Capo tecnico", 22 per il profilo di "Esperto in comunicazione e informazione", 181 per il profilo di "Funzionario amministrativo ed economico-finanziario", 72 per il profilo di "Informatico", 83 per il profilo di "Restauratore-Conservatore", 49 per il profilo di "Storico dell'arte", mentre a livello regionale (per la Toscana) 4 posti per il profilo di "Architetto", 7 posti per il profilo di "Archivista di Stato", 20 posti per il profilo di "Bibliotecario", 18 posti per il profilo di "Capo tecnico", 2 posti per il profilo di "Esperto in comunicazione e informazione", 13 posti per il



profilo di “Funzionario amministrativo ed economico-finanziario”, 6 posti per il profilo di “Informatico”, 16 posti per il profilo di “Restauratore-Conservatore”, 6 posti per il profilo di “Storico dell’arte”. Secondo i bandi, in definitiva, l’autorizzazione già rilasciata per la copertura solo di n. 460 posti complessivi (di cui 21 per il profilo di “Architetto”, 43 per il profilo di “Archivista di Stato”, 69 per il profilo di “Bibliotecario”, 100 per il profilo di “Capo tecnico”, 11 per il profilo di “Esperto in comunicazione e informazione”, 91 per il profilo di “Funzionario amministrativo ed economico-finanziario”, 36 per il profilo di “Informatico”, 42 per il profilo di “Restauratore-Conservatore”, 24 per il profilo di “Storico dell’arte”, mentre a livello regionale (per la Toscana) 2 posti per il profilo di “Architetto”, 4 posti per il profilo di “Archivista di Stato”, 10 posti per il profilo di “Bibliotecario”, 9 posti per il profilo di “Capo tecnico”, 1 posto per il profilo di “Esperto in comunicazione e informazione”, 7 posti per il profilo di “Funzionario amministrativo ed economico-finanziario”, 3 posti per il profilo di “Informatico”, 8 posti per il profilo di “Restauratore-Conservatore”, 3 posti per il profilo di “Storico dell’arte”) costituiva un “*discrimen*” soltanto in ordine alla **data di inquadramento**, nel senso che, mentre i primi 460 classificati avrebbero ottenuto l’inquadramento non appena conclusi i concorsi ed approvate le relative graduatorie (essendoci già la relativa autorizzazione), i restanti ulteriori 460 classificati (di cui 22 per il profilo di “Architetto”, 43 per il profilo di “Archivista di Stato”, 69 per il profilo di “Bibliotecario”, 100 per il profilo di “Capo tecnico”, 11 per il profilo di “Esperto in comunicazione e informazione”, 90 per il profilo di “Funzionario amministrativo ed economico-finanziario”, 36 per il profilo di “Informatico”, 41 per il profilo di “Restauratore-Conservatore”, 25 per il profilo di “Storico dell’arte”, mentre a livello regionale (per la Toscana) 2 posti per il profilo di “Architetto”, 3 posti per il profilo di “Archivista di Stato”, 10 posti per il profilo di “Bibliotecario”, 9 posti per il profilo di “Capo tecnico”, 1 posto per il profilo di “Esperto in comunicazione e informazione”, 6 posti per il profilo di “Funzionario amministrativo ed economico-finanziario”, 3 posti per il profilo di “Informatico”, 8 posti per il profilo di “Restauratore-Conservatore”, 3 posti per il profilo di “Storico dell’arte”) avrebbero ottenuto l’inquadramento solo una volta acquisita l’autorizzazione degli organi di controllo. In altre parole,



l'autorizzazione da parte dei suddetti organi non costituiva la "condizione" per il riconoscimento, a monte, dello *status* di "vincitori" e per il conseguente "diritto all'inquadramento" dei suddetti 460 "ulteriori vincitori", ma piuttosto costituiva la "condizione di efficacia" per effetto della quale, dopo i primi 460 vincitori, avrebbero ottenuto "l'inquadramento in area superiore" anche i restanti 460 vincitori. I bandi, all'art. 1, così recitano testualmente: *"Nelle more del rilascio della autorizzazione richiesta ad estendere fino a 920 i posti complessivi per l'accesso alla posizione economica C1, come illustrato nelle premesse, l'Amministrazione potrà procedere all'inquadramento in ruolo delle prime...unità di personale collocate nelle varie graduatorie regionali, come risulta dalla colonna 3 del citato allegato 1. ... Le restanti...unità di personale, che avranno anch'esse completato i percorsi formativi e superato gli esami finali, conseguiranno l'inquadramento in ruolo solo dopo la concessione a questa Amministrazione della suddetta autorizzazione"*.

4) Le prime 3 graduatorie (quelle per i profili professionali di "Archeologo", di "Architetto" e di "Storico dell'Arte") venivano approvate con decreto direttoriale del 29 luglio 2010 (doc. 9), mentre le ulteriori 7 graduatorie venivano approvate con decreto direttoriale del 20 dicembre 2012 (doc. 12). Mentre n. 16 ricorrenti si collocavano, nei diversi profili indicati nel ricorso, nell'ambito dei "posti ulteriori banditi", ma in attesa di "autorizzazione", altri 38 ricorrenti sono risultati semplici "idonei", cioè posizionati nelle rispettive graduatorie "oltre il numero dei posti complessivamente banditi" per i profili professionali suindicati.

Tuttavia, nell'atto di ricorso (v. pag. 15-20) è stata allegata la circostanza (non contraddetta dal MIBACT in sede di memoria difensiva e neppure in sede di note autorizzate!!!) che, durante la vigenza, ordinaria (triennale) ovvero anche prorogata (fino al 31.12.2017), delle graduatorie stesse si è verificata la "scopertura" di "tanti posti" di cui ai "bandi medesimi", che i suddetti ricorrenti, essendo anche loro idonei (e non dei "meri partecipanti", come dice il convenuto), avevano anch'essi acquisito il diritto ad essere inquadrati nei suddetti posti per via degli impegni già assunti in tal senso, nel 2007, dal ministero convenuto (v. oltre).



5) I ricorrenti, inoltre, a titolo puramente indicativo e senza pretese alcune, hanno anche dedotto la circostanza che essi, come tutti i partecipanti ai suddetti concorsi interni, hanno svolto, nel tempo, “mansioni superiori”: tale circostanza non è stata dedotta, invero, al fine di chiedere le differenze retributive né, tanto meno, per fondare su di essa il proprio diritto all’inquadramento in area superiore, a ciò ostando il decreto legislativo sul pubblico impiego (art. 52). Tuttavia, l’aver continuato nel tempo a svolgere dette mansioni ha costituito un elemento che, senza dubbio, ha reso maggiormente “vincolante” la promessa contenuta nei bandi ed accordi sindacali: il ministero convenuto, cioè, sapeva che l’eventuale superamento del concorso per il passaggio alla terza area avrebbe permesso a quanti avevano frattanto svolto mansioni superiori, di ottenere il meritato riconoscimento, con la conseguenza che l’impegno contenuto negli accordi prima e nei bandi dopo, era un impegno reso vieppiù impellente proprio dalla necessità di “sanare” l’utilizzo del personale per lo svolgimento di “mansioni superiori”.

6) Nonostante le graduatorie per cui è causa, in forza del dettato legislativo ex art. 35 del testo unico sul pubblico impiego, siano certamente rimaste in vigore **per 3 anni dalla data della loro approvazione**, e cioè rispettivamente le prime 3 graduatorie di archeologo, architetto e storico dell’arte sono rimaste in vigore almeno fino al 28 luglio 2013, mentre le restanti 7 graduatorie per gli altri profili professionali sono rimaste in vigore fino al 19 dicembre 2015, il Ministero convenuto, in virtù del sopravvenire della cd. “riforma Brunetta” (d. lgs. n. 150 del 2009), divenuta cogente in materia di procedure per il passaggio di area con decorrenza dal 01.01.2010, si è visto negare dagli organi statali di controllo l’autorizzazione alla copertura dei posti banditi, all’infuori dei primi 460 posti già autorizzati nel 2007.

7) Il Mibact, in effetti, ha chiesto anche in seguito al Dipartimento della Funzione Pubblica di poter inquadrare i restanti 460 vincitori, e comunque procedere allo scorrimento delle graduatorie per la copertura dei “*posti vacanti nella dotazione organica della terza area*” (v. lettera del 13.11.2012 di cui si dirà in seguito, lettera del 23.03.2016 già contenuta in *doc. 18 fascicolo ricorrente*, lettera del 05.03.2018 di cui si dirà in seguito). Tuttavia, stante il “diniego di



autorizzazione”, né l’inquadramento dei “460 ulteriori vincitori” né lo scorrimento delle graduatorie “per posti di area III divenuti in seguito vacanti”, è mai avvenuto, così determinando la decisione dei ricorrenti di rivolgersi all’autorità giudiziaria, al fine di ottenere una pronuncia con effetti costitutivi, ex art. 63 del testo unico sul pubblico impiego.

8) Secondo i ricorrenti, l’esame complessivo della normativa vigente, nonché da ultimo l’interpretazione fornita da una copiosa giurisprudenza di merito (v. le sentenze dei tribunali allegate al ricorso), inducono a ritenere che il decreto legislativo n. 150 del 2009, in particolare l’art. 24 e l’art. 62 - quest’ultimo che ha riformato l’articolo 52 del testo unico sul pubblico impiego -, mentre certamente escludono che, successivamente al 01.01.2010 possano essere più “bandite” progressioni di area per mezzo di concorsi interamente riservati al personale interno, tuttavia non escludono che, durante la vigenza delle graduatorie approvate all’esito di concorsi per progressione di area banditi prima del 01.01.2010, possa disporsi lo scorrimento delle graduatorie e l’assunzione degli idonei, essendo gli effetti dei bandi e degli accordi antecedenti al 2010, così come la decisione di scorrimento delle graduatorie relative a concorsi banditi prima del 2010, tutti interamente regolati dalla legge e dai contratti collettivi vigenti al momento della emanazione dei bandi stessi e della stipula dei suddetti accordi, non dalla legge successiva.

9) Inoltre, la c.d riforma Brunetta, seppure immediatamente vigente e cogente dal 1 gennaio 2010, non potrebbe travolgere posizioni di **diritto soggettivo pieno**, quali discendenti dai bandi e dagli accordi antecedenti, ovvero da **decisioni già adottate dall’amministrazione**, comunque idonee a trasformare l’aspettativa dei candidati utilmente collocati in graduatoria da un mero “interesse di fatto” o “legittimo” ad un “diritto soggettivo” vero e proprio. Secondo la Suprema Corte di Cassazione, infatti (v. *ex plurimis* **Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sentenza n. 19595 del 12.11.2012**), “...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 di lavoro degli idonei fino ad esaurimento dei posti messi a concorso (N.B.: questo è quello che è successo con i 460 "posti ulteriori banditi"); 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 (N.B: questo era "quanto previsto" nell'accordo del 12.07.2007)...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 (N.B.: questa "decisione" è contenuta nelle "richieste di autorizzazione" inoltrate al governo) (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").

10) Infine, a chiarire gli effetti vincolanti dei bandi di concorso, sovviene la medesima Suprema Corte di Cassazione. 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".*

11) Leggendo gli accordi e i bandi sopra indicati (**docc. 6, 7, 8**), emerge la chiara "manifestazione della volontà" del Ministero convenuto di: 1) considerare "vincitori" non solo i primi 460 soggetti utilmente collocati nelle graduatorie (su posti già autorizzati prima dei bandi), ma anche i restanti ulteriori 460 soggetti piazzati in graduatoria (il cui inquadramento è **solo temporalmente differito** all'ottenimento dell'autorizzazione per i corrispondenti posti da coprire); 2) procedere, in ogni caso, per la copertura dei posti banditi e successivamente divenuti vacanti, allo scorrimento delle graduatorie, **in tal modo identificando anche i restanti idonei come "ulteriori vincitori"**. Del resto, il mancato rilascio dell'autorizzazione, per **motivi diversi** (*entrata in vigore della legge Brunetta*) da quelli per i quali l'autorizzazione era stata in un primo tempo negata (*limiti di spesa*), è irrilevante, in quanto, come testualmente sostenuto nel ricorso, a pag. 77-78, "*...il difetto di autorizzazione governativa per una metà dei posti banditi non può impedire ai suddetti bandi di spiegare i loro effetti vincolanti, dal momento che: 1) nei bandi la copertura dei 460 posti ulteriori è prospettata non in termini aleatori e di mera possibilità, ma in termini di certezza, ovvero sia l'inquadramento nei suddetti posti è 'solo temporalmente differito' al rilascio*



dell'autorizzazione integrativa; 2) il mancato rilascio è dipeso non da presunti limiti di spesa ma per ragioni strettamente giuridiche che, ove ritenute infondate, renderebbero illegittimo il diniego stesso e giuridicamente ammissibile la domanda di inquadramento dei ricorrenti; 3) il mancato rilascio dell'autorizzazione produce un mero difetto di natura amministrativa nel procedimento di reclutamento del personale, che esplica i suoi effetti in sede amministrativa nei rapporti fra le diverse pubbliche amministrazioni; tuttavia, i bandi di concorso, quali 'atti negoziali' restano pur sempre validi ed efficaci nei rapporti con i destinatari, dal momento che, sul piano degli effetti squisitamente negoziali, cioè ai fini dell'insorgenza del preteso diritto soggettivo in capo ai partecipanti, il rilascio dell'autorizzazione rileva solo in termini temporali, per l'individuazione del momento in cui effettuare gli ulteriori inquadramenti, non in termini di insorgenza o meno del diritto vantato, che invece è già sorto per effetto della stipulazione dell'obbligazione contenuta nei bandi e come tale vincolante a prescindere dal rilascio o meno della detta autorizzazione...".

12) Per tutto quanto sopra detto, i ricorrenti hanno chiesto al Giudice del Tribunale di Firenze di pronunciare una sentenza costitutiva, che consentisse il proprio inquadramento in area superiore, almeno: 1) con decorrenza dalla data di scadenza della "vigenza ordinaria" delle graduatorie (28.07.2013 e 19.12.2015); 2) in via subordinata, con decorrenza dal 31.12.2017, ovvero da altra data ritenuta utile, in ragione della possibile "ultra-vigenza" delle graduatorie per effetto della proroga contenuta nella legge di bilancio per il 2017.

La domanda di inquadramento sub. 1, peraltro, terrebbe conto della tesi propugnata dalla giurisprudenza amministrativa, seppure non unanime, che ritiene "non prorogate" le graduatorie *de quibus*, per effetto del sopravvenire della legge Brunetta e dell'interpretazione più "restrittiva" che dovrebbe ormai darsi alla locuzione "*graduatorie dei concorsi pubblici*", contenuta nelle recenti leggi recanti la proroga (tesi sostenuta anche nelle circolari del Dipartimento della Funzione Pubblica). La suddetta domanda sub 1, pertanto, pur ammettendo che le dette graduatorie non rientrino nelle proroghe disposte dalla legge negli ultimi anni, non disconosce però l'indiscussa "**vigenza ordinaria triennale**" delle graduatorie suddette, quale effetto che



discende dai bandi del 2007 in combinato disposto con l'art. 35, comma 5-ter, del testo unico sul pubblico impiego (norma in vigore dal 1 gennaio 2008 e quindi applicabile alle graduatorie *de quibus*, approvate successivamente). Negare la vigenza ordinaria triennale alle suddette graduatorie, significa privare di effetto i bandi e gli accordi relativi ai suddetti concorsi, contemplanti la vigenza delle graduatorie, e ciò è inibito dalla giurisprudenza della suprema corte di cassazione, che spesso si è pronunciata sul rapporto fra “bando” e “legge sopravvenuta”. La legge Brunetta, in altre parole, in quanto legge “sopravvenuta rispetto ai bandi”, non può privare le graduatorie almeno della loro “vigenza ordinaria”, che già la legge finanziaria per il 2008 aveva appunto fissato in 3 anni. Pertanto, poiché nei “trienni di vigenza ordinaria” delle graduatorie (dal 29 luglio 2010 al 28 luglio 2013, dal 20 dicembre 2012 al 19 dicembre 2015) si erano liberati dei posti per disporre lo scorrimento, e il ministero convenuto aveva già “*ab origine*” manifestato la volontà di “coprirli”, quindi di renderli “disponibili”, effettuando lo “scorrimento” (v. bandi del 24 luglio 2007 e previo accordo del 12 luglio 2007), vi erano tutti i presupposti perché il suddetto scorrimento avesse luogo.

La domanda di inquadramento sub 2, invece, è subordinata in quanto tiene appunto conto della succitata tesi restrittiva sul concetto di “*graduatorie di concorsi pubblici*”, una volta entrata in vigore la legge Brunetta; ma ciò non toglie che, se il Giudicante avesse aderito alla tesi interpretativa favorevole a comprendere nell'ambito della locuzione “*graduatorie dei concorsi pubblici*”, pur dopo l'entrata in vigore della legge Brunetta, anche le graduatorie dei concorsi interni per cui è causa (tesi prevalente nella giurisprudenza di merito ordinaria), avrebbe potuto quantomeno riconoscere l'inquadramento entro la data del 31.12.2017, ovvero da altra data ritenuta utile (es: dalla data del 23.03.2016, ovvero da quella del 05.03.2018, in cui il ministero chiedeva l'autorizzazione ad assumere gli idonei).

Così riassunta la domanda giudiziale di cui al ricorso ex art. 414 cpc, si evidenzia in questa sede che il ministero convenuto, costituendosi in giudizio, si è limitato **nella sua difesa** solo a rivendicare l'immediata efficacia della c.d. “*riforma Brunetta*”, quale per così dire “*factum*



principis” che impediva, **“in punto di diritto”**, l’accoglimento della domanda.

In “punto di fatto”, invece, nel primo atto difensivo nessuna eccezione il ministero convenuto ha posto circa l’insussistenza, fra i “posti banditi” poi “resisi vacanti”, di un numero di posti tale da far conseguire l’inquadramento ai ricorrenti. Di contro, invece, i ricorrenti, nel ricorso (nei limiti delle c.d. “prove disponibili” ex art. 115 cpc), **hanno allegato e provato l’esistenza, nel 2016 e ancor di più nel 2017, di un “numero di posti vacanti” in area III, nell’ambito dei “posti banditi”, tale da soddisfare la domanda di essi ricorrenti. Nulla su ciò è stato, invece, eccepito e controdedotto dal Ministero, e pertanto, ai sensi e per gli effetti dell’art. 115 cpc, doveva ormai ritenersi “raggiunta la prova” circa il verificarsi, “in punto di fatto”, dei “presupposti” per l’inquadramento dei ricorrenti.**

In punto di diritto, SULLA INFONDATEZZA DELLA DOMANDA DI PARTE RICORRENTE PER CONTRASTO CON LE NORME DELLA RIFORMA BRUNETTA E CON LE CIRCOLARI DELLA FUNZIONE PUBBLICA E LE SENTENZE DEI GIUDICI AMMINISTRATIVI: secondo il ministero convenuto, le norme del D.Lgs. n. 150 del 2009, divenute vincolanti dal 1 gennaio 2010, precludevano all’Amministrazione non solo di bandire nuovi concorsi interamente riservati per le progressioni di area, ma altresì di effettuare lo scorrimento delle graduatorie già approvate, ovvero di coprire posti ulteriori oltre ai posti riservati ai vincitori ed **autorizzati** dal Dipartimento della Funzione Pubblica. Poichè i restanti 460 posti banditi non erano stati autorizzati nel 2007, ne deriva che le suddette graduatorie non erano più utilizzabili, né per la copertura dei residui 460 posti banditi ma non autorizzati, né per la copertura dei posti banditi e divenuti in seguito vacanti, dopo il 1 gennaio 2010. Tale tesi, oltre ad essere espressa nelle circolari del Dipartimento della Funzione Pubblica del 2011 e 2013, è stata avallata anche nelle sentenze sia del TAR che del Consiglio di Stato (citate alcune nello stesso ricorso, altre nella memoria difensiva del convenuto).



Così riepilogate le rispettive posizioni delle parti nel presente giudizio, il Giudice, all'udienza di comparizione del giorno **31 maggio 2018**, acquisiti i **nuovi documenti** depositati dal difensore dei ricorrenti, rinviava al 7 marzo 2019 (poi al 2 maggio 2019) per la discussione e decisione, concedendo termine per note.

Il Ministero convenuto, sia nelle note autorizzate che in altri scritti prodotti in distinti giudizi, ha eccepito, inoltre, quanto segue: 1) la posizione di molti ricorrenti (n. 38), va distinta da quella di coloro i quali (n. 16), effettivamente, si sono collocati nell'ambito "dei posti ulteriori banditi": solo per quest'ultimi ha senso parlare di "diritto allo scorrimento" (scorrimento peraltro oggi ottenuto da costoro per effetto della recente legge di stabilità per il 2019), laddove per gli altri ricorrenti tale diritto non è neppure teoricamente prospettabile, essendosi essi collocati nelle rispettive graduatorie "oltre i posti complessivamente banditi", in posizione, quindi, di "*meri partecipanti*". 2) L'accordo sindacale del 12.07.2007 non ha creato per il Ministero convenuto un vero e proprio "obbligo di scorrimento" per "posti ulteriori", posto che tale accordo si riferiva solo al caso in cui, prima della nomina, intervenissero vicende che impedivano l'inquadramento dei "primi 460 vincitori", quindi non valeva per invocare lo scorrimento anche "per posti ulteriori"; inoltre, i ricorrenti non hanno dimostrato che si era liberato, durante la vigenza delle graduatorie, un numero di posti banditi tale da poter rientrare nello scorrimento. Ancora, l'accordo sindacale del 12.07.2007 non ha creato alcun "auto-vincolo" per il Ministero convenuto, posto che nel suddetto accordo si specifica che le graduatorie restano valide fino a nuovi bandi "fatte salve le disposizioni normative vigenti": con tale espressione dovrebbe, quindi, esprimersi il concetto che occorre guardare alla "legge vigente" al momento della "scelta di scorrere le graduatorie"; peraltro, il succitato accordo fa salve "le disposizioni di cui all'art. 15, comma 2, del CCNL 1998-2001". 3) I Bandi dei concorsi interni per cui è causa individuavano nel rilascio dell'autorizzazione da parte dei ministeri competenti (funzione pubblica e ministero economia e finanze) una "condizione sospensiva" (evento futuro e incerto), senza il cui verificarsi non poteva perfezionarsi la volontà espressa nei bandi medesimi in ordine



all'inquadramento dei 460 ulteriori idonei. 4) La suddetta autorizzazione è un atto di “macro-organizzazione”, “ampiamente discrezionale”, che interviene non solo per ragioni di limiti di spesa ma anche per qualunque altra ragione di legittimità o anche di merito: come tale il suddetto atto autorizzatorio è un elemento “indefettibile” della “fattispecie complessa” senza il quale non può perfezionarsi la stessa “volontà assunzionale della singola amministrazione statale”. 5) Ai fini del rispetto del principio del “*tempus regit actum*”, inoltre, non conta il momento in cui sono stati banditi i concorsi ma quello in cui l'Amministrazione effettua la “decisione” di “colmare i posti vacanti”: se tale decisione arriva quando è ormai vigente la nuova legge, è evidente che la nuova legge è vincolante e non può essere disattesa. Non solo: poiché le graduatorie per cui è causa sono state approvate nel 2010 e nel 2012, in piena vigenza della legge Brunetta, in quel momento occorreva ormai allinearsi alla normativa vigente, a nulla rilevando il momento in cui erano stati banditi i concorsi. Ed invero, prima dell'approvazione delle graduatorie “non sorge alcun diritto”. 6) La giurisprudenza della Corte di Cassazione non ha inteso affatto equiparare i concorsi interni ai concorsi pubblici veri e propri – tali essendo solo quelli aperti all'esterno – ma ha solo voluto equipararli “ai limitati effetti del riparto di giurisdizione”. 7) La stessa Corte Costituzionale non ammetteva “concorsi non aperti all'esterno”. 8) In ogni caso, manca qualunque atto da cui possa desumersi la “volontà” dell'amministrazione di colmare i posti vacanti utilizzando le suddette graduatorie, e pertanto, se tale decisione allo stato è mancata, l'amministrazione era libera di non coprire i posti vacanti e la sua discrezionalità non può essere sindacata avanti al giudice. Le suddette argomentazioni, sostiene il ministero, hanno trovato conferma in varie sentenze di Tribunali e Corti di Appello.

Nelle more del presente giudizio, sono intervenute tantissime sentenze emesse su identici ricorsi promossi, per la stessa vertenza, presso altri tribunali, con pronunce alcune favorevoli altre non favorevoli.

Il Tribunale di Firenze, all'esito della camera di consiglio del 2 maggio 2019, ha emesso la sentenza oggi impugnata, recependo e



condividendo in larga parte le suddette eccezioni formulate dal ministero.

La sentenza è ingiusta e illegittima per le ragioni di cui appresso.

MOTIVI DI APPELLO

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 62 del D.Lgs. n. 150/2009 e dell'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, in relazione all'art. 2907 del codice civile. Corretta applicazione dei suddetti principi nelle sentenze favorevoli ai ricorrenti.

La sentenze favorevoli ai ricorrenti, innanzi tutto, a differenza di quelle non favorevoli, come invece la sentenza che oggi si impugna, fanno buon governo del principio per cui ogni “legge sopravvenuta”, salvo “casi eccezionali”, deve avere rispetto per i c.d. “diritti quesiti”.

La legge Brunetta sicuramente preclude l'indizione dopo la sua entrata in vigore di nuovi concorsi interamente riservati, ma **non preclude di per sé lo scorrimento delle graduatorie approvate in seguito a bandi di concorso interno emanati prima dell'entrata in vigore della legge stessa.**

Così recita l'art. 24 del decreto legislativo n. 150-2009: *“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, la norma impone alle amministrazioni di ricorrere, dopo il 1 gennaio 2010, solo a “concorsi pubblici”, nell'accezione di cui all'art. 62 introdotta dal medesimo testo legislativo, mentre non impone affatto **di attingere solo a “graduatorie di concorsi pubblici”**, nella suddetta ultima accezione: l'“obbligo di fare” (di “conformarsi”), pertanto, **attiene alla**



indizione del “tipo di concorso” e non allo scorrimento del “tipo di graduatoria” (v. Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 30 del 24.01.2019); inoltre, la “decisione” di “coprire il posto disponibile” attingendo ad una graduatoria di concorso “non pubblico”, ai sensi e per gli effetti della predetta norma, **non può più essere effettuata dalle pubbliche amministrazioni, ma ciò solo “dopo il 1 gennaio 2010”**.

Senonchè, nella vicenda in oggetto, **“tale decisione” era già stata assunta “prima del 1 gennaio 2010”, nei succitati bandi ed accordi del 2007** (v. *ex plurimis*, Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 30 del 24.01.2019, e Corte di Appello di Genova, sentenza n. 246 del 11.06.2019).

Ed invero, come allegato dai ricorrenti e correttamente accertato già da moltissimi Tribunali (v. anche Corte di Appello di Trento, sentenza n. 39 del 02.05.2019), **la decisione di effettuare lo scorrimento era stata già adottata nel 2007, non successivamente al 01.01.2010 (anche se poi è stata “ribadita” negli anni seguenti).**

Questa prospettiva, evidentemente, era estranea ai giudizi espressi dal TAR e dal Consiglio di Stato, chiamati a pronunciarsi (come giudici degli “interessi legittimi” e non dei “diritti soggettivi”) in ordine ad una astratta **“possibilità di scorrimento” delle graduatorie dopo il 1/1/2010**, prescindendo del tutto da una verifica circa il fatto che l’ente banditore avesse, oppure no, **già adottato** in precedenza **la decisione di procedere allo scorrimento**. Nella prospettiva del TAR e del Consiglio di Stato, in altri termini, sembra che la decisione di effettuare lo scorrimento della graduatoria sopravvenga nel 2010, a legge Brunetta già vigente, non contemplandosi invece l’ipotesi che tale decisione fosse **già compresa nel bando od accordo del 2007**. (D’altronde, si ripete, i giudici amministrativi hanno deciso finora cause in cui non era stato dedotto un “diritto soggettivo”, perchè altrimenti avrebbero dovuto dichiarare il proprio difetto di giurisdizione!)

Nell’odierno caso non è chi non veda che la “richiesta di autorizzazione ad assumere”, oltre i 460 iniziali vincitori, anche i



restanti 460 vincitori, espressa dal Ministero fin dalla richiesta di ampliamento a n. 920 dei posti di area III da riservare agli interni, avanzata il 22.12.2005 agli organi statali di controllo della spesa, e **confermata appunto nei bandi del 24.07.2007** (che appunto “bandiscono” i corsi-concorsi non già solo per 460 posti, **ma per 920 posti** (N.B: è falso affermare, come fa il ministero, che i “posti banditi” erano solo 460!!!), **costituisce già di per sé la “decisione di scorrimento per posti ulteriori”, che secondo i consolidati indirizzi della suprema corte di cassazione determina l’insorgenza del “diritto degli idonei allo scorrimento”**. Ancora, la volontà di dar corso allo “scorrimento”, nell’ambito dei posti “banditi”, per colmare i posti divenuti in seguito vacanti, è stata adottata dal ministero, d’accordo con i sindacati, **nell’accordo del 12.07.2007**, anche se è poi stata **ribadita in data 13.11.2012, nella succitata nota inviata agli organi statali di controllo**, cui è seguita la risposta negativa del dipartimento della funzione pubblica.

Pertanto, è errata, come finora affermato da vari Tribunali e Corti di Appello, la ricostruzione operata dal ministero, secondo cui la “decisione” di “scorrimento”, in assenza della prevista “autorizzazione” da parte degli organi statali di controllo, **non poteva e non può dirsi perfezionata, né prima né dopo il 1 gennaio 2010. Ed invero, tale decisione nasce nel momento in cui la singola amministrazione, in base al proprio fabbisogno specifico, **esprime la volontà di coprire posti ulteriori**. E ciò è avvenuto, si ripete, nel 2007, con i succitati bandi ed accordi!**

Inoltre, i casi decisi dal TAR e dal Consiglio di Stato, a ben vedere, riguardavano il “**diverso thema decidendum**” del rapporto fra **nuovi bandi di concorso pubblico e scorrimento di graduatorie di concorsi interni**. In particolare, sia nella sentenza n. 3284 del 2 luglio 2015 del Consiglio di Stato che in altre sentenze, veniva impugnata o la decisione di “scorrere la graduatoria” della procedura riservata anziché “bandire un nuovo concorso pubblico”, o la decisione contraria di “bandire un nuovo concorso pubblico” anziché “scorrere la



graduatoria” della procedura riservata. In entrambi i casi, la decisione di scorrimento era stata adottata (o si chiedeva venisse adottata), “**dopo il 1 gennaio 2010**”, ormai in piena vigenza della legge sopravvenuta, non “prima del 1 gennaio 2010”.

La vicenda per cui è causa, invece, non può essere in alcun modo assimilata ai casi decisi dalle sentenze dei giudici amministrativi, sia perché non viene invocato lo “scorrimento” delle graduatorie “anziché il concorso pubblico”, sia perché, si ripete, la decisione di scorrimento era stata adottata ben prima che entrasse in vigore la riforma.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 62 del D.Lgs. n. 150/2009 e dell’art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, in relazione all’art. 35, comma 5-ter, del D.Lgs. n. 165/2001, nel testo già vigente prima della riforma Brunetta. Corretta applicazione dei suddetti principi nelle sentenze favorevoli ai ricorrenti.

In definitiva, i Tribunali e le Corti di Appello che hanno accolto i ricorsi hanno ritenuto che, sulla base del “quadro normativo esistente” al “momento dei bandi”, le graduatorie per cui è causa non avessero affatto perso la propria “vigenza triennale”.

La diversa opinione, espressa dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 3284 del 2 luglio 2015, seguita da successive sentenze, oltre a porsi in contrasto con altre sentenze del Tar e del Consiglio di Stato (cfr, per tutte, CdS **sentenza n. 1061 del 2014**, all. 29 fasc ric.), adotta una interpretazione del “quadro normativo pre-esistente” alla legge Brunetta (in particolare dell’art. 35 del Testo Unico sul pubblico impiego), che però **è contraddetta dal tenore delle norme interpretate**. Secondo la suddetta sentenza, in particolare, l’interpretazione dell’**articolo 35 del testo unico sul pubblico impiego**, già vigente prima dell’entrata in vigore della riforma Brunetta, e costituzionalmente orientata, non contemplava neppure prima del 1 gennaio 2010 procedure di progressione di area “interamente riservate” ai dipendenti, ma solo “concorsi pubblici”. Pertanto, **la stessa “vigenza triennale” delle graduatorie, quale introdotta nel suddetto articolo del testo unico ad opera della legge**



finanziaria n. 244 del 2007 (legge finanziaria per il 2008) - norma sulla quale è stato poi eretto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28 luglio 2011 il famigerato principio del “favor” per lo “scorrimento delle graduatorie” anziché “bandire un nuovo concorso” -, secondo la succitata sentenza n. 3284-2015 del CdS, **dovrebbe essere una norma valida solo per i “concorsi pubblici”, non per le procedure di “selezione interna”**. Quindi, già prima della legge Brunetta, il quadro normativo non consentiva procedure riservate, e pertanto, **la “ultra-vigenza” delle graduatorie era già allora un istituto esclusivo dei “pubblici concorsi”**.

Tale tesi è, però, contraddetta, innanzi tutto, dal “tenore letterale” delle norme contenute nella “riforma Brunetta”, dal chiaro “contenuto innovativo”, secondo cui le nuove modalità di copertura dei posti vacanti per progressione di area avvengono tramite concorsi aperti all'esterno, ma questo solo **“dal 1 gennaio 2010”**. Così, infatti, recita l'art. 24 del decreto legislativo n. 150-2009: *“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”*; con la conseguenza che il legislatore della riforma, contrariamente a quanto sentenziato sul punto dal Giudice amministrativo, ha espressamente riconosciuto che, **prima del 1 gennaio 2010, invece, era legittimo bandire concorsi per progressione di area “interamente riservati” ai dipendenti**.

Inoltre, a ben vedere, il succitato articolo 35 del TUPI deriva, a sua volta, dall'articolo 36 del previgente D.Lgs. n. 29-1993. Tale ultimo articolo, già presente nel decreto delegato del 1993 (testo legislativo recante la cd. “prima privatizzazione” del pubblico impiego), era stato a sua volta “novellato nel 1998”, con il decreto delegato n. 80 (testo legislativo recante la cd. “seconda privatizzazione” del pubblico impiego). La suddetta novella del 1998 ha di fatto ampliato il termine “concorsi pubblici”, prima presente nell'art. 36 originario, stemperandolo con quello di **“procedure selettive”, proprio al fine di includere, come poi sarà previsto nei nuovi CCNLL 1998-2001, le**



procedure selettive “interamente riservate” per i “passaggi di area” nel “novero” delle “procedure di reclutamento” (oltre ai “concorsi pubblici” ordinari) per effetto delle quali, nel pubblico impiego, è di norma prevista l’assunzione tramite “contratti individuali di lavoro”: pertanto, a partire almeno dal 1998 e fino al 2010, contrariamente a quanto sostenuto dal Giudice amministrativo, era la LEGGE che consentiva le procedure selettive riservate al personale.

Del resto, già l’art. 91 d.lgs. n. 267 del 1990 prevedeva che “c3. Gli enti locali che non versino nelle situazioni strutturalmente deficitarie possono prevedere concorsi interamente riservati al personale dipendente, solo in relazione a particolari profili o figure professionali caratterizzati da una professionalità acquisita esclusivamente all’interno dell’ente. c4. Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l’eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all’indizione del concorso medesimo”.

Inoltre, lo stesso art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001 (prima art. 56 del D.Lgs n. 29 del 1993, come sostituito dall’art. 25 del D.Lgs n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall’art. 15 del D.Lgs n. 387 del 1998) – prima della modifica appunto apportata dalla “Riforma Brunetta” - prevedeva che: “1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell’ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive...”.

Già queste norme di legge sarebbero sufficienti per sconfiggere l’interpretazione del Giudice amministrativo citato dalla difesa del ministero. Ma soprattutto, è proprio la “diversa formulazione” dell’art. 36 del d.lgs. 29/1993, quale apportata nel 1998 per effetto della c.d. “contrattualizzazione” (o “seconda privatizzazione”) del pubblico impiego, che induce a ritenere che il legislatore avesse ormai incluso,



fra le “procedure di reclutamento”, quelle consistenti in **procedure selettive “riservate” al personale.**

Si riporta il suddetto testo dell’art. 36, quale riprodotto come **art. 35 nel testo unico sul pubblico impiego**, rimasto in vigore fino ad oggi: *“1. L’assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro: a) tramite **procedure selettive**, conformi ai principi del comma 3, volte all’accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l’accesso dall’esterno... 3. Le **procedure di reclutamento** nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l’imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all’ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell’organo di direzione politica dell’amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali...5-ter. 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...”.*

Il legislatore, dal 1998, ha quindi così sostituito il vecchio art. 36 del d.lgs. 29/1993, che invece disponeva: *“1. L’assunzione agli impieghi nelle amministrazioni pubbliche avviene: a) per **concorso pubblico** per esami, per titoli, per titoli ed esami o per selezione mediante lo svolgimento di prove volte all’accertamento della professionalità richiesta...2. Il **concorso pubblico** deve svolgersi con modalità che ne garantiscano l’imparzialità, la tempestività, l’economicità e la celerità di espletamento, ricorrendo, ove necessario, all’ausilio di sistemi*



automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione, ed a selezioni decentrate per circoscrizioni territoriali...”.

E' evidente che il legislatore del 1998, proprio in occasione della c.d. “seconda privatizzazione” - *alias* “contrattualizzazione” del pubblico impiego -, aveva quindi ormai incluso, fra le “procedure di reclutamento” nel pubblico impiego, non solo i “concorsi pubblici ordinari”, ma anche “procedure selettive” diverse dal “concorso pubblico”. Prova ne è che utilizza un termine più ampio e generico, in armonia con i termini utilizzati nel succitato art. 52 del medesimo testo unico (prima art. 56 del d.lgs. 29/1993). Il legislatore del 1998, cioè, è consapevole che, una volta implementata nel pubblico impiego l'assunzione tramite “contratto individuale di lavoro”, e quindi lasciato alla “contrattazione nazionale” il compito di definire e articolare **le aree o categorie di inquadramento professionale**, l'accesso ai posti di lavoro può avvenire non solo tramite “concorso pubblico”, ma anche per mezzo di “procedure selettive” diverse dal concorso pubblico, purché anch'esse rispettino i **“principi” tipici del “concorso pubblico”**. Cioè, sono i “principi” del “concorso pubblico” che si applicano anche alle procedure selettive diverse, ma questo non vuol dire che il concorso debba per forza essere “pubblico”.

Inoltre, il rispetto dell'**accesso adeguato dall'esterno**, quale previsto nel suddetto art. 35 del TUPI, non significava che il concorso dovesse per forza essere pubblico, nel senso di aperto all'esterno, altrimenti non ci sarebbe stato neppure bisogno di dirlo: se il concorso è pubblico esso è per forza aperto anche all'esterno! Tale inciso significava solo che, qualunque fosse la “procedura selettiva” prescelta, essa, oltre a dover rispettare i “principi” della “procedura ad evidenza pubblica”, doveva comunque salvaguardare un “adeguato accesso dall'esterno”. Il legislatore, cioè, non ha fatto altro che recepire le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale, imponendo che, anche in caso di procedure interamente riservate al personale (peraltro espressamente previste nell'art. 91 del TUEL), le stesse non pregiudichino di “concorrere dall'esterno” in modo adeguato. Il riferimento, pertanto, è alla necessità di assicurare un certo numero di posti da coprire per mezzo di concorsi pubblici, e non anche che ogni procedura di reclutamento dovesse per forza consistere in un concorso pubblico!



Anche l'ulteriore argomento utilizzato dal Giudice amministrativo, per affermare la correttezza della propria personale interpretazione del quadro normativo *pre-esistente* alla legge Brunetta, consistente nel far leva sul "DIRITTO VIVENTE" quale derivante dalle **sentenze della Corte Costituzionale**, per quanto suggestivo, non è convincente in quanto, contrariamente a quanto asserito dal suddetto Giudice, la stessa Corte Costituzionale, **consentiva in determinati casi l'esperibilità delle procedure interamente riservate**. Ed invero, secondo la Corte Costituzionale (sentenza n. 517/2002), "*può ritenersi senz'altro conforme all'interesse pubblico il fatto che precedenti esperienze lavorative non vadano perdute... non è da escludere a priori che l'accesso ad un concorso pubblico possa essere condizionato al possesso di una precedente esperienza nell'ambito dell'amministrazione ove ragionevolmente configurabile quale requisito professionale, ciò rientrando nella discrezionalità del legislatore, ma fino al limite oltre il quale possa dirsi che l'assunzione nell'amministrazione pubblica, attraverso norme di privilegio, escluda o irragionevolmente riduca le possibilità di accesso, per tutti gli altri aspiranti, con violazione del carattere 'pubblico' del concorso*"; ancora, secondo la Corte Costituzionale (cfr. anche le sentenze n. 234/1994, n. 477/1995, n. 228/1997, n. 141/1999 e n. 373/2002), "*le restrizioni dei soggetti legittimati a partecipare al concorso possono eccezionalmente considerarsi ragionevoli in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione...la ragionevolezza della deroga alla regola del pubblico concorso non può dirsi radicalmente esclusa dal fatto che si tratti di un concorso riservato interamente al personale in possesso di una determinata esperienza protratta nel tempo...avendo questa Corte ritenuto compatibili con il principio del pubblico concorso non solo ipotesi di riserve parziali, ma talora, seppur eccezionalmente, anche ipotesi di concorsi interamente riservati*".

Orbene, la Corte Costituzionale – prima dell'entrata in vigore della legge Brunetta, che ha invece eretto per il futuro il divieto di indire concorsi interamente riservati per progressione di area - non escludeva quindi "a priori" che un concorso **interamente riservato** al personale potesse essere **costituzionalmente legittimo**, cioè compatibile con il principio del "concorso pubblico". Anzi la Corte ammetteva tale



possibilità e, dunque, ammetteva che un concorso potesse essere e rimanere riservato esclusivamente al personale in possesso di una certa esperienza e determinate competenze (in tal senso, v. pure **Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 2019**).

Si ricorda all'adita Corte che i **corsi-concorsi interni per progressione di area** per cui è causa, nascono dal bisogno impellente di “riqualificare”, premiandoli, quei dipendenti del ministero che avevano **già assunto**, in precedenza, **mansioni e funzioni proprie dell'area superiore** (v. nei bandi il riferimento all'esperienza posseduta, ai corsi di formazione e alle specifiche “*mansioni superiori*” espletate). Da questo punto di vista, pertanto, sussisteva proprio una di quelle “*particolari situazioni*” che, secondo la Consulta, giustificano il ricorso, per tutelare il “*buon andamento*” dell'amministrazione, ad una procedura “*interamente riservata*”. Del resto, i ricorrenti non hanno invocato una progressione “*per saltum*”, automatica o semi-automatica, ma pur avendo già svolto compiti riconducibili all'area superiore, hanno partecipato a dei corsi propedeutici di formazione, prima, poi ha sostenuto delle prove concorsuali vere e proprie, piazzandosi infine nelle graduatorie di merito. Di talchè, essi hanno di fatto partecipato ad una procedura “comparativa e selettiva” che, *ratione temporis*, doveva comunque servire a scriminare i “più capaci e meritevoli”, nell'ambito dei dipendenti del ministero appartenenti alla stessa qualifica.

Come si è detto nel ricorso sia la **Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite** sia il **Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria**, hanno sostanzialmente incluso anche i **concorsi interni di particolare rilievo qualitativo** – in particolare quelli per l'accesso alla dirigenza e le progressioni di area per cui è causa - **nell'ambito del concetto di “pubblico concorso”**. Ebbene, tale inclusione – contrariamente a quanto affermato dal ministero - **non è stata fatta solo “ai limitati fini” del “riparto di giurisdizione”**, se è vero che l'articolo 63, comma 4, del testo unico sul pubblico impiego (che delinea il riparto di giurisdizione) - dicono le sezioni unite della Cassazione nella **ordinanza 9 febbraio 2009 n. 3005** - “**...manifesta una portata non soltanto processuale, ma anche sostanziale...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)". Ancora, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 17-2012, i predetti concorsi interni, in quanto comunque assimilabili ai concorsi "pubblici", sono soggetti alle norme in materia di "limiti e divieti per le pubbliche amministrazioni alle assunzioni di personale" ("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").

In altre parole, le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale circa almeno il rispetto dei "principi" della "concorsualità pubblica" (e cioè il fatto che di norma il concorso deve essere pubblico, cioè aperto all'esterno, ma possono esservi casi in cui il concorso venga riservato agli interni, purché nel rispetto del principio per cui il concorso pubblico esterno costituisce la regola, mentre quelli interni sono l'eccezione), mentre **sul fronte legislativo** si sono tradotte, a partire dal 1998, nello "stemperare", sia pure con le opportune "garanzie", il mezzo di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni tramite **CONCORSO PUBBLICO** nella più ampia categoria delle "PROCEDURE SELETTIVE", che includono anche selezioni interamente riservate al personale in possesso di una certa esperienza – e ciò spiega la modifica apportata all'art. 36 del D.Lgs. 29/1993 dall'art. 22 del D.Lgs. 80/1998, nonché la nuova versione dell'art. 56



del succitato D.Lgs. 29/1993, per effetto dell'art. 25 del D.Lgs. n. 80/1998; norme poi riprodotte, rispettivamente, negli articoli 35 e 52 del Testo Unico sul pubblico impiego -, **sul fronte giurisprudenziale**, cioè del **“diritto vivente”**, tali indicazioni della Consulta si sono tradotte, già a partire da Cassazione del 2003, nel riconoscimento che, **anche i passaggi dei dipendenti da un'area all'altra, costituiscono “nuove assunzioni” e, quindi, sono soggette alle regole dei “concorsi pubblici” (“pubblicità in tal senso”)**. La Cassazione, cioè, non dice che tali procedure selettive per il passaggio da un'area all'altra sono **“PUBBLICI CONCORSI”** nel significato comune del termine, ma dice che **è COME SE LO FOSSERO**, essendo **disciplinate secondo le regole delle “procedure ad evidenza pubblica”**: di talchè, seppure il “diritto vivente” (pre-Brunetta) non identificava le “procedure selettive” in parola con il termine “concorsi pubblici”, tuttavia **ne riconosceva la piena LEGITTIMITA' e le ASSIMILAVA AI CONCORSI PUBBLICI**, e ciò proprio in quanto **si trattava di procedure assistite dalle garanzie “tipiche” del “pubblico concorso” (quantunque esse siano concettualmente differenti in quanto “interamente riservate”), a cominciare dal “giudizio di comparazione” di più partecipanti.**

Da questo punto di vista, l'articolo 35 del Testo Unico sul pubblico impiego (ex articolo 36 del D.Lgs. n. 29/1993 come modificato dall'articolo 22 del D.Lgs. n. 80/1998), costituisce il “frutto” della “mediazione” fra “esigenze della contrattazione nazionale” e principio del “pubblico concorso” (in ossequio alla norma ex art. 97 della Costituzione). Il legislatore delegato del 1998, in altri termini, ha ammesso, nel novero delle *“procedure di reclutamento”* o *“procedure selettive”* per mezzo delle quali si costituisce (o si modifica) un “rapporto contrattuale di pubblico impiego”, anche procedure selettive diverse dal tipico “concorso pubblico”, cioè dal concorso necessariamente aperto all'esterno, e ciò in applicazione della nuova fase della “contrattazione nazionale nel pubblico impiego”; al tempo stesso, però, ha imposto che le suddette procedure selettive alternative al “concorso pubblico” si svolgessero pur sempre nel rispetto dei “principi” della “concorsualità pubblica” (pubblicazione del bando nella gazzetta ufficiale, metodo “comparativo”, oltre che imparziale e trasparente, di valutazione dei partecipanti, pubblicazione della



graduatoria, riserva di ulteriori posti vacanti al concorso pubblico aperto all'esterno, ecc.).

In questo senso si è espressa, da ultimo, **la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 8985 del 11.04.2018 (All. 1)**. Basterebbe leggere con attenzione tale sentenza, per avvedersi che, mentre l'orientamento seguito dai Giudici che hanno emesso sentenze a favore dei ricorrenti è **conforme a tale autorevolissima giurisprudenza**, e ciò proprio nella misura in cui riconosce dignità di "procedure concorsuali di reclutamento" ai concorsi interni per cui è causa, che consentono il passaggio da un'area all'altra e quindi l'assunzione in nuovi e superiori posti di lavoro dei concorrenti risultati idonei (onde si applica anche a tali concorsi il principio della "vigenza triennale delle graduatorie": in tal senso, da ultimo, v. **CdA Genova, sentenza n. 246 del 11.06.2019**), diversamente, i Tribunali e Corti di Appello che hanno rigettato analoghi ricorsi proposti da altri ricorrenti (v. le sentenze prodotte dal ministero), nel seguire l'orientamento propugnato dal ministero, **di fatto si pongono in contrasto proprio con le Sezioni Unite della Cassazione!!!**

Ed invero, errano sia il ministero che alcuni giudici di merito, quando affermano che le norme del d.lgs. n. 150 del 2009 sono "imperative", e quindi non possono essere "derogate dai CCNL". Se questo, infatti, è vero per i CCNL successivi a tale legge, non vale però anche per i CCNL, ovvero altri accordi sindacali, ANTECEDENTI a tale legge, i quali, invece, potevano trovare ancora attuazione proprio in quanto la suddetta legge, per quanto "imperativa", non è anche "retroattiva".

Pertanto, la procedura selettiva per cui è causa, almeno fino al 01.01.2010, era pienamente LEGITTIMA in quanto prevista da "NORME DI LEGGE" oltre che da "FONTI CONTRATTUALI", come fin qui dimostrato. Ne deriva che, come correttamente ritenuto da molti tribunali e corti di appello, non solo le "graduatorie concorsuali" per cui è causa erano soggette, come tutte le altre graduatorie, alla ordinaria "vigenza triennale" (v., invece, l'errore commesso dal Tribunale di Pescara, nella sentenza citata dalla sentenza impugnata, quando afferma che l'articolo 35, comma 5-ter, che prevede la "vigenza triennale" delle graduatorie, addirittura sarebbe stato stato introdotto dallo stesso "decreto legislativo Brunetta"!!!!



*N.B.: si tratta di un grossolano “errore giuridico”, posto che il suddetto comma, come si è detto, era stato già introdotto con la legge n. 244 del 2007!!!), ma tale procedura avrebbe permesso l’utilizzo della relativa graduatoria non solo per i vincitori, ma anche per gli idonei, in quanto, appunto, conta la **legge che era vigente al momento del bando, non la legge intervenuta dopo** (v. Sez. Un. Cassazione già cit, in particolare nel punto in cui “prende le distanze dal Tar Lazio”, affermando che il carattere “riservato” del concorso per “progressione di area” già bandito, lungi dal rendere quest’ultimo “illegittimo”, **era invece implicitamente previsto “dalla legge”, che “delegava in tal senso i CCNL”, ed inoltre tale procedura teneva conto della necessità di garantire, appunto, il “buon andamento della P.A.”**).*

Altrettanto errata, pertanto, è pure l’affermazione, contenuta nella sentenza della Corte di Appello di Torino n. 540 del 05.08.2019, prodotta dal ministero convenuto, secondo cui “...anche di recente, la stessa S.C., richiamato il principio generale dell’accesso all’impiego pubblico tramite **concorso pubblico (in senso stretto) ex art. 97 Cost. e 35 d.lgs. n. 165/2001**, non ha mancato di sottolineare la differenza fra il ‘concorso pubblico’, cioè aperto agli esterni rispetto alle procedure di selezione interne riservate ai dipendenti provenienti da posizioni inferiori, ancorché adottate nel rispetto dei principi d’imparzialità, di accertamento oggettivo della professionalità richiesta e della garanzia di un eguale diritto di accesso (v. **ad esempio Cass., n. 31166/18**)...”. La Corte di Appello di Torino, infatti, ha “letto male” tale Cassazione. Nel precedente della Suprema Corte n. **31166-2018** citato dalla corte torinese, il carattere “pubblico” della procedura, indetta “*ratione temporis*”, viene negato non già per le “progressioni di area”, cioè per il passaggio da un’area o categoria a quella superiore, ma bensì unicamente per i **passaggi interni all’area**, cioè per il passaggio **dalle posizioni C1 o C2 alla posizione C3**: in dette procedure, effettivamente, ciò che, ad avviso della Suprema Corte, non le rende assimilabili ai “concorsi pubblici” non era il fatto in sé che le procedure fossero “interamente riservate”, ma piuttosto il fatto che esse non fossero improntate al “**criterio comparativo**”, tipico dei concorsi indetti dalle P.A ex art. 97 Cost, e quindi non fossero neppure sotto tale aspetto assimilabili ai “concorsi pubblici”, regolati dal **DPR n. 487 del 1994 e s.m.i.** Diversamente, i concorsi

30



interni per cui è causa, costituenti **progressione da un'area a quella superiore**, con novazione del rapporto di lavoro, sono concorsi veri e propri, rientranti nel genere dei “concorsi pubblici” nell’accezione lata in uso prima della riforma Brunetta, poiché comunque **improntati secondo il metodo “comparativo”, tipico dei pubblici concorsi, tant’è che nei relativi bandi (cfr. doc. 8) viene appunto citato il DPR n. 487-1994!!!**

3) Violazione e falsa applicazione, nella sentenza oggi impugnata, dell’art. 35, comma 4, e dell’art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, con particolare riferimento al ruolo dell’autorizzazione a bandire e ad assumere, alla funzione dell’approvazione delle graduatorie, e alla natura ed efficacia degli “atti negoziali” (contrattuali e unilaterali) posti in essere dalla P.A. e regolanti una fase “successiva alla conclusione dei concorsi”. Corretta applicazione dei suddetti principi nelle sentenze favorevoli ai ricorrenti.

Il Giudice di prime cure, in definitiva, non ha riconosciuto, a differenza di molti Tribunali e Corti di Appello, un “diritto soggettivo” in capo ai ricorrenti, in quanto, da una parte, era mancata l’AUTORIZZAZIONE alla copertura dei “posti ulteriori”, dall’altra, al momento di entrata in vigore del decreto Brunetta le graduatorie NON ERANO ANCORA STATE APPROVATE.

Il suddetto Giudice ha fatto malgoverno degli istituti giuridici in discussione (“autorizzazione dei posti banditi”, “approvazione delle graduatorie”), sottovalutando peraltro il fatto che, ex **art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001**, *“I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto...”*.

In altri termini, gli istituti amministrativi dell’“autorizzazione a bandire” e “ad assumere” e dell’“approvazione delle graduatorie”, riguardano **dinamiche della P.A. come “apparato pubblico” e i suoi “atti di diritto pubblico”**. Tuttavia, i “bandi” ed “accordi sindacali”, ovvero altri “atti unilaterali” della



P.A. (istanze, richieste, ecc), concernenti l'assunzione dei dipendenti o la progressione dei medesimi verso aree o categorie superiori, **sono atti di natura “privatistica”, espressione di volontà della P.A. quale “datore di lavoro”.**

1) Innanzi tutto, quanto ai residui 460 posti “banditi” e “non autorizzati nel dpcm del 16.01.2007”, occorre rimarcare con forza che ciò è dipeso unicamente da ragioni di **vincoli finanziari contingenti**. Così recita il **dpcm (doc. 4 allegato al ricorso)**: “...Ritenuto, altresì, di autorizzare l'avvio di procedure di reclutamento per un numero di posti compatibili con i vincoli assunzionali previsti, relativamente al triennio 2007/2009, dalla normativa finanziaria, tenuto conto della scarsità delle risorse finanziarie disponibili ai fini della relativa autorizzazione ad assumere previste dalla normativa vigente”. Si è già detto, però, nel ricorso che l'averli comunque “banditi”, seppure subordinando **l'inquadramento** (cioè la stipula del contratto di lavoro) al rilascio in un momento successivo del nulla osta da parte degli organi di controllo, per contingenti motivi di limiti alla spesa del personale, non significa che i suddetti 460 soggetti collocati in graduatoria dopo i primi 460, non siano anch'essi dei “vincitori”. Se non fossero dei “vincitori” anche loro i bandi di concorso sarebbero radicalmente nulli, **non potendosi bandire posti per concorso sulla base di un presupposto mancante**. Come chiarito dalla Suprema Corte di Cassazione, in effetti, **sono appunto i “BANDI DI CONCORSO”** che, individuando il “numero dei posti banditi”, identificano i “futuri vincitori”, a nulla rilevando che la stipula del contratto di lavoro, cioè l'inquadramento effettivo, avvenga in un momento anche successivo all'approvazione della graduatoria: la Cassazione, infatti, quando si è occupata del “diritto allo scorrimento”, ha appunto considerato anche le ipotesi in cui gli stessi “bandi” prevedessero già una “assunzione successiva” degli “idonei”, che in tal modo divenivano perciò anch'essi dei “vincitori”. Secondo la Suprema Corte di Cassazione, pertanto, il fatto che i “bandi” prevedano una assunzione “successiva”, anche subordinandola ad un evento “futuro”, non impedisce agli stessi bandi di essere fonte generatrice di un “diritto



soggettivo”. Del resto, **“mettere a bando” vuol dire già “rendere disponibile” il “posto”, quantunque sia poi previsto un “ulteriore evento”, che in questo caso era dato da un “atto amministrativo” (“autorizzazione”) che doveva provenire da un soggetto terzo.** Opinare, però, che la stessa qualifica di “vincitori” dei suddetti ulteriori “460 soggetti collocati in graduatoria” fosse nei bandi **subordinata al rilascio dell’autorizzazione, cioè ad una “condizione sospensiva” (evento “incerto” e non solo “futuro”),** è un vero “assurdo giuridico”, poiché contrasta con i diversi istituti in gioco, e cioè con le nozioni di “Piano dei fabbisogni” e “Bando di concorso”, per un verso, e di “Approvazione amministrativa” e “Autorizzazione amministrativa”, per l’altro verso.

Innanzitutto, per una corretta ricostruzione dell’istituto occorre richiamare l’**art. 35, comma 4, del testo unico sul pubblico impiego,** che oggi recita: *“Le **determinazioni** relative all’avvio di procedure di reclutamento sono adottate **da ciascuna amministrazione** o ente sulla base del **piano triennale dei fabbisogni approvato ai sensi dell’art. 6, comma 4.** Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sono **autorizzati l’avvio delle procedure concorsuali e le relative assunzioni del personale delle amministrazioni dello Stato,** anche ad ordinamento autonomo, delle agenzie e degli enti pubblici non economici”.* A sua volta, il succitato **art. 6, comma 4, del medesimo testo unico,** recita che *“Nelle **amministrazioni statali, il piano di cui al comma 2, adottato annualmente dall’organo di vertice,** è **approvato,** anche per le finalità di cui all’articolo 35, comma 4, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze”.* Ancora, l’**art. 39 della legge n. 449 del 27.12.1997** stabilisce che: *“1. Al fine di assicurare le esigenze di funzionalità e di ottimizzare le risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio, **gli organi di vertice delle amministrazioni pubbliche sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno di personale, comprensivo delle unità di cui alla legge 2 aprile 1968,***



n. 482. ... 3. *Il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica e del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, **delibera trimestralmente il numero delle assunzioni delle singole amministrazioni di cui al comma 2 sulla base di criteri di priorità che assicurino in ogni caso le esigenze della giustizia e il pieno adempimento dei compiti di sicurezza pubblica affidati alle Forze di polizia e ai Vigili del fuoco, nell'osservanza di quanto disposto dai commi 1 e 2...***

Il suddetto quadro normativo, successivo alla privatizzazione del pubblico impiego, **sostituisce, pertanto, la previgente disciplina di cui all'art. 27 della legge n. 93 del 29 marzo 1983 (cd. "legge quadro sul pubblico impiego"), erroneamente citata dal ministero convenuto**, che invece stabiliva: *"Nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri è istituito il Dipartimento della funzione pubblica, cui competono: ...7) **la individuazione dei fabbisogni di personale e la programmazione del relativo reclutamento...**"*.

Come è desumibile dal chiaro tenore delle norme di legge sopra citate, oggi spetta **ad ogni singola amministrazione od ente dello Stato** decidere **"se"** avviare o meno una procedura concorsuale, nonché **"il numero dei posti occorrenti"**, sulla base del **proprio fabbisogno**. E' evidente, pertanto, che il "Bando di concorso", inteso come "volontà di bandire" e, successivamente, di "assumere", costituisce esercizio di un diritto-potestà rimesso esclusivamente alla singola amministrazione (di cui è presupposto la "programmazione del fabbisogno"). Di contro, l'**autorizzazione** - giusta la relativa nozione in diritto amministrativo (*"L'autorizzazione è una tipologia di atto amministrativo discrezionale con cui un'autorità rimuove i limiti che, per motivi di pubblico interesse, sono posti in via generale ed astratta dalla legge all'esercizio di una preesistente situazione giuridica soggettiva. A differenza della concessione, l'autorizzazione non attribuisce nuovi diritti ma permette l'esercizio di un diritto già esistente"*) - **non è una condizione per l'insorgenza del diritto del privato o della potestà pubblica**, a differenza della concessione amministrativa, ma piuttosto si inquadra come **"condizione per l'efficacia" del diritto o potestà**, quest'ultimi **già esistenti in capo al soggetto da autorizzare**. Inoltre, l'**approvazione amministrativa** è quel provvedimento permissivo (del genere delle autorizzazioni), che consente l'esercizio di determinati



diritti o facoltà, mediante il quale la P.A. rende **efficaci ed eseguibili atti giuridici già compiuti e perfetti**.

L'approvazione serve solo per rendere "operativo" il "piano dei fabbisogni", ed è comunque successiva al suddetto piano. L'autorizzazione serve invece per "bandire il concorso", e successivamente per "assumere i vincitori", ed è invece un provvedimento amministrativo certamente propedeutico alle suddette attività.

Pertanto: 1) la decisione sul "numero dei posti da bandire" spetta, innanzi tutto, alla singola "amministrazione dello Stato", che adotta attraverso l'organo di vertice il proprio "piano dei fabbisogni di personale"; 2) tale piano dei fabbisogni, una volta adottato, è soggetto ad "approvazione amministrativa" da parte della Presidenza del Consiglio di Ministri; 3) la Presidenza del Consiglio dei Ministri, una volta approvato il piano dei fabbisogni, "autorizza" sia "l'indizione del concorso" che, una volta concluso il concorso, "le successive assunzioni".

In altri termini, l'approvazione del piano dei fabbisogni è un atto amministrativo successivo all'adozione del piano stesso: adozione la cui competenza esclusiva spetta alla singola amministrazione statale; laddove l'approvazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, invece, serve solo per rendere operativo ed efficace il suddetto piano. Di contro, l'autorizzazione richiesta alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, serve non per adottare il piano dei fabbisogni, ma bensì solo per "avviare la procedura concorsuale" (per la copertura dei posti nel numero già programmato dalla singola amministrazione), e, successivamente, per "assumere i vincitori".

In altre parole, il Ministero era già titolare del "potere di **quantificare e rendere disponibili**" i posti "non ancora approvati" (cosa che ha fatto nei bandi), laddove l'approvazione serviva solo per rendere "efficace" tale potere, ovvero per consentire poi al Ministero stesso, una volta pervenuta la suddetta approvazione e poi autorizzazione, di "inquadrate" gli ulteriori vincitori nei posti banditi. L'autorizzazione, invece, quale atto "prodromico" rispetto ai bandi, occorre non per stabilire il "numero dei posti da bandire", ma bensì



per “avviare il concorso”, cioè per “bandirlo”, e in un momento successivo per “assumere i vincitori”.

Di conseguenza, sia il “numero di posti da bandire” che il correlato e conseguente “diritto” dei partecipanti al concorso di essere riconosciuti come “vincitori”, **discendono dalla volontà espressa al riguardo dal singolo Ministero**, mentre l’approvazione/autorizzazione ad opera della PCM – comunque necessaria per bandire, prima, e per assumere, poi -, rispetto alla scelta di “quanti posti bandire” e quindi alla individuazione dei “futuri vincitori” si configura come “condizione” non per l’insorgenza del relativo potere ma “per l’acquisto di efficacia del medesimo”.

2) A questo punto, se il diritto dei vincitori in quanto tale sorge per effetto del bando e della successiva graduatoria, **il fatto che l’autorizzazione sia poi stata negata ai suddetti vincitori costituisce un “comportamento illegittimo” della PA.** in quanto, poichè il Ministero aveva nei bandi subordinato l’immissione in ruolo dei vincitori al rilascio di autorizzazione “in un momento successivo” ma questo unicamente **per ragioni di controllo della spesa**, e comunque **secondo la normativa vigente al momento della indizione dei corsi-concorsi (24 luglio 2007)**, il diniego di autorizzazione motivato in seguito per contrasto con la legge Brunetta, cioè **per contrasto con una legge intervenuta dopo l’indizione del concorso stesso**, è un diniego illegittimo perchè **priva di effetto** la volontà negoziale contenuta nei bandi, cui i ricorrenti hanno fatto “**legittimo affidamento**”. La legge Brunetta, infatti, non può travolgere anche i **diritti costituiti prima** dell’entrata in vigore della legge stessa. Come correttamente rilevato dal **Tribunale di Venezia** in fattispecie identica, *“La natura di provvedimento amministrativo del bando spiega e giustifica la sua soggezione a controlli ed autorizzazioni da parte di altre Amministrazioni in un ambito interno ai rapporti tra loro ma **non giustifica che la mancata autorizzazione - non collegata a motivi di controllo della spesa pubblica – possa esplicare i propri effetti sulle posizioni di diritto soggettivo insorte in capo ai partecipanti al concorso in virtù di accordi sindacali e del bando**”*.



Del resto, proprio alla luce del principio “*tempus regit actum*”, la suddetta autorizzazione amministrativa, come mero “atto di controllo e verifica” circa la “legittimità” dell’**attività da autorizzare**, costituisce un “tutt’uno” con la suddetta “attività” da autorizzare (in dottrina si parla anche di “autorizzazione dichiarativa”), con la conseguenza che l’attività di controllo deve essere parametrata **non alla normativa intervenuta dopo** ma alla **normativa vigente al momento in cui “è posta in essere”, per l’appunto, l’attività “da autorizzare” (indizione dei corsi-concorsi)**. Ed invero, proprio in quanto trattasi di **“autorizzazione integrativa” (così viene definita nei bandi e nel doc. 7 all. al ricorso)**, era evidente che essa doveva aver luogo, per l’appunto, in base alla **legislazione** vigente al momento **dell’“attività da autorizzare”**, cioè **quella vigente nel 2007**.

3) Quindi la motivazione illegittima circa il diniego di autorizzazione, (sopravvenuta inefficacia dei bandi e delle graduatorie per effetto della **legge sopravvenuta**) evidenzia un “comportamento illegittimo della PA”, e dunque **fa sì che operi la “fictio iuris” di cui si è parlato nel ricorso: poichè il diniego di autorizzazione, così motivato (per presunto divieto opposto da una “legge sopravvenuta”), determina un “colpevole non verificarsi della condizione” cui era subordinata l’efficacia del diritto sorto per effetto del bando e della graduatoria, opera l’art. 1359 cc. e quindi “la condizione si deve considerare avverata”** (“*La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all’avveramento di essa*”). Il mancato avveramento della condizione è peraltro imputabile non solo al Dipartimento della Funzione Pubblica e al Ministero dell’Economia e finanze che hanno negato l’autorizzazione (*contra, Tribunale di Torino, cit. dal Giudice*), ma in realtà allo stesso Ministero: quest’ultimo, infatti, **ha comunque bandito “posti ulteriori” senza attendere la suddetta autorizzazione e comunque promettendo che quest’ultima sarebbe in seguito stata rilasciata!** Si evidenzia, su un caso diverso da questo ma analogo circa il **rapporto fra bando di concorso e legge sopravvenuta**, una **sentenza della Corte di Appello di Palermo del 22 dicembre 2016** che ha appunto riconosciuto, attuando l’istituto ex art. 1359-1360 c.c., il diritto dei vincitori ad essere assunti, nonostante la **legge sopravvenuta rispetto al bando** apparentemente non consentisse più l’utilizzo della graduatoria.



In ogni caso, anche indipendentemente dal richiamo all'istituto civilistico ex art. 1359 c.c., l'atto amministrativo illegittimo (diniego di autorizzazione), nella misura in cui incide **sul diritto soggettivo dei ricorrenti**, senza essere l'oggetto diretto del giudizio (che riguarda non l'annullamento del detto atto ma l'accertamento del diritto), è suscettibile di essere semplicemente **“disapplicato” dal Giudice ordinario**, ex art. 63 del d.lgs. 165 del 2001.

4) Infatti, **contrariamente a quanto dedotto dalla difesa ministeriale, la suddetta autorizzazione (o il suo diniego) non rientra neppure fra i cd. atti di “macro-organizzazione” che, ai sensi del testo unico sul pubblico impiego (art. 2, comma 1), sono di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, in quanto “ampiamente discrezionali”, e come tali non soggetti ad “intervento sostitutivo del giudice ordinario” (contra, Tribunale di Milano, cit. dal Ministero).** L'autorizzazione ex art. 35, comma 4, del testo unico sul pubblico impiego, **non è più l'atto** che, ex art. 27, comma 7, della legge n. 93/1983 succitata, serviva per **“individuare”, a monte, il “fabbisogno del personale”**. L'individuazione a monte del “fabbisogno”, infatti, come si è detto in precedenza, nel nuovo testo unico sul pubblico impiego è “rimessa alla singola amministrazione dello stato”. Di conseguenza, tale “autorizzazione” (o meglio “approvazione”, ex art. 6, comma 4, del medesimo testo unico) non è l’**“ATTO AMPIAMENTE DISCREZIONALE”** (richiamato invece nel succitato art. 2 del medesimo testo unico) con il quale si decide l'organizzazione degli uffici e i modi di copertura dei posti vacanti nonché le dotazioni organiche (questi sì non soggetti a sindacato del GO), ma bensì un “atto di secondo grado”, a “discrezionalità ordinaria”, con il quale un organo di controllo esterno all'amministrazione banditrice (“richiedente”), verifica se la copertura dei posti è esperibile, e deve farlo sulla base della normativa vigente al momento in cui la richiesta è effettuata. Se tale verifica conduce ad un “diniego illegittimo”, ben potrà il G.O disapplicare l'atto di diniego in questione in quanto, appunto, “illegittimo”. Diversamente opinando, verrebbe meno il potere del giudice ordinario di disapplicare qualunque “diniego di assenso” (atto amministrativo), solo perché è un



atto “discrezionale”?! Al contrario, se il diniego non impinge su “scelte di merito” o comunque “ampiamente discrezionali”, ma concerne “vincoli di legge”, ben potrà il GO, laddove il diniego è determinato da una “cattiva interpretazione della legge”, disapplicare il suddetto atto come qualunque atto “contra legem” che incide su un “diritto soggettivo”.

Correttamente, pertanto, molti giudici di merito hanno finora disapplicato il diniego in questione.

5) In conclusione, poiché anche gli ulteriori 460 soggetti utilmente collocati nelle graduatorie **hanno lo status di “vincitori”**, ne deriva che per coerenza concettuale e perfetta simmetria, come appunto previsto dalle stesse circolari, poiché la riforma Brunetta non preclude la copertura dei posti **per i vincitori** delle progressioni interne **bandite anteriormente a tale legge** (v. le circolari richiamate dal ministero), allora come non preclude la copertura dei 460 posti banditi e autorizzati nel 2007, altrettanto non doveva precludere la copertura degli **ulteriori 460 posti pur sempre banditi nel 2007**, costituendo l’autorizzazione integrativa richiesta non il presupposto sostanziale per la “determinazione a bandire quei posti ulteriori” (atto, quest’ultimo, rimesso esclusivamente alla singola amministrazione), ma solo una “verifica dichiarativa” e, come tale, una “condizione di legittimità ed efficacia” dell’attività posta in essere dal ministero, rilevante per la stipula del contratto di lavoro in area superiore: condizione di efficacia che doveva, a questo punto, operare secondo la “legge vigente al momento della indizione dei concorsi”. Con la conseguenza che essendo “illegittimo” il diniego di autorizzazione della P.A. che sacrifica i “diritti dei vincitori” per effetto di una “legge sopravvenuta”, il Giudice potrà ritenere, ex art. 1359 c.c., operante la *fiction* del verificarsi della suddetta “condizione di efficacia” (rilascio di autorizzazione), ovvero più semplicemente disapplicare l’atto illegittimo (diniego di autorizzazione), di fatto consentendo ai vincitori nominali di divenire vincitori effettivi, con inquadramento nell’area superiore!

Del resto, la tesi sostenuta nella sentenza impugnata e nelle altre sentenze favorevoli al Ministero, secondo cui l’autorizzazione è un elemento che, nel momento in cui interviene, **deve essere aderente al “quadro normativo vigente” in “quel momento”**, non potendo



essere rilasciata sulla base di un quadro normativo “non più vigente”, è una tesi che inciampa in una contraddizione insanabile: poiché il Dipartimento della Funzione Pubblica è competente a rilasciare anche l’autorizzazione “ad assumere”, non meno che quella “a bandire”, non si vede per quale ragione, **tale “autorizzazione ad assumere” è stata rilasciata per i primi 460 vincitori, nonostante il già “mutato quadro normativo” per effetto della legge Brunetta, per essere poi negata invece per i restanti 460 idonei, collocati eppure in posti anch’essi banditi nel 2007!** Se davvero fosse rilevante il quadro normativo vigente al momento del rilascio di autorizzazione, non poteva essere autorizzata l’assunzione neppure per i primi 460 vincitori. Se, viceversa, l’autorizzazione ad assumere può essere rilasciata, come di fatto è accaduto, per i posti **banditi in epoca antecedente alla legge Brunetta**, allora tale autorizzazione dovrà essere estesa anche per la copertura degli **ulteriori 460 posti banditi nel 2007!** Come correttamente evidenziato dalla **Corte di Appello di Genova nella sentenza n. 246 del 11.06.2019**, “...*la tesi recepita nella Circolare del 2013 secondo cui solo i vincitori e non anche gli idonei delle graduatorie relative a concorsi interni indetti prima del 1/1/2010 per il passaggio di aree potrebbero essere assunti non pare supportata da alcun riferimento normativo, né ha alcuna logica sottesa, posto che delle due l’una: o la graduatoria non vale più (e quindi neppure i vincitori potevano essere assunti), oppure vale ancora ed allora anche gli idonei, una volta venuti meno i blocchi di assunzione derivanti dalla mancanza dei fondi, hanno diritto allo scorrimento della graduatoria come previsto nel relativo bando...*”.

6) Quanto, invece, alla possibilità di effettuare lo “scorrimento” delle graduatorie per la copertura dei posti banditi **ed anche autorizzati**, ma divenuti in seguito **vacanti** durante la vigenza triennale delle graduatorie, in questo caso il “difetto di autorizzazione” governativa non costituisce per definizione alcun problema, dal momento che lo scorrimento avverrebbe per la copertura di posti banditi e financo **autorizzati**, una volta che gli stessi fossero in seguito divenuti **vacanti**.

Orbene, nel caso in questione, l’Amministrazione aveva già previsto, fin dall’accordo del 12 luglio 2007 (cfr. doc. 6, art. 2), di poter effettuare la copertura del “turn over” utilizzando le graduatorie entro il termine di vigenza ed efficacia delle stesse. Tale volontà è stata



peraltro ribadita dal Ministero – come testualmente riconosciuto dalla difesa del medesimo - nel mese di novembre del 2012, se è vero che con nota n. 44060 del 13.11.2012 (prodotta all’udienza del 31.05.2018), cui ha fatto seguito la risposta negativa del Dipartimento della Funzione Pubblica di cui alla nota n. 49969 del 10.12.2012, citata dal ministero nella sua memoria difensiva, così si esprimeva il Ministero: “...si chiede il parere di codeste Amministrazioni in relazione alla richiesta avanzata dalle OO.SS. al Mibac di utilizzare parti di tali risorse ancora disponibili per ricorrere, **nei limiti della dotazione organica scaturente dall’approvazione del DPCM di cui all’articolo 2 del decreto legge n. 95/2012, allo scorrimento delle graduatorie per i passaggi d’area ex B/C1 e A/B1, in quanto trattasi di procedure risalenti al 2007”.**

7) In definitiva, la stessa “richiesta di autorizzazione ad assumere gli idonei”, equivale di per sé a “manifestazione della volontà” di “utilizzare la graduatoria” per gli “idonei non vincitori”, e al tempo stesso evidenzia che il diniego di autorizzazione, fondato sulla presunta incompatibilità fra la legge Brunetta e l’utilizzo delle graduatorie, non costituisce un elemento che ostacola il diritto vantato in giudizio, poichè il diritto è sorto per effetto del bando e della volontà manifestata dall’Ente in ordine all’utilizzo della graduatoria per posti ulteriori: il che consente di ritenere accertate le condizioni per adottare una sentenza che tenga luogo della mancata assunzione.

8) Proprio con riferimento agli effetti giuridici discendenti dai **bandi** relativi a **concorsi interni** indetti dalle pubbliche amministrazioni, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che “...**il superamento del concorso, indipendentemente dalla nomina, consolida nel patrimonio dell’interessato l’acquisizione di una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo non disconoscibile alla stregua della natura del bando, né espropriabile per effetto di diversa successiva disposizione generale...**” (Cass., sez. lavoro, sentenza n. 14397 del 10.07.2015; conformi pure Cass., sez. lavoro, sentenza n. 18685 del 22.09.2015; Cass., sez. lavoro, sentenza n. 14275 del 24.06.2014). Ancora, in ordine all’efficacia del **bando di concorso interno**



per passaggi di area nei confronti dei partecipanti, la Suprema Corte ha recentemente statuito (v. sezione lavoro, **ordinanza n. 3332 del 12.02.2018**) che, nel pubblico impiego contrattualizzato, anche ai fini della selezione interna per l'accesso a posti superiori vacanti, analogamente a quanto accade per le procedure concorsuali preordinate all'assunzione di dipendenti, la scelta dell'amministrazione di utilizzare le graduatorie degli idonei "per scorrimento" non costituisce un diritto soggettivo degli stessi, ma postula sempre l'esercizio prioritario di una discrezionalità della P.A. nel coprire il posto o la posizione disponibile, **salvo che tale "scorrimento" non sia già contemplato dalla contrattazione collettiva o dal bando**. E' evidente, pertanto, che la **giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di Cassazione**, contrariamente a quanto affermato nelle sentenze del TAR e del Consiglio di Stato, per quanto esse autorevoli (ma spesso espressione di un indirizzo politico), non consente a disposizioni di "legge sopravvenuta" di **privare di "efficacia" il bando di un concorso**. Come si è detto, infatti, (v. cassazione sopra citata) l'efficacia del bando non è limitata solo alla disciplina della "procedura di concorso", **ma è estesa anche, come "atto negoziale", alla individuazione dei "futuri vincitori" e all'insorgenza del "diritto all'assunzione"** (v. **Corte di Cassazione, sentenza n. 29916 del 13.12.2017**). Nè le norme sopravvenute potrebbero comunque privare di efficacia i bandi (o gli accordi) relativi a progressioni già indette, laddove i suddetti bandi (od accordi) abbiano già costituito in capo ai soggetti partecipanti al concorso **posizioni di diritto soggettivo pieno e non di mero interesse legittimo**, vale a dire in presenza di **decisioni già adottate**, nei bandi di concorso o in atti distinti dell'amministrazione, in ordine allo scorrimento delle graduatorie stesse. Pertanto, la circostanza che, a fronte dell'**accordo sindacale del 12.07.2007** che prevedeva la "copertura dei posti banditi", successivamente "divenuti vacanti", per "scorrimento delle graduatorie", non sia mai intervenuta né prima, né durante, né dopo, l'autorizzazione alla copertura dei suddetti posti, non è una circostanza che impedisce il definitivo consolidarsi della "**decisione della P.A.**" di coprire i suddetti posti utilizzando la graduatoria, dal momento che, come già detto, l'autorizzazione o il diniego della medesima – in materia di assunzione nel pubblico



impiego privatizzato - si collocano al di fuori della fattispecie da cui origina il diritto soggettivo degli idonei e il correlato obbligo dell'amministrazione (in tal senso, v. Tribunale di Siena, sentenza del 21.12.2018), **avendo in tali casi l'amministrazione già esercitato la propria "ampia discrezionalità" vincolandosi (nei bandi ed accordi sindacali) ad effettuare lo scorrimento delle graduatorie: a) per la copertura dei "posti ulteriori" messi a bando (v., appunto, i bandi del 24/7/2007); b) per la copertura dei posti "successivamente divenuti vacanti", nell'ambito dei "posti banditi" (v. accordo del 12/7/2007)**, a nulla rilevando il diniego di autorizzazione (che nella fattispecie concreta non si atteggia come atto "ampiamente discrezionale" volto a decidere "quanti" e "quali" posti coprire, ma solo come un atto di controllo della legittimità della **scelta già effettuata dalla P.A.**, che in quanto tale è vincolato solo al rispetto della normativa vigente al momento in cui la scelta è effettuata, e non è e non può essere condizionato da una normativa sopravvenuta).

Correttamente, pertanto, molti Tribunali e Corti di Appello hanno ritenuto che il MIBACT **si fosse già "vincolato"**, sia nei bandi sia con la stipula dell'accordo del 12 luglio 2007, e dunque non residuava più nel Ministero alcuna "discrezionalità" nel decidere se effettuare o meno in seguito lo scorrimento, rispetto ai "posti ulteriori banditi" ovvero qualora "si fossero liberati i posti di cui ai bandi".

9) In effetti, **leggendo i bandi per cui è causa (doc. 8 all al ricorso) e il presupposto accordo sindacale (doc. 6 all al ricorso), si vede che il Ministero non si è limitato ad indicare la mera "possibilità" che, durante la vigenza delle graduatorie, si facesse luogo alla "copertura dei posti" vacanti utilizzando le graduatorie rimaste valide ed efficaci.** In tale ultima ipotesi, infatti, non essendo ancora sorto alcun obbligo in capo all'amministrazione e il correlato diritto in capo agli idonei, ma solo una posizione di "interesse legittimo", ben avrebbero ragione il TAR e il Consiglio di Stato quando affermano l'immediata "cogenza" delle norme



sopravvenute rispetto al bando. E in questo tale orientamento è condiviso anche dalla Suprema Corte di Cassazione (v. le sentenze succitate). **Il Ministero, al contrario, indica già nei bandi, in termini di “certezza”, la propria volontà di attingere alle graduatorie per coprire i posti di area III non ancora autorizzati, così come in termini di “certezza” aveva già espresso, nell’accordo con i sindacati del 12.07.2007, la propria volontà di coprire, anche indipendentemente dall’ampliamento dei posti autorizzati, i posti “banditi” che sarebbero diventati “vacanti in seguito durante il periodo di vigenza delle graduatorie”** (cfr. doc. 6, “*Art. 2. Fatte salve le disposizioni normative vigenti, le graduatorie relative ai passaggi tra le aree rimarranno valide sino a nuovi bandi. Nel rispetto delle disposizioni di cui all’art. 15, comma 2, del CCNL 1998-2001 citato nelle premesse, gli idonei verranno inquadrati per effetto dello scorrimento 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*”). L’uso del verbo indicativo, la specifica previsione di una cadenza “periodica” dello scorrimento, ecc, sono tutti argomenti da cui desumere il carattere “decisionale” di quanto contenuto sul punto nell’accordo! (v anche Tribunale di Rovigo, sentenza del 15.06.2018, ed altre sentenze ancora) Nè può asserirsi che l’inciso iniziale – contenuto in detto accordo - “*Fatte salve le disposizioni normative vigenti*” abbia, addirittura, il significato di alludere ad un “rinvio evolutivo” **alla legge che ancora non c’era!!!!** Come correttamente rilevato dalla **Corte di appello di Genova nella sentenza n. 444 del 2019**, il significato di tale inciso va colto se lo si collega alla seconda parte “*le graduatorie relative ai passaggi tra le aree rimarranno valide sino a nuovi bandi*”. In altri termini, le parti nel suddetto accordo hanno inteso semplicemente dire che le graduatorie restavano valide “fino a nuovi bandi”, ovviamente “fatte salve le disposizioni normative vigenti”, e cioè il fatto che vi è un “limite di legge” alla perdurante vigenza delle graduatorie (limite normativo che da 18 mesi al momento dell’accordo di luglio 2007 è stato elevato poi a 3 anni con la legge di dicembre del 2007). Anzi, proprio la circostanza che le graduatorie restassero valide “fino a nuovi bandi”, dovrebbe indurre a ritenere che ivi si fosse appunto predicata la “ultra-vigenza” delle stesse, dal momento che, di fatto, tali “nuovi bandi” di “concorso per passaggio di area” non erano



mai stati emanati! Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal ministero, proprio la “**perdurante vigenza**” delle suddette graduatorie “**fino a nuovi bandi**” costituisce l’espressione della volontà di effettuare lo “scorrimento” delle graduatorie non già solo per coprire “inizialmente” i “posti banditi”, nel caso in cui già prima dell’inquadramento i vincitori, per qualsiasi causa, avessero cessato dal servizio (in simili ipotesi, infatti, non ha senso neppure parlare “tecnicamente” di “scorrimento”, essendo tale fenomeno ancora rientrante nella “copertura originaria” dei “posti banditi”), ma bensì per coprire i posti “divenuti vacanti in seguito”, cioè quelli liberati dopo che i vincitori li avevano coperti per un certo lasso di tempo! Sembra, peraltro, condivisibile quanto ritenuto dalla Corte genovese (**sentenza del 11.06.2019 n. 246**), secondo cui agganciare il diritto allo “scorrimento” delle graduatorie da parte degli idonei al solo caso in cui i “vincitori” per qualsiasi motivo avessero abbandonato il posto prima di assumerlo (v. tale interpretazione restrittiva dell’accordo del 12 luglio 2007 offerta da parte resistente), “*avrebbe una sua logica solo se [tale lettura] fosse stata limitata al periodo precedente alla effettiva assunzione del vincitore nel posto messo a concorso (cosa che non è stata)*”. In altri termini, se la graduatoria è rimasta vigente anche dopo l’inquadramento dei primi vincitori (e ciò è un dato che emerge in modo lapalissiano dalla interpretazione letterale del succitato accordo del 2007, che parla di “ulteriore vigenza”), considerato che i suddetti vincitori erano dipendenti già in servizio da svariati anni presso l’amministrazione, e molti di essi hanno quindi in seguito maturato l’età per il pensionamento, è assolutamente verosimile che, come allegato nel ricorso, nel corso della ulteriore vigenza della graduatoria, molti vincitori, vista l’età, siano poi andati in pensione lasciando così libero il proprio posto. E comunque, come si dirà anche nel motivo successivo, **era onere del ministero convenuto dimostrare in giudizio, cosa che non ha fatto, che i posti “divenuti vacanti” nei suddetti profili - ulteriori rispetto ai posti vacanti banditi ma in attesa di autorizzazione per essere coperti - fossero posti “diversi” da quelli “lasciati liberi” dai “primi vincitori”.**

E poiché, allora, indipendentemente dall’autorizzazione ad ampliare i posti banditi, gli idonei utilmente collocati nelle graduatorie, una volta successivamente **divenuti vacanti i posti banditi, hanno lo status di “vincitori”, per effetto della decisione già assunta dall’ente**



banditore, ne deriva che per coerenza concettuale e perfetta simmetria, come appunto previsto dalle stesse circolari, poiché la riforma Brunetta non preclude la copertura dei posti per i **vincitori** delle progressioni interne bandite anteriormente a tale legge, quindi come non preclude la copertura dei 460 posti banditi e autorizzati nel 2007, altrettanto non doveva precludere la copertura dei medesimi posti (banditi e autorizzati nel 2007) **divenuti vacanti** in seguito **nel triennio di vigenza**.

Ancora, non ha senso neanche l'ulteriore argomento, svolto dal convenuto, secondo cui *"...anche leggendo il **secondo comma dell'articolo 2 dell'Accordo allegato** non si rinviene alcun obbligo dell'Amministrazione. Il comma 2, infatti, subordina l'eventuale scorrimento dei posti al rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 15, comma 2, del CCNL 1998/2001: ('I passaggi di cui alle lettere A (passaggi tra le aree) e B (passaggi all'interno dell'area) avvengono nei limiti della dotazione organica e dei contingenti in essa previsti, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno del personale per le assunzioni dall'esterno in base alle vigenti disposizioni e con le medesime regole di cui all'articolo 6 del d.lgs. 29/1993..."*.

Ed invero, si ricorda che il citato accordo aveva già a suo presupposto la determinazione della "dotazione organica" di cui all'area C e dei "contingenti in essa previsti", quali individuati nel DPCM del 2005 di cui si è detto in ricorso, con la conseguenza che **il suddetto accordo era proprio in linea con i presupposti dotazionali anzidetti**.

Conclusivamente, sul tenore e sulla portata e gli effetti vincolanti del suddetto accordo, bene ha chiarito la **Corte di appello di Genova** nella **sentenza n. 444 del 18.02.2019** che: *"...Nel caso di specie sia nel bando che nel presupposto accordo sindacale non viene prospettata una mera possibilità che, durante la vigenza delle graduatorie, si potesse far luogo alla 'copertura dei posti' vacanti utilizzando le graduatorie rimaste valide ed efficaci, **ma viene espressa in modo inequivoco la volontà del Ministero di attingere alle graduatorie per coprire i posti di area III non ancora autorizzati, e di coprire, indipendentemente dall'ampliamento dei posti autorizzati, i posti banditi che sarebbero diventati vacanti in seguito durante il periodo di vigenza delle graduatorie...**"*.



10) Nel triennio di vigenza delle graduatorie (2010-2012, 2012-2015), come detto nel ricorso, residuavano, quindi, ancora **sia i posti banditi e non ancora autorizzati sia ulteriori posti**, nell'ambito di quelli **banditi e autorizzati**, divenuti **in seguito vacanti per cessazioni, mobilità, ecc.**, con la conseguenza che **la domanda dei ricorrenti (tutti), se non vi fosse stato il parere negativo della Funzione Pubblica, sarebbe certamente stata soddisfatta** (nello stesso senso, v. Tribunale di Parma, sentenza del 24.05.2018, Tribunale di Bologna, sentenza del 08.11.2018). E poiché il MIBACT aveva espresso la volontà, sia nell'accordo del 2007, sia nelle richieste successive inoltrate alla funzione pubblica, di poter colmare tali vacanze utilizzando le graduatorie ancora vigenti, è evidente, pertanto, che sussistono tutti i presupposti per decretarsi il diritto all'inquadramento dei ricorrenti.

Da ultimo, all'udienza del 31.05.2018 si è informato il giudice che, il Direttore Generale del Mibact, con **lettera del 5 marzo 2018**, aveva inoltrato nuovamente, come già fatto nel 2012 e nel 2016, l'ennesima richiesta di poter effettuare lo scorrimento delle dette graduatorie. Si riportano i passaggi salienti di tale lettera (v. documento prodotto all'udienza del 31.05.2018: “...*Una visione così di dettaglio ha rilevato una **cronicizzata carenza organica**, pari a livello nazionale al 31 dicembre 2017 a circa **1.500 unità per la III area**...La possibilità di attingere quindi alle graduatorie degli idonei, tenuto conto della **piena capienza finanziaria a carico delle facoltà assunzionali al momento a disposizione di questa Amministrazione**, consentirebbe di ridurre le criticità sopra esposte, considerati, anche e non in ultimo, **l'investimento in termini di formazione, propedeutica all'espletamento della progressione, e le aspettative dei dipendenti stessi, il cui senso di appartenenza e di rispetto per le istituzioni, nonché le competenze acquisite hanno dato valore e sostegno al processo di riforma sin qui maturato...questa Amministrazione riterrebbe opportuno...avvalersi del personale risultato idoneo nella procedura de qua, tra l'altro già formatosi a seguito dei processi di riqualificazione...***”.

La suddetta lettera (formulata ancora una volta come “richiesta di parere”, visti i precedenti dinieghi da parte dei medesimi interlocutori, ma sostanzialmente espressione di una “volontà di scorrimento”)



conferma, una volta di più, l'**impellente bisogno** del ministero di **attingere alle suddette graduatorie**, costituite da personale altamente formato e competente, e conferma che detta decisione è risalente nel tempo, essendo legata ai bandi di riqualificazione del 2007.

11) Inoltre, come già detto nel ricorso in primo grado, anche nell'ambito della stessa giurisprudenza amministrativa **vi è stato contrasto di pronunce** fra il TAR Lazio, sentenza n. 6309 del 04.05.2015, TAR Lazio, sentenza n. 7514 del 14.07.2014, Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 1061 del 05.03.2014 (tutte **favorevoli alla tesi di parte ricorrente**) e le successive sentenze del TAR e del Consiglio di Stato, che invece propugnano l'interpretazione avversaria. Pertanto - oltre al fatto che le suddette sentenze di orientamento negativo non affrontano il tema dello scorrimento in rapporto al diritto già sorto in capo agli idonei per effetto del bando o di un atto amministrativo od accordo sindacale già adottato, ma bensì in rapporto alla "richiesta di scorrimento dopo il 1.1.2010" -, l'esistenza di orientamenti difformi in capo alla stessa giustizia amministrativa non impone al giudice di seguire l'orientamento negativo, anziché quello positivo (**quest'ultimo supportato dalla giurisprudenza ordinaria e della suprema corte di cassazione**, sensibili al riconoscimento dei "diritti soggettivi" sorti per effetto dei bandi).

Si è già detto, inoltre, che, sia la Suprema Corte di Cassazione sia il Consiglio di Stato, hanno sostanzialmente incluso anche i concorsi interni di particolare rilievo qualitativo – in particolare quelli per l'accesso alla dirigenza e le "progressioni di area" per cui è causa - **nell'ambito del concetto di "pubblico concorso"** (cfr., come si è detto, **Cass. civ., S.U., sent. n. 8985 del 11.04.2018**, secondo cui tali concorsi interamente riservati al personale, oltre a trovare fondamento "nella legge" e "nei contratti collettivi", **erano giustificati dal principio di "buon andamento" ex art. 97 Cost., al fine di acquisire la professionalità ed esperienza maturata dal personale già in servizio**).

Pertanto, come correttamente ritenuto fino ad oggi da **18 Tribunali e 5 Corti di Appello**, non solo le graduatorie per cui è causa avevano **validità triennale**, ma le stesse sono state **oggetto di proroga** da parte dei diversi interventi legislativi succedutisi negli anni, fino ad oggi. Nello stesso senso, peraltro, si è espressa la **Corte di Appello di**



Roma, sentenza n. 4973 del 08.01.2018, che afferma: “...diversamente da quanto ritenuto (dall’ente convenuto) ***l’espressa previsione normativa di proroga delle graduatorie ha una valenza onnicomprensiva non potendo essere escluse quelle relative alle procedure concorsuali riservate ai dipendenti dell’amministrazione...***”; nello stesso senso, v. anche Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 18.02.2019.

12) Alla stregua delle suddette argomentazioni, moltissimi Tribunali e Corti di Appello hanno accolto identici ricorsi: v. Tribunale di Chieti, sentenza n. 160 del 03.05.2018; Tribunale di Parma, sentenza n. 117 del 24.05.2018; Tribunale di Venezia, sentenza n. 336 del 30.05.2018; Tribunale di Rovigo, sentenza n. 174 del 15.06.2018; Tribunale di Padova, sentenza n. 350 del 19.06.2018; Tribunale di Trento, sentenza n. 147 del 27.06.2018; Tribunale di La Spezia, sentenza n. 209 del 28.06.2018; Tribunale di L’Aquila, sentenza n. 134 del 14.08.2018; Tribunale di Bologna, sentenza n. 705 del 08.11.2018; Tribunale di Torre Annunziata, sentenza n. 2288 del 28.11.2018; Tribunale di Teramo, sentenza n. 899 del 04.12.2018; Tribunale di Siena, sentenza n. 362 del 21.12.2018; Tribunale di Avellino, sentenza n. 250 del 09.04.2019; Tribunale di Enna, sentenza n. 216 del 24.04.2019; Tribunale di Terni, sentenza n. 200 del 09.05.2019 (All. 2); Tribunale di Genova, sentenza n. 647 del 02.07.2019 (All. 3); Tribunale di Oristano, sentenza n. 231 del 03.07.2019 (All. 4); Tribunale di Lamezia Terme, sentenza n. 408 del 04.07.2019 (All. 5); Corte di Appello di Trento, sentenza n. 39 del 02.05.2019 (All. 6), Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 460 del 28.05.2019 (All. 7); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 246 del 11.06.2019 (All. 8).

Particolarmente acuta è la motivazione contenuta nella **sentenza del Tribunale di Genova n. 647 del 02.07.2019**, che afferma: “*Dunque, appare evidente che l’Amministrazione, attraverso i citati atti, poi ripresi dai bandi, si è privata di ogni discrezionale facoltà di provvedere o meno all’inquadramento dei ‘potenziali vincitori’ e degli ‘idonei’ nella superiore p.e. Cl. L’Amministrazione, in altri termini, non ha previsto solo la possibilità di attingere alle graduatorie, mediante ‘scorrimento’, ma ha assunto un preciso*



*impegno in tal senso, nel primo caso solo ‘posticipando’ l’inquadramento al momento dell’autorizzazione, nell’altro subordinandolo al verificarsi della vacanza. Deve ritenersi pertanto integrata una situazione, di cui alla richiamata giurisprudenza di legittimità (v. Cass. ord. n. 3332/2018), in virtù della quale la generale discrezionalità della P.A. viene meno, a seguito della contrattazione collettiva e/o del bando, configurandosi un vero e proprio obbligo all’assunzione...”. In un altro passaggio, osserva il Tribunale di Genova che: “Occorre avere riguardo, al fine di stabilire il discrimine temporale per l’applicazione della disciplina del d.lgs. 150/2009 - secondo la tesi qui condivisa, di cui a diversi precedenti giurisprudenziali invocati dai ricorrenti e, di recente, alla sentenza Corte Appello Genova, 17.5.2019, Rossi - alla data in cui l’Amministrazione ha deciso di mettere a concorso i posti vacanti, divenuti così anche ‘disponibili’. Tale ricostruzione non pare porsi in contrasto con la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.2.2018, 1188, invocata dal convenuto (p. 17 note del 3.5.2019), nella quale, in effetti, si precisa che ‘non rileva che il “concorso interno” sia stato bandito e/o si sia svolto antecedentemente al 1° gennaio 2010, poiché ciò che rileva - e rende dunque applicabili (senza alcuna “retroattività”) gli artt. 24 e 62 d. lgs. n. 150/2009 - è il momento in cui si evidenzia l’esigenza di copertura dei posti e, dunque, quello della decisione della Pubblica Amministrazione di procedervi’; **decisione che, nella specie, come detto, deve farsi risalire a data anteriore a quella di entrata in vigore della c.d. Riforma Brunetta (quanto meno al 2007)...”.***

13) Inoltre, contrariamente a quanto ritenuto dal Ministero convenuto e in alcune sentenze ad esso favorevoli, e come invece riconosciuto da molte corti territoriali e in molti precedenti dei giudici di merito, non conta neppure la circostanza che le graduatorie per cui è causa siano state “approvate” successivamente al 01.01.2010, e cioè in piena vigenza della legge Brunetta. Infatti, **l’“approvazione” delle graduatorie costituisce mero atto di “ricognizione” ed “integrazione di efficacia” di quanto è però già statuito nei bandi di concorso**, con la conseguenza che non solo i concorsi in sé, ma anche il successivo “utilizzo delle



graduatorie” debbono restare regolati dalla legge generale vigente al momento di indizione dei bandi e dalla speciale disciplina contenuta nei bandi stessi, non potendo essere diversamente regolati in base ad una legge generale intervenuta in seguito, salvo che non sia la legge medesima a stabilire una sua qualche applicazione retroattiva (conformi: Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 30 del 2019, cit., Corte di Appello di Trento, sentenza n. 39 del 2019, cit.).

4) Violazione e falsa applicazione, da parte del ministero convenuto, dell’art. 2697 c.c., nonché dell’art. 115 c.p.c. Corretta applicazione dei suddetti principi nelle sentenze favorevoli ai ricorrenti.

La ulteriore questione affrontata dal Ministero, relativa alla necessità di “differenziare” la posizione di molti ricorrenti rispetto a quella di coloro che, effettivamente, si sono piazzati “nell’ambito dei posti complessivamente banditi”, è infondata, così come è “inammissibile” l’eccezione, contenuta per la prima volta nelle note autorizzate, secondo la quale *“nel pretendere lo scorrimento in forza del valore dell’accordo in questione – l’accordo del 12.07.2007 - i ricorrenti avrebbero dovuto, in ogni caso, dimostrare che uno dei suddetti 460 posti ottenuti dai vincitori fosse divenuto medio tempore disponibile, ossia che uno dei posti ottenuti dai vincitori nei rispettivi profili regionali fossero intanto rimasti scoperti”*.

Vediamo perché entrambe le suddette eccezioni sono infondate.

Ed invero, in base alle norme sull’onere della prova (**art. 2697 c.c.**), spetta certamente alla “parte ricorrente” allegare e provare i “fatti” che sono alla base del diritto fatto valere; ma se questo è vero è, altresì, vero che a “parte resistente” spetta allegare e provare i fatti che sono “eccezioni” ai fatti dedotti dai ricorrenti. Inoltre, in base all’**art. 115 cpc**, *“Il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero **nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita**. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”*.



Orbene, nella memoria difensiva del 21.05.2018, ma anche e perfino nelle più recenti note difensive autorizzate, il ministero convenuto non ha censurato le allegazioni attoree, indicando le ragioni per le quali esse sono fallaci e inattendibili. Infatti, il ministero si limita, genericamente, solo ad evidenziare che, all'infuori di 16 ricorrenti, gli altri ricorrenti si sono collocati nelle rispettive graduatorie dei diversi profili professionali ben "oltre i posti complessivamente banditi", ma esso nulla deduce in merito alla natura e provenienza di quegli "ulteriori posti vacanti", quali indicati nell'atto di ricorso, pretesi dai suddetti ricorrenti, e non offre alcuna prova in ordine al fatto che codesti ricorrenti (collocatisi appunto "oltre i posti complessivamente banditi") vi potessero oppure no rientrare! Quindi, non è "parte ricorrente" che "NON HA PROVATO IL SUO DIRITTO", ma, piuttosto, è il resistente ministero che, **violando le regole processuali sulla tempestività delle deduzioni ed eccezioni (ex. art. 416 cpc)**, è incorso in un difetto di "controallegazione e prova contraria"!

Ed invero, il Mibact si è limitato – peraltro solo nelle note conclusive - ad eccepire che la posizione in graduatoria di 38 ricorrenti sul totale di 54, vede questi ricorrenti collocati "oltre i posti complessivamente banditi" (compresi cioè quelli "non autorizzati"), ma esso nulla ha eccepito in ordine alla diversa circostanza – dedotta nel ricorso da codesti ricorrenti - che, nell'ambito dei "posti banditi e autorizzati", e nel corso del tempo, e cioè fra la data di approvazione delle graduatorie (29.07.2010 e 20.12.2012) e la data ultima di scadenza delle medesime (28.07.2013 e 19.12.2015, ovvero la data prorogata del 31.12.2017), si fosse effettivamente verificato un "numero" di "scoperture di posti banditi" tale da poter scorrere le graduatorie fino ad arrivare alla posizione dei ricorrenti medesimi. Deve, perciò, ritenersi ormai provato, **ex art. 115 cpc**, che vi è un numero di posti vacanti in area III, "nell'ambito dei posti banditi", oltre cioè i posti vacanti riservati al 50% al concorso pubblico esterno, tale da soddisfare la domanda dei ricorrenti (in tal senso, v. pure **Corte di Appello di Genova, sentenza del 11.06.2019; Tribunale di Rovigo, sentenza del 15.06.2018**). E poiché il MIBACT aveva espresso la sua volontà, sia nell'accordo del 2007, sia nelle richieste successive inoltrate alla funzione pubblica, di poter colmare tali vacanze utilizzando le graduatorie ancora vigenti, è evidente,



pertanto, che sussistono i presupposti per decretarsi il diritto all'inquadramento di tutti i ricorrenti.

Nè l'odierno Collegio giudicante potrà mai dubitare che i ricorrenti, nel presente giudizio, abbiano effettivamente fornito prove sufficienti sulla possibilità di rientrare, vista la propria collocazione in graduatoria, **nel numero di posti banditi “successivamente divenuti vacanti”**. In realtà, leggendo il contenuto del ricorso e i documenti ad esso allegati (cfr. doc. 18), nonché i successivi documenti prodotti in udienza (e nelle note autorizzate), tale dubbio si appalesa infondato in quanto, i ricorrenti hanno in realtà offerto “elementi di prova” per ritenere, effettivamente, verificatasi la suddetta “sopravvenuta vacanza di posti banditi”; si tratta, certo, quella fornita dai ricorrenti, di una prova “generica” (o “presuntiva”) e non “specificata” in quanto, in base al principio di “vicinanza della prova”, **la suddetta “prova specifica” non può essere nella “disponibilità” delle parti ricorrenti**: v., sul punto, le giuste affermazioni della Corte di appello di Genova, sentenza n. 246 del 11.06.2019, cit., secondo cui, in base all'onere della prova e alla corretta ripartizione di esso fra parte ricorrente e parte convenuta, tale prova (c.d. “negativa di resistenza”) spettava proprio al ministero convenuto, che però nulla ha eccepito!!

Gli elementi di prova offerti dai ricorrenti sono i seguenti: 1) la dotazione organica di area III del Mibact, sulla base della quale furono poi banditi i suddetti concorsi riservati ai dipendenti dell'amministrazione, era stata determinata già con dpcm del 2005, e vedeva allora “vacanti” un numero “doppio” (1840) di “posti” rispetto a quelli poi “complessivamente banditi” (920) nel 2007 con tali procedure riservate (in quanto il 50% dei posti era appunto riservato agli interni con tali procedure, il restante 50% era da destinare a concorso pubblico aperto agli esterni). Una volta approvate le graduatorie dei suddetti concorsi interni, a sua volta la metà dei posti complessivamente banditi, cioè i 460 posti “già autorizzati”, furono coperti. Allo stesso modo, furono coperti, tramite concorsi aperti all'esterno, i posti vacanti rientranti nel 50 per cento delle complessive carenze di organico di area terza. 2) Nei trienni di vigenza delle graduatorie dei concorsi interni (luglio 2010-luglio 2013, dicembre 2012-dicembre 2015), a fronte di una “dotazione organica” via via “ridottasi” rispetto a quella del 2005 (da ultimo quella di cui al dpcm



del 2014), residuava un numero di “posti vacanti” di gran lunga superiore ai “posti ulteriori banditi” con le procedure riservate ma non ancora coperti, in quanto non autorizzati. Pertanto, al netto dei posti ulteriori non coperti perché non autorizzati, i residui posti vacanti non potevano che essere “posti già coperti”, divenuti in seguito “vacanti” per “pensionamenti”, “trasferimenti” ed altre vicende del personale “già inquadrato”. 3) Tali posti, pertanto, dovevano ritenersi in parte riconducibili a quei 460 posti banditi e coperti, che si erano successivamente resi vacanti. 4) Il diritto a occupare i posti divenuti vacanti non era limitato solo ai posti rimasti vacanti nella propria regione, essendo esteso anche, ai sensi dell’art. 7, comma 2, del bando di concorso, ai posti vacanti in altre regioni, cioè a livello nazionale. Pertanto, il “bacino di riferimento” era costituito, per tutti i profili professionali, **da tutti i posti banditi e coperti, a livello nazionale, nei suddetti profili**, con la conseguenza che, fino a concorrenza dei suddetti posti, rispetto ai posti divenuti in seguito vacanti nei diversi profili, i ricorrenti potevano aspirare ad occuparli.

A fronte di tale allegazione e prova, il MIBACT, pur potendolo fare, non ha dedotto che i suddetti “posti vacanti” fossero “posti diversi” da quelli già assegnati ai primi “460 vincitori”! Orbene, il Tribunale non è un “detective” cui spetti, in mancanza di qualsiasi eccezione da parte del soggetto che potrebbe facilmente farlo, “indagare” se, in effetti, i suddetti posti siano quelli “lasciati liberi” dai primi 460 “vincitori”, oppure “posti diversi”. Pertanto, non potrà che ritenere **ormai pacifico, perché del tutto “incontestato” (ex art 115 cpc)**, che i suddetti posti vacanti, ulteriori rispetto a quelli ancora da assegnare ai 460 successivi vincitori, sono posti **rientranti in quelli “autorizzati e banditi” (460) e poi “lasciati liberi”**, per i quali, pertanto, opera l’accordo sindacale sul “*turn over*” del 12 luglio 2007.

Ma anche a prescindere da ciò, non può non rilevare la circostanza, documentata già dalla **lettera del 13 novembre 2012**, e da ultimo dalla **lettera del 5 marzo 2018**, che il MIBACT volesse comunque attingere alle suddette graduatorie per **“COPRIRE TUTTI I POSTI VACANTI NELLA DOTAZIONE ORGANICA DI AREA III”** (v. lettera del 13 nov. 2012 cit), e per **“SCORRERE INTEGRALMENTE LE**



GRADUATORIE STESSE” (v. lettera del 5 mar. 2018 cit., che afferma: “...Una visione così di dettaglio ha rilevato una **cronicizzata carenza organica, pari a livello nazionale al 31 dicembre 2017 a circa 1.500 unità per la III area...La possibilità di attingere quindi alle graduatorie degli idonei, tenuto conto della piena capienza finanziaria a carico delle facoltà assunzionali al momento a disposizione di questa Amministrazione.....questa Amministrazione riterrebbe opportuno...avvalersi del personale risultato idoneo nella procedura de qua, tra l’altro già formatosi a seguito dei processi di riqualificazione...”): di talchè il ministero ha comunque manifestato l’intenzione di coprire tutti i suddetti posti e quindi, fra questi, anche quelli che potevano spettare ai ricorrenti, anche qualora essi fossero, in ipotesi, “posti diversi” da quelli “banditi e lasciati liberi dai vincitori”! E tanto basta, allora, per riconoscere il diritto dei ricorrenti ad essere inquadrati!!!**

A ulteriore conferma della allegazione contenuta nel ricorso, ed invero mai contraddetta dal ministero, circa la avvenuta “scopertura”, durante i trienni di vigenza delle graduatorie, di un numero di “posti banditi”, tale da soddisfare integralmente la domanda dei ricorrenti, **nelle note autorizzate in primo grado** si rappresentava ulteriormente quanto segue:

1) sulla base del DPCM 29.08.2014 n. 171 e dell’allegata Tabella B, che ha fissato, riducendolo, il contingente dei posti di area terza del ministero nel complessivo numero di 5.457 unità, è stato poi emanato il decreto ministeriale 19 settembre 2016, recante “*Ripartizione delle dotazioni organiche del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo*”, contenente la ripartizione dei posti di cui alla dotazione organica complessiva nell’ambito sia delle varie Regioni che, all’interno di ogni regione, nell’ambito dei vari “profili professionali” e “uffici”. Tale ripartizione è rimasta sostanzialmente inalterata anche con il successivo decreto ministeriale 15 maggio 2017. Sulla base di tale ultima ripartizione, e in occasione di una mobilità interna, il MIBACT ha reso evidenti le proprie “carenze di posti”, in ciascuna Regione e nei vari profili professionali e per i vari uffici: v. **Tabella B** allegata al decreto direttoriale di mobilità interna del 26.06.2017. Da tale Tabella risulta che, ancora a **giugno 2017**, nella sola regione **Toscana**, erano **vacanti in terza area**: nel profilo di **Architetto n. 26**



posti (a fronte di n. 2 ricorrenti idonei), nel profilo di Archivistato di Stato n. 34 posti (a fronte di n. 5 ricorrenti idonei), nel profilo di Funzionario Bibliotecario n. 29 posti (a fronte di n. 14 ricorrenti idonei), nel profilo di Funzionario Tecnologie (ex Capo tecnico) n. 12 posti (a fronte di n. 6 ricorrenti idonei), nel profilo di Esperto in comunicazione (ora promozione) n. 5 posti (a fronte di n. 2 ricorrenti idonei), nel profilo di Funzionario Informatico n. 5 posti (a fronte di 1 ricorrente idoneo), nel profilo di Funzionario Amministrativo ed economico finanziario n. 23 posti (a fronte di n. 4 ricorrenti idonei), nel profilo di Restauratore Conservatore n. 40 posti (a fronte di n. 15 ricorrenti idonei), nel profilo di Storico dell'arte n. 14 posti (a fronte di n. 5 ricorrenti idonei) (v. all. 24 note autorizzate, pag. 33-38, dove vengono contrassegnati con un “-” tutti i posti rimasti vacanti nei suddetti profili e presso i vari uffici della regione).

2) Nonostante il MIBACT avesse assunto i vincitori del concorso pubblico bandito nel 2016, restavano enormi carenze di organico in area III se è vero che, ancora nel 2017, su 5.457 posti di area III, risultavano coperti solo 4.189 posti, con un residuo di **posti vacanti** pari a **1.268**. Il numero di posti vacanti, pertanto, come indicato nel ricorso, e come provato dai documenti fino ad oggi prodotti, è tale da soddisfare la domanda **di tutti i ricorrenti**, che hanno parimenti diritto a coprirli, essendosi verificata, per tutti, la condizione per lo “scorrimento” di cui al succitato accordo del 12 luglio 2007! .

3) Con una importante precisazione. Come già detto nel ricorso, il diritto ad occupare i posti divenuti vacanti nei diversi profili, non deve essere limitato solo ai posti vacanti nella propria regione (Toscana). Infatti, ai sensi dell'art. 7, comma 2, dei vari Bandi di concorso (cfr. doc. 8 all al ricorso), *“L'Amministrazione, in caso di esaurimento di una graduatoria regionale senza che i relativi posti siano stati completamente coperti, procede alla formazione di una graduatoria unica nazionale...”*. In detta **graduatoria unica nazionale** convergono gli idonei collocati in tutte le graduatorie regionali, rispettando il punteggio da ognuno riportato. Così è stato relativamente all'inquadramento dei primi vincitori, per alcuni profili professionali, come detto in ricorso. Con la conseguenza che, se dopo l'assunzione dei primi vincitori ci fosse stato lo “scorrimento delle graduatorie”,



anche ai fini dello scorrimento, in caso di esaurimento di una o più graduatorie regionali di merito, tutti gli idonei collocati nelle proprie graduatorie regionali di merito avrebbero concorso nella formazione di una “graduatoria unica”, potendo occupare posti vacanti “a livello nazionale” secondo l’ordine di precedenza risultante da detta “graduatoria unica” (in tal senso, v. **Corte di Appello di Trento, sentenza del 02.05.2019, Corte di Appello di Genova, sentenza del 11.06.2019**). Questo per dire che, per alcuni profili professionali in cui vi sono più idonei che posti vacanti nella singola regione, bisogna guardare i dati “a livello nazionale”, potendo i suddetti idonei aspirare a posti vacanti in altre regioni, dove invece il numero degli idonei è, al contrario, inferiore al numero di posti vacanti da occupare. Ed invero, i corsi-concorsi indetti dal MIBACT nel 2007, erano “nazionali”, non “regionali”, contrariamente a quanto potrebbe sembrare: i bandi sono “unici” per “ciascun profilo”, e solo la ripartizione di posti è avvenuta “su base regionale”. Orbene, dalla suindicata Tabella risulta che, ancora a **giugno 2017, erano vacanti in terza area a livello nazionale nel profilo, ad esempio, di Funzionario Amministrativo ed economico-finanziario n. 355 posti** (numero così determinato sommando, per ciascuna regione, i posti vacanti nel suddetto profilo e contrassegnati con un “meno”). Di questi 355 posti ancora vacanti, si ricorda che 90 sono appunto i posti ulteriori banditi a livello nazionale con il bando del 2007 e non ancora autorizzati (181 – 91 autorizzati: v. bando per funzionario amministrativo al doc. 8 all al ricorso). Al netto dei 90 posti riservati agli ulteriori vincitori e per i quali era stata chiesta l’autorizzazione agli organi statali di controllo, restavano, quindi, **265 posti ancora vacanti**, da ripartire fra tutte le regioni d’Italia. Nel 2018, sulla base di n. 2 richieste già effettuate nel 2017, il Ministero ha infine utilizzato la **graduatoria del concorso pubblico c.d. “RIPAM-Coesione”, per immettere n. 116 funzionari amministrativi od economico-finanziari nei posti vacanti** (v. **all. 25 alle note aut.**: documento ammissibile perché successivo al ricorso). Quindi, anche al netto dei posti occupati nel 2018 tramite la “graduatoria RIPAM”, cioè utilizzando le **graduatorie di altri Enti**, restavano ancora **149 posti vacanti**, che sono certamente posti di area III profilo di Funzionario amministrativo **precedentemente occupati** (sono diversi ed ulteriori rispetto ai 90 posti residui dei vincitori del concorso interno, già scomputati) e **poi divenuti vacanti già durante**



il triennio di vigenza della graduatoria (dic 2012-dic. 2015), e comunque **entro il 31 dicembre 2017**. Pertanto, essendosi verificata la condizione della “sopravvenuta vacanza”, per effetto del “*turn over*”, dei posti “nel profilo bandito nel 2007”, ed essendo tali posti, a livello nazionale, in numero ben superiore al numero e alla specifica posizione dei ricorrenti collocati nella propria graduatoria regionale, è evidente che i ricorrenti anche sotto tale aspetto hanno diritto ad occupare parte dei suddetti posti vacanti. Ed anzi, la circostanza che, nell’anno 2018, **116 posti vacanti** (sul totale originario di 355 posti vacanti nel 2017) sono stati coperti **con lo scorrimento delle suddette graduatorie di altri enti**, nonostante il ministero avesse già a disposizione (dal 20 dicembre 2012) una “propria graduatoria” per “funzionario amministrativo” (quella per cui è causa), non è una circostanza di poco conto. Ai sensi, infatti, della vigente normativa, le amministrazioni pubbliche possono utilizzare le graduatorie di “altri enti”, **ove non abbiano “proprie graduatorie vigenti”**. Come si evidenzia nella nota del 23 febbraio 2017 prot. n. 5270, inoltrata dal ministero ai diversi soggetti ivi menzionati (v. sempre in all. 25 alle note aut.), il ministero ha dichiarato di voler attingere alla suddetta graduatoria del concorso “*Ripam-Coesione*” in quanto non fornito, per il profilo di “funzionario amministrativo”, di una propria graduatoria vigente!!! Ciò è completamente falso, se si considera che esistevano ed esistono le graduatorie regionali di “funzionario amministrativo” che derivano dal bando del corso-concorso del 2007, con ancora tantissimi idonei che, peraltro, sono i “più qualificati” per essere inquadrati nel profilo superiore (oltre ad essere idonei, infatti, hanno già svolto le funzioni superiori per il ministero convenuto). L’inquadramento di 116 idonei di “altre graduatorie”, umilia e mortifica gli odierni ricorrenti, e al tempo stesso evidenzia, una volta di più, la volontà dell’amministrazione di coprire i posti vacanti nel suddetto profilo. Pertanto, anche da questo punto di vista non può non dirsi fondata l’odierna domanda di “risarcimento in forma specifica”, consistente per l’appunto nell’essere inquadrati nei suddetti posti vacanti.

5. Sugli effetti della legge di stabilità per il 2019.

Per completezza di informazione, si riconosce che alcuni degli odierni appellanti, cioè coloro che occupavano in graduatoria i “posti banditi”



ma “non autorizzati”, oggi hanno ottenuto l’inquadramento in area terza, nel profilo da ciascuno di essi rivendicato, con effetti giuridici ed economici che però decorrono dal 15 luglio c.a. (2019). Ciò è avvenuto per effetto della legge di bilancio per il 2019 (art. 1, comma 342), che ha previsto l’autorizzazione per la copertura dei 460 posti ulteriori banditi nel 2007, per i quali la suddetta autorizzazione era stata fino ad oggi negata.

Orbene, tale circostanza nè priva di fondamento giuridico l’odierno giudizio, né fa venir meno l’interesse all’accoglimento del ricorso per i suindicati ricorrenti che hanno solo oggi ottenuto l’inquadramento. Ed invero, **l’inquadramento in terza area doveva aver luogo già in precedenza, sulla base della “legge già vigente” (correttamente interpretata) prima dell’attuale legge di bilancio, e quando in effetti l’odierno appellato già chiedeva, fin dal 2012, di poter utilizzare le graduatorie per gli “ulteriori posti banditi” e per “quelli divenuti vacanti”. La domanda di scorrimento, in definitiva, poteva e doveva essere soddisfatta in precedenza, sulla base di una corretta interpretazione delle fonti normative già allora vigenti.** Ed invero, la recente legge sopravvenuta (c.d. “*ius superveniens*”) è il frutto di una proposta di legge, presentata dal Ministero nel 2014 proprio in conseguenza del “diniego” espresso dal Dipartimento della Funzione Pubblica, nelle circolari succitate. Essendo tale legge stata determinata da ragioni storiche contingenti legate al “rifiuto di autorizzazione” già espresso dalla Funzione Pubblica in una circolare, e cioè da un atto che non è un “atto di legge” o ad essa equiparato, essa non costituisce un elemento in grado di svolgere, di per sé, una “funzione interpretativa”, quindi “retroattiva”, rispetto alla normativa vigente prima dell’innovazione apportata nella suddetta legge di bilancio. Ed anzi, potendo detta innovazione essere stata favorita proprio dalle recenti sentenze intervenute positivamente sulla questione.

D’altra parte, i suindicati appellanti che hanno oggi ottenuto, per tale via, l’inquadramento, chiedono nel presente giudizio l’inquadramento da una data ben antecedente a quella di cui all’odierno inquadramento conseguito, onde è evidente che essi **“conserva(no) comunque interesse alla domanda in relazione alla (diversa e anticipata) decorrenza di tale inquadramento e ai conseguenti effetti”** (v., sul



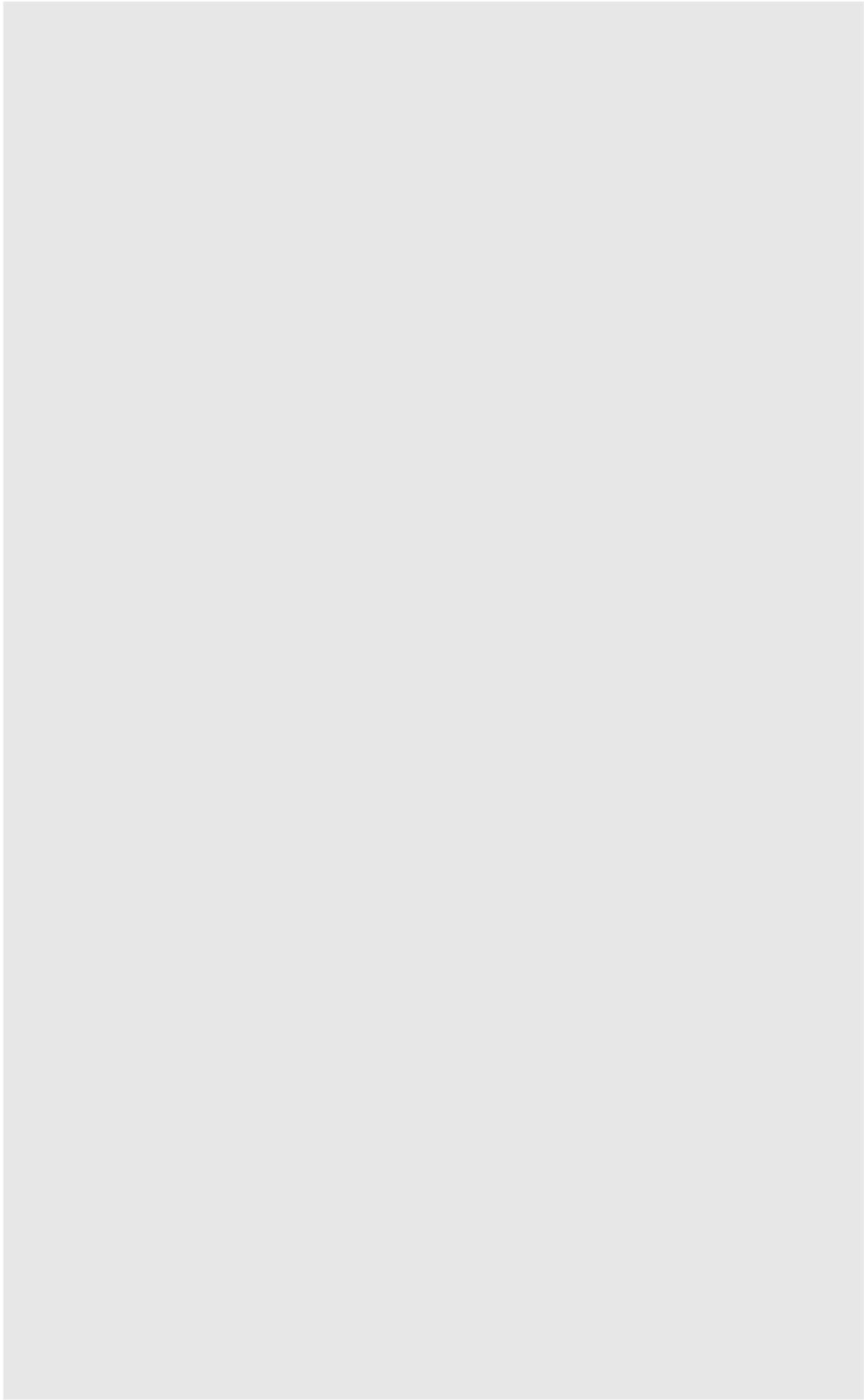
punto, la recente sentenza del Tribunale di Genova n. 647 del 02.07.2019).

Pertanto, alla luce di tutte le considerazioni fin qui svolte, il ricorso in primo grado è pienamente fondato e, di contro, la sentenza oggi impugnata è illegittima e va riformata. Come riconosciuto, fra l'altro, dal Tribunale di Trento in fattispecie identica, ***“I principi sulla base dei quali nella odierna controversia sono state accolte le domande di parte ricorrente sono già stati affermati da tempo e sono oramai tralatici”***. Ed invero, la complessità della causa è solo apparente, se si considera che, al di là dell'esistenza di precedenti difformi nella giurisprudenza di merito ordinaria e nella giurisprudenza amministrativa, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione è ormai da tempo assestata su posizioni che riconoscono:

- 1) l'insorgenza del diritto soggettivo degli idonei non vincitori allo scorrimento della graduatoria e al conseguente inquadramento, ove l'amministrazione **abbia già adottato una scelta in tal senso** (nel bando o in un atto separato);
- 2) l'applicazione di tale principio non solo ai concorsi per l'accesso dall'esterno, ma **anche ai concorsi interni per accedere a posizioni più elevate**;
- 3) l'**inefficacia delle “leggi sopravvenute” rispetto al Bando di concorso** (inteso come atto che non solo regola la procedura concorsuale ma identifica il “futuro contraente” e il “trattamento giuridico ed economico” ad esso spettante);
- 4) l'applicazione anche di tale principio non solo ai concorsi per l'accesso dall'esterno, ma **anche ai concorsi interni per accedere a posizioni più elevate**.

Si insiste, pertanto, per la riforma della sentenza impugnata e per l'accoglimento del ricorso di primo grado, relativamente alla domanda principale ovvero a quella subordinata ivi formulata, che qui si riproducono: ***“1) IN VIA PRINCIPALE: accertare e dichiarare, con effetto costitutivo ex art. 63, c. 2, del T.U.P.I., il diritto: a) dei ricorrenti***





28.07.2013; condannare il Ministero convenuto ad effettuare i predetti inquadramenti giuridici ed economici dalle suddette date e a effettuare la ricostruzione di carriera dei ricorrenti riconoscendo loro l'anzianità maturata in detta area III dalle date medesime e liquidando le differenze retributive spettanti, oltre interessi legali; 2) IN VIA SUBORDINATA: in caso di accertata impossibilità della resistente amministrazione di inquadrare i ricorrenti entro le date suindicate e di riconoscimento della proroga (fino al 31.12.2017) della validità delle graduatorie per cui è causa, accertare e dichiarare, con effetto costitutivo ex art. 63, c. 2, del T.U.P.I., il diritto dei ricorrenti ad essere inquadrati in Area III, posizione economica F1, ciascuno nel profilo professionale suindicato, con decorrenza dalla data del 31.12.2017, ovvero da altra data ritenuta utile; condannare il Ministero convenuto ad effettuare i predetti inquadramenti sia giuridici che economici dalla suddetta data e a effettuare la ricostruzione di carriera dei ricorrenti riconoscendo loro l'anzianità maturata in detta area III dal 31.12.2017, o altra data ritenuta utile, e liquidando le differenze retributive spettanti, oltre interessi legali”.

Il tutto con la condanna alle spese e compensi di lite, oltre spese generali, IVA e CPA, e rimborso del contributo unificato, per entrambi i gradi di giudizio, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore antistatario.

Si produce insieme al presente ricorso in appello:

Procura speciale per giudizio di appello.

Copia informatica della sentenza impugnata.

Fascicolo di parte ricorrente in I grado comprensivo di:

ricorso ex art. 414 cpc, procure ricorrenti, indice degli atti e documenti, documenti allegati al ricorso da n. 1 a n. 39 come da indice, note autorizzate ricorrenti, allegati alle note autorizzate da n. 1 a n. 25, nota di deposito sentenze, allegati da n. 1 a n. 3.

Ulteriori sentenze favorevoli:



- 1) Sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 8985 del 11.04.2018.
- 2) Sentenza del Tribunale di Terni n. 200 del 09.05.2019.
- 3) Sentenza del Tribunale di Genova n. 647 del 02.07.2019.
- 4) Sentenza del Tribunale di Oristano n. 231 del 03.07.2019.
- 5) Dispositivo di sentenza del Tribunale di Lamezia Terme n. 408 del 04.07.2019.
- 6) Sentenza della Corte di Appello di Trento n. 39 del 02.05.2019.
- 7) Sentenza della Corte di Appello di Bologna n. 460 del 28.05.2019.
- 8) Sentenza della Corte di Appello di Genova n. 246 del 11.06.2019 (*che ha ribaltato la sentenza del Tribunale di Savona favorevole al Ministero*).

Roma, 30 ottobre 2019

Avv. Giuseppe Pio Torcicollo

