STUDIO LEGALE TORCICOLLO
00195 Roma – Circonvallazione Clodia n. 5
Tel. 06/37.51.99.32
Tel./Fax 06/87.77.77.77 - Cell. 338/22.87.651
Peo: avvocato@giuseppepiotorcicollo.it
Pec: *giuseppepiotorcicollo@ordineavvocatiroma.org*

CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA

RICORSO IN APPELLO

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

rappresentati e difesi dall'Avv. Giuseppe Pio Torcicollo (c.f.: TRCGPP70P24C349V), ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Roma (RM), circonvallazione Clodia n. 5, giusta procure in calce (PEC: *giuseppepiotorcicollo@ordineavvocatiroma.org*; FAX 06-87777777)

- APPELLANTI -

Contro: il **MINISTERO DELLA CULTURA (ex MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITA' CULTURALI)**, in persona del Ministro p.t., c.f.: 80188210589, con sede in Roma (RM), via del Collegio Romano n. 27 (00186), rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli ed ivi domiciliato **- APPELLATO -**

Avverso: la **sentenza del Tribunale di S.Maria Capua Vetere, sezione lavoro, n. 2668/2021 depositata il 27.10.2021**, notificata da

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

controparte il 29.10.2021, resa a conclusione del **giudizio di I grado RG n. 8078-2017**.

FATTO E PROCESSO

Con ricorso ex art. 414 cpc gli odierni appellanti - unitamente ad altri 3 ricorrenti che però oggi non ricorrono in appello - hanno adito il Tribunale di S.Maria Capua Vetere, sezione lavoro, deducendo quanto segue:

1) di avere partecipato, come dipendenti di ruolo del ministero odierno appellato, ai **corsi-concorsi interni, per titoli ed esame**, indetti con **bandi del 24 luglio 2007** (cfr. *doc. 8 fascicolo ricorrenti*), per la riqualificazione ed il passaggio dall'area B (ora area II) all'area C (ora area III). In particolare gli odierni appellanti hanno concorso: per il

2) I suddetti bandi recepivano, a loro volta, l'accordo del 6 dicembre 2005 e il piano assunzionale del 22 dicembre 2005 (cfr. *docc. 1-2 fascicolo ricorrenti*), nonché gli accordi siglati fra amministrazione ed

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

OO.SS. del 12 e 13 luglio 2007 (cfr. *docc. 6-7 fascicolo ricorrenti*), 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 920 posti complessivi banditi"**, **dei posti che fossero divenuti in seguito vacanti**, per cessazioni, dimissioni, mobilità, ecc del suddetto personale vincitore, **durante il periodo di vigenza delle graduatorie**.

3) Con **DPCM del 16 gennaio 2007** (*doc. 4 fascicolo ricorrenti*) 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'assunzione, visti i limiti finanziari per il triennio 2007-2009, **solo di 460 vincitori**; 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 di cui i posti banditi per il profilo di **"Archivista di Stato"** erano **86,** quelli banditi per il profilo di **"Funzionario Bibliotecario"** erano **138**, quelli banditi per il profilo di **"Capo Tecnico"** erano **200**, quelli banditi per il profilo di **"Esperto in comunicazione e informazione"** erano **22**, quelli banditi per il profilo di **"Funzionario Amministrativo ed economico finanziario"** erano **181**; con la conseguenza che in base ai suddetti bandi, vi erano in totale 920 possibili "vincitori" (86 vincitori per archivista di stato, 138 vincitori per funzionario bibliotecario, 200 vincitori per capo tecnico,

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

22 vincitori per esperto in comunicazione e informazione, 181 vincitori per funzionario amministrativo ed economico-finanziario); secondo i bandi, pertanto, l'autorizzazione già rilasciata solo per la copertura di n. 460 posti (di cui 43 posti per il profilo di archivista di stato, 69 posti per il profilo di funzionario bibliotecario, 100 posti per il profilo di capo tecnico, 11 posti per il profilo di esperto in comunicazione e informazione, 91 posti per il profilo di funzionario amministrativo) costituiva un "*discrimen*" solo 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 le relative risorse nel triennio 2007-2009), i restanti ulteriori 460 classificati avrebbero ottenuto l'inquadramento solo **una volta acquisita l'autorizzazione** degli organi governativi di controllo delle assunzioni (e cioè per i successivi trienni). In altre parole, **l'autorizzazione dei suddetti organi non costituiva la "condizione" (né "sospensiva", né "risolutiva") per il riconoscimento 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,*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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, Architetto e Storico dell'Arte) venivano approvate con decreto direttoriale del 29 luglio 2010 (cfr. *doc. 9 fascicolo ricorrenti*), mentre le ulteriori 7 graduatorie (afferenti i restanti 7 profili professionali, fra cui quelli per cui è causa) venivano approvate con decreto direttoriale del 20 dicembre 2012 (cfr. *doc. 12 fascicolo*

I restanti **12 ricorrenti odierni appellanti** sono invece risultati **idonei**, cioè posizionati in graduatoria oltre il numero dei posti banditi per ciascuno dei suddetti profili (si ricorda che i posti banditi nella regione **Campania** sono: per il profilo di **Archivista di Stato n. 3**; per il profilo di **Funzionario Bibliotecario n. 17**; per il profilo di **Capo Tecnico n. 24**; per il profilo di **Esperto in comunicazione e informazione n. 3**; per il profilo di **Funzionario Amministrativo ed economico-finanziario n. 17**). Tuttavia, laddove durante la vigenza, ordinaria (triennale) ovvero anche prorogata (fino al 31.12.2018), delle graduatorie stesse si fosse verificata la "scopertura" dei "posti" di cui ai bandi medesimi, i ricorrenti, essendo idonei, avrebbero avuto diritto

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

ad essere inquadrati nei suddetti posti per via degli impegni già assunti in tal senso dal ministero convenuto.

5) I ricorrenti, inoltre, a titolo puramente indicativo e senza pretese alcune, hanno dedotto altresì la circostanza che essi, come tutti i partecipanti ai suddetti concorsi interni, hanno svolto, nel tempo, "mansioni superiori" (cfr. *doc. 19 fascicolo ricorrenti*): 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. 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: 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 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 – come quelle per cui è causa - 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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 Mibac, 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 *prodotta in prima udienza* ed *allegata alle note autorizzate*, lettera del 23.03.2016 contenuta in *doc. 18 fascicolo ricorrenti*; lettera del 05.03.2018 anch'essa *prodotta in prima udienza* ed *allegata alle note autorizzate*). 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 ad oggi 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 riservati per progressione di area **banditi prima del 01.01.2010**, possa disporsi lo scorrimento delle graduatorie e l'assunzione degli idonei, essendo gli

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

effetti dei **bandi** e degli **accordi antecedenti al 2010**, così come la **decisione di scorrimento delle graduatorie** relative a **concorsi banditi prima del 2010**, 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, e comunque da **decisioni adottate dall'amministrazione**, idonee a trasformare l'aspettativa dei canditati 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 del 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*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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***

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

***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, 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 i restanti idonei come "ulteriori vincitori"** (in tal senso, v la richiesta di scorrimento inoltrata nel 2016 dal Direttore Generale). 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. 63, "*...il difetto di autorizzazione governativa per una*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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****, ovverosia* ***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 S.Maria Capua Vetere 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 rispettive graduatorie (19.12.2015); 2) in via subordinata, con decorrenza dal 31.12.2017, ovvero da altra data

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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, tiene conto della tesi propugnata da una certa giurisprudenza, seppure non unanime, che ritiene "non prorogate" le graduatorie *de quibus*, per effetto del sopravvenire della legge Brunetta e dell'interpretazione più "restrittiva" che deve ormai darsi al termine "concorsi pubblici", contenuto nelle recenti leggi recanti la proroga (tesi sostenuta anche nelle circolari del Dipartimento della Funzione Pubblica). La suddetta domanda sub 1, pertanto, pur riconoscendo che le dette graduatorie non rientrerebbero nelle proroghe disposte dalla legge negli ultimi anni, non disconosce tuttavia **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 sarebbe inibito dalla giurisprudenza della suprema corte di cassazione, che 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 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 (dal 29 luglio 2010 al 28 luglio 2013 per le prime 3 graduatorie afferenti i profili di archeologo, architetto e storico dell'arte, ovvero dal 20 dicembre 2012 al 19 dicembre 2015 per le restanti 7 graduatorie afferenti gli ulteriori profili) si erano verificati dei posti vacanti per

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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, era subordinata proprio in quanto teneva conto della succitata tesi restrittiva sul concetto di "concorsi pubblici" in materia di "proroga della vigenza" delle graduatorie, ma ciò non toglie che, se il Giudicante avesse aderito alla tesi interpretativa favorevole a comprendere nell'ambito del termine "concorsi pubblici", agli effetti delle norme recanti la "proroga", anche i concorsi interni per cui è causa, avrebbe potuto quantomeno riconoscere l'inquadramento entro la data del 31.12.2017.

Ciò non toglie, in ogni caso, che la data di cui alla domanda principale, e cioè la data di inquadramento dal 19 dicembre 2015 (data costituente l'ultimo giorno del triennio di vigenza delle graduatorie), non è una data "casuale", ma tiene appunto conto della persistente possibilità, fino a quella data, di effettuare l'inquadramento in area superiore da parte del ministero convenuto, e poiché alla suddetta data ciò non si è verificato, si chiedeva al giudice di ottenere, **sotto forma di "risarcimento in forma specifica"**, l'inquadramento entro i suddetti termini.

Così riassunta la domanda giudiziale, il ministero convenuto si è costituito in giudizio tramite l'avvocatura distrettuale dello stato, con *memoria depositata in data 4 settembre 2018*, in vista dell'udienza del 19 settembre 2018. In diritto, secondo il ministero convenuto lo "scorrimento" chiesto dai ricorrenti era precluso per effetto della "normativa sopravvenuta" dal 1 gennaio 2010, trattandosi di

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

graduatorie approvate in merito a concorsi "non pubblici" (cioè non aperti all'esterno come richiesto dalla normativa in vigore dalla suddetta data).

All'udienza di comparizione del **19 settembre 2018** il sottoscritto difensore produceva, oltre che giurisprudenza favorevole, **2 note del Ministero**, una del **13.11.2012** e l'altra del **05.03.2018**, da cui si deduceva ulteriormente (o meglio, in cui si "ribadiva") la volontà di "scorrimento delle graduatorie" e l'esistenza di un numero di "posti vacanti" tale da consentire il suddetto scorrimento. In particolare, con la **nota n. 44060 del 13.11.2012**, 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***"". Nella più recente **nota del MIBACT prot. n. 7659 del 05.03.2018**, inoltre, il Ministero convenuto ribadiva la propria "volontà di utilizzare le suddette graduatorie", stante la persistente presenza di **posti vacanti in area terza**. Tale nota confermava, quindi, la volontà di scorrimento già espressa sin dall'accordo fra Amministrazione e OO.SS. del 12.07.2007 e successivamente ribadita, appunto, sia nella succitata nota ministeriale del 13.11.2012 che nella nota del 23.03.2016 (cfr *doc. 18 fasc ric.*).

Il Giudice di prime cure, acquisita la suddetta documentazione, rinviava per discussione e decisione all'udienza del 30 ottobre 2019,

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

concedendo termine per note fino a 10 giorni prima. Sia i ricorrenti che il resistente producevano articolate memorie. Detta udienza veniva poi rinviata all'udienza del 8 gennaio 2020, in cui subentrava il nuovo Giudice che, a sua volta, rinviava ad altra udienza di discussione (16 dicembre 2020), fino alla udienza del 27 ottobre 2021 tenutasi in modalità cartolare, tramite "note di trattazione scritta".

Il MIBACT (ora MIC), nella sua difesa, oltre ad eccepire l'entrata in vigore della "riforma Brunetta", ha altresì eccepito: la "differenziazione" da farsi fra i ricorrenti idonei collocati nei posti ulteriori "banditi" ed i restanti ricorrenti idonei (a), la "effettiva portata" dell'accordo sindacale del 12.07.2007 (b), la "specifica posizione" nelle graduatorie dei singoli ricorrenti e l'assenza di prova in merito al verificarsi di un numero di vacanze sopravvenute di posti, durante il periodo di vigenza delle graduatorie, tali da consentire a tutti gli ulteriori idonei di essere collocati nei posti vacanti (c).

All'udienza del 27 ottobre 2021 il Giudice pronunciava la sentenza**.**

LA SENTENZA IMPUGNATA

Il Giudice di I grado, con la **sentenza n. 2668 del 27.10.2021**, ha rigettato il ricorso con la seguente motivazione: "*Non sono più ammissibili, a partire dal 1.1.2010, le cd. procedure di corsi concorsi interni, che erano riservate ai soli dipendenti della pubblica amministrazione procedente, senza apertura verso l'esterno. Pertanto,* ***non possono considerarsi valide ed efficaci, anche ai fini della regola dello scorrimento della graduatoria, contenuta nella citata legge del 2013, le graduatorie approvate non all'esito di un pubblico concorso, ma di una procedura meramente interna****. Infatti, è pacifico che i concorsi cosiddetti interni non sono equiparabili, per la loro stessa*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

natura, ai concorsi 'esterni', che non presentano il requisito dell'apertura ad un numero indeterminato di persone, determinabili solo a posteriori, dopo la scadenza del termine per presentare la domanda di partecipazione…. Proprio in ragione dell'impossibilità di equiparare i concorsi pubblici, oggi imposti dalla legge, con i cd concorsi interni, ***la regola contenuta nell'articolo 24 del DLGS n. 150 del 2009 impedisce non solo di bandire nuovi concorsi interni, a partire dalla data indicata, ma anche di procedere allo scorrimento di graduatorie ancora in essere, approvate all'esito di concorsi interni precedentemente espletati (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 02/12/2016, n.12056).*** *Conseguentemente, a partire dal 1.10.2010 non è più possibile procedere allo scorrimento delle graduatorie precedentemente approvate per effetto di concorsi interni,* ***non rilevando a tal fine la previsione contenuta nella citata legge del 2013 che, come ampiamente dimostrato, fa riferimento alla preferenza per lo scorrimento di graduatorie pubbliche, quali certamente non sono quelle approvate all'esito di concorsi interni che, in quanto tali, a partire dal 1.1.2010 non possono essere più attinte****. Dunque, come sopra argomentato, lo scorrimento della graduatoria è stato legittimamente negato, in base ad una corretta applicazione della DLGS 150 del 2009...le parti ricorrenti aggiungono che il ministero resistente si sarebbe ulteriormente vincolato per effetto dei due successivi citati accordi. Invero,* ***dai citati accordi, anche volendo attribuire agli stessi carattere vincolante, non emerge alcun impegno, bensì una possibilità, positivamente condizionata all'approvazione da parte degli enti proposti al controllo della spesa****..... Infatti,* ***l'eventuale scorrimento della graduatoria non era un obbligo sancito dal bando, bensì una possibilità peraltro condizionata alla positiva approvazione degli enti preposti al controllo di bilancio****.*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

Tale approvazione non è solo una condizione di efficacia, ma presupposto stesso di legittimità, in assenza del quale l'amministrazione non può procedere all'assunzione delle unità richieste. *Nondimeno, anche volendo considerare vincolanti gli accordi citati, la cui attuazione non poteva condurre ad un risultato contra legem alla luce dell'entrata in vigore della riforma del 2009, tuttavia* ***il tenore letterario degli stessi è chiaro, nella misura in cui parlano di possibilità, non lasciando trasparire un vincolo****, che pure sarebbe illegittimo,* ***ma solo un'eventualità, condizionata alla positiva approvazione da parte degli enti di bilancio****…*".

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

MOTIVI DI APPELLO

Premessa.

Tutti i suindicati motivi di rigetto del ricorso sono **infondati**, e quindi la sentenza impugnata deve essere riformata, in quanto, contrariamente a quanto affermato dal Giudice di prime cure, i ricorrenti chiedevano lo scorrimento delle graduatorie (e il conseguente inquadramento in area superiore) **non sulla base della norma – mai citata nel ricorso - di cui al D.L. n. 101-2013 (art. 4, comma 3)**, che sancisce "l'obbligo di scorrimento" anziché l'indizione di nuovi concorsi ed è stato applicato dalla giurisprudenza amministrativa ai rapporti fra graduatorie e nuovi bandi di "concorsi pubblici", ma piuttosto sulla base di una ben diversa "causa petendi": e cioè **sulla base di una decisione "già assunta", in tal senso, "prima della riforma" dall'amministrazione** – senza alcuna "condizione sospensiva" e, comunque, non solo perché ci sono "posti vacanti" -; **tale "vincolo allo scorrimento" non era quindi affatto "precluso" dall'entrata in vigore della cd. "riforma**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

Brunetta”, in quanto l’orientamento sul punto della giustizia amministrativa ha riguardato lo scorrimento delle graduatorie **in presenza di un mero interesse (di fatto o legittimo) degli idonei e non a fronte di un “diritto soggettivo” già sorto per effetto dei bandi di concorso - per gli “ulteriori 460 vincitori” - e di un accordo sindacale - per i rimanenti “idonei non vincitori” -**, che entrambi abbiano già **limitato la discrezionalità** dell’amministrazione **vincolandola, in un caso e nell’altro, ad utilizzare le graduatorie per “posti ulteriori” (o successivamente “divenuti vacanti”)**.

I due motivi sono intrecciati fra loro: da un lato, **non è vero** come afferma il Giudice che l’Amministrazione aveva posto, nei bandi, una vera e propria **“condizione sospensiva”**, costituita dall’**“ottenimento dell’autorizzazione”**, al fine di far nascere, a monte, il “diritto soggettivo” degli “ulteriori vincitori”; dall’altro lato, se **il diritto (“alla nomina”) dei vincitori era “già sorto”**, per effetto già dei bandi, tale diritto **non poteva essere eroso** da una normativa **entrata in vigore successivamente**. Sotto questo aspetto, dunque, l’orientamento negativo del TAR e del Consiglio di Stato riguarderebbe la possibilità di utilizzare le suddette graduatorie in assenza di un preciso impegno già assunto dall’amministrazione; diversamente, se il **bando** o un distinto **atto od accordo** avesse già imposto all’amministrazione di coprire i posti divenuti vacanti **utilizzando le graduatorie** per cui è causa, la riforma Brunetta non avrebbe potuto travolgere posizioni di **diritto pieno** già acquisite.

Inoltre, i ricorrenti hanno allegato e fornito prova del fatto che, da una parte, il “diniego di autorizzazione” **è dipeso unicamente dalla volontà di applicare la “riforma Brunetta” e non da “altre ragioni”, di “legittimità” o di “merito”**; dall’altra, se tale diniego “non ci fosse stato”, **lo scorrimento sarebbe avvenuto e il “numero**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

di inquadramenti" chiesti dal ministero, fra posti ulteriori banditi e posti divenuti in seguito vacanti, avrebbe permesso ai ricorrenti (tutti) di rientrarvi.

In ogni caso, ai fini della corretta applicazione del principio "*tempus regit actum*", il Giudice sembra confondere la "decisione dell'Amministrazione" di "coprire il posto vacante" con la suddetta "autorizzazione governativa": ciò che veramente è mancato, prima dell'entrata in vigore della legge Brunetta, è l'AUTORIZZAZIONE alla copertura dei posti, non la DECISIONE di copertura stessa. Il Giudice, infatti, confonde la "decisione", che spetta unicamente alla singola amministrazione statale richiedente l'autorizzazione, di "coprire il posto", dalla "autorizzazione", che compete non alla singola amministrazione ma al governo, ad effettuare detta "copertura". **Solo la prima costituisce la manifestazione della volontà "discrezionale" di "effettuare lo scorrimento"**, laddove la seconda costituisce un **mero "atto di assenso"**, che per quanto "discrezionale", non costituisce esercizio della "scelta" a monte di "scorrimento", essendo quest'ultima rimessa alla singola amministrazione in base al suo concreto fabbisogno.

Infine, i ricorrenti hanno allegato e provato che, oltre ai posti "ulteriori banditi" e mai "coperti" (i quali già in base ai "bandi" spettavano a 2 degli attuali 14 appellanti), si era determinato – durante il triennio di vigenza 2012-2015 - un "numero di cessazioni dei vincitori/idonei", nell'ambito dei "posti banditi", tale da obbligare il Ministero – in virtù dell'impegno assunto con il citato *accordo del 12 luglio 2007* - ad effettuare lo "scorrimento" e ad inquadrare in area superiore anche gli ulteriori 12 odierni appellanti.

Nel ricorso, infatti, è stato allegato e fornita prova del fatto che, oltre ai posti "ulteriori banditi" ed ancora "non autorizzati", si era comunque

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

verificato nei trienni un **numero di "cessazioni di vincitori/idonei"**, **nell'ambito dei posti "banditi"**, tale da determinare, in ogni caso, **lo scorrimento delle graduatorie fino a comprendere anche la posizione dei ricorrenti "idonei non vincitori"**.

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

A titolo puramente esemplificativo, si riportano alcuni passaggi di alcune delle sentenze favorevoli di I grado, confermate in grado di appello. Nella **sentenza del Tribunale di Parma del 24.05.2018**, confermata in grado di appello con **sentenza della Corte di Appello di Bologna del 24.01.2019**, il Giudice afferma quanto segue: "*Nel merito, **per il principio del** '**tempus regit actum**', **di cui all'art. 11 disp. prel. c.c., il Giudicante evidenzia la non retroattività del c.d. Decreto Brunetta, D.Lgs. 150/2009 e, quindi, l'applicabilità dell'art. 24 di tale decreto solo con riguardo ai concorsi indetti dopo il 01.01.2010** (sul punto, si vedano Tribunale di Roma, sentenza n. 9960 del 27/10/2014 e Tribunale di Roma, n. 1693 del 17.02.2014). **Il c.d. Decreto Brunetta, quindi, non è applicabile alle graduatorie per cui è causa**. Sul punto, non appaiono condivisibili le argomentazioni avanzate dall'Amministrazione resistente, sulla scorta dei pareri resi dalla Funzione Pubblica nelle circolari n. 11786 del 22.02.2011 e n. 5 del 21.11.2013 (rispettivamente, doc. 15 e doc. 16 di parte ricorrente). Il Giudicante ritiene, infatti, come il principio* de quo *assolva alla funzione, pratica, di individuare la disciplina giuridica applicabile agli atti o ai provvedimenti amministrativi, perfezionatisi in un determinato momento temporale. I medesimi atti e provvedimenti, dunque, devono conformarsi **alla disciplina legislativa vigente all'atto della loro***

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

***emanazione**. **L'approvazione della graduatoria è un mero atto integrativo dell'efficacia di precedenti atti**, già perfetti e completi (nel caso di specie, **i bandi, gli atti e gli accordi prodotti da parte attrice) ed emanati in vigenza della precedente normativa** (cfr. docc. 1-8 di parte ricorrente). In giurisprudenza si è, infatti, evidenziato come:* 'l'approvazione della graduatoria integr(i) un provvedimento amministrativo avente una duplicità di natura giuridica (provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del futuro contraente) e svolgente una sostanziale funzione di controllo della legittimità della procedura concorsuale. Tale atto rientra quindi nella fase cosiddetta integrativa dell'efficacia di un atto già perfetto e completo in tutte le sue parti, ma temporaneamente privo dell'idoneità a espletare i suoi effetti*' (Così, App. L'Aquila, sez. lav.,19/11/2015, n. 1194). Nel caso di specie,* **è risultato documentalmente provato come l'impegno dell'amministrazione resistente ad effettuare lo scorrimento delle graduatorie per cui è causa (al fine di coprire i posti vacanti durante l'ordinaria vigenza triennale delle medesime), sia stato assunto dal MIBACT con i bandi, gli atti e gli accordi a quelli presupposti, emanati prima del 31/12/2009, ossia nell'arco temporale di vigenza della precedente normativa (cfr. docc. 5, 6 e 8 di parte ricorrente)**. Ergo*, non sono stati i successivi decreti direttoriali di approvazione delle graduatorie finali (vigente il c.d. decreto Brunetta) a prevedere lo scorrimento delle stesse,* **ma i precedenti bandi del 24.07.2007**. *In sostanza, pur essendo successivamente entrato in vigore il Decreto citato,* **le ricorrenti avevano già acquisito in precedenza il diritto allo scorrimento delle graduatorie, in forza degli accordi e degli atti amministrativi succitati**. *Il diritto* de quo*, secondo l'orientamento giurisprudenziale condiviso da questo Giudice, sarebbe acquisibile* **anche in relazione ai**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

c.d. 'concorsi interni' in materia di progressione verticale**, quali quelli per cui è causa: il principio è stato ribadito da varie pronunce del Giudice Amministrativo (*ex plurimis*, **Cons. St., sent. n. 1061, del 05/03/2014** – doc. 29 di parte ricorrente) e dalla Corte dei Conti (cfr. **Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Campania, parere del 10 aprile 2013, n. 137** – doc. 28 di parte ricorrente – e **Corte dei Conti stessa Sezione, deliberazione n. 183 del 21 ottobre 2010**). Ciò posto in punto di diritto, in punto di fatto, si rileva che **risulta documentalmente provata la triennale vigenza delle graduatorie di cui in narrativa** (2010-2013, per i posti di Archeologo, Architetto e Storico dell'Arte; 2012-2015, per gli altri profili professionali, tra cui la figura di Funzionario Bibliotecario); l'effetto citato discende dal tenore dei bandi del 2007, letti **in combinato disposto con l'art. 35, comma 5-** ter ***T.U.P.I. Nella vigenza delle medesime, residuavano ancora sia i 460 posti banditi e non ancora autorizzati, **sia ulteriori posti, nell'ambito di quelli banditi ed autorizzati, divenuti vacanti per vari motivi**. Sul punto, appare, inoltre, significativa la **lettera del 13.11.2012** con la quale il MIBACT richiede un parere agli organi di controllo sulla possibilità di '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...' (All. 3 delle note autorizzate di parte ricorrente). **Appare, dunque, provato come vi fosse un numero di posti vacanti in area III, oltre i posti riservati al concorso pubblico esterno**. Orbene, **se non vi fosse stato il parere negativo del Dipartimento della funzione Pubblica, e il Ministero convenuto non avesse bandito nuovi concorsi, le ricorrenti avrebbero ottenuto il passaggio a detta Area III, per lo meno dalla data di fine vigenza delle graduatorie**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

citate (sul punto, quanto puntualmente allegato dalle ricorrenti non è stato oggetto di contestazione!). *Sussistevano, infatti, tutti i presupposti per decretarsi il diritto all'inquadramento superiore delle Sig.re Montali Elisa, Campanini Carla e Quagliotti Maria, come da volontà espressa dal Mibact,* ***sia nell'accordo del 2007, sia nelle richieste successive inoltrate alla Funzione Pubblica*** *(All. 3 e 6 delle note autorizzate di parte ricorrente)...*". Ancora, nella **sentenza del Tribunale di La Spezia del 28.06.2018**, confermata in grado di appello con **sentenza della Corte di Appello di Genova del 18.02.2019**, il Giudice afferma quanto segue: "*..con accordo del 6 dicembre 2005, in esecuzione del citato art. 15, comma 1, lett. A), C.C.N.L. di Comparto [doc. n. 1), ric.], è stato fissato il contingente dei posti per i passaggi del personale interno tra aree, in particolare per l'accesso alla p.e. C1 e alla p.e. B1; l'allegata tabella ha fissato in* ***n. 920*** *i posti destinati al passaggio alla p.e. C1,* ***numero corrispondente alla metà dei posti vacanti e disponibili****. Successivamente,* ***a causa di ridotte disponibilità finanziarie****, il Governo ha autorizzato l'indizione dei relativi concorsi ma per un numero di posti inferiore, pari, per quanto di interesse, al 50% del contingente originario [doc. n. 5), ric.]. Di seguito, tuttavia, con ulteriori accordi del 12-13 luglio 2007 [docc. nn. 6)-7)], è stato sancito:* □ *che* ***«le graduatorie relative ai passaggi tra le aree» sarebbero rimaste «valide sino a nuovi bandi» e che gli idonei sarebbero stati inquadrati «per effetto dello scorrimento man mano che si … <fossero resi> disponibili i posti messi a concorso a seguito di rinunce, pensionamenti o dimissioni dal servizio a qualsiasi titolo del personale risultato vincitore»,*□ *che* ***era stata avanzata una richiesta integrativa per procedere all'assunzione di tutti le 920 unità, come in origine stabilito e che, nei bandi di selezione, sarebbe***

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

stato indicato questo numero di unità, da coprire nel rispetto delle vigenti norme*. A chiusura della procedura, la ricorrente, per il proprio profilo professionale, non è risultata vincitrice, ma idonea [cfr., per quanto qui interessa, il doc. n. 14), ric.]. Ciononostante, la ricorrente non è stata successivamente chiamata per ricoprire il posto poi resosi vacante e disponibile, poiché sono intervenuti la novella legislativa di cui al d.lgs. n. 150 del 2009 ed alcuni pareri negativi del Dipartimento della Funzione pubblica [docc. nn. 15)-16) e v. anche doc. n. 17)]; ritenendo illegittima la condotta del MINISTERO, agisce in giudizio. Resiste il MBACT, che formula una pregiudiziale eccezione di difetto di giurisdizione. L'eccezione non è fondata, atteso che, secondo autorevole giurisprudenza, pertiene alla giurisdizione del giudice ordinario la pretesa al c.d. scorrimento della graduatoria, quando si fa valere il diritto all'assunzione (Cass., s.u., 12 nov. 2012, n. 19595, già Id., sent., 2 set. 2010, n. 19006). D'altra parte, se è vero che sussiste la discrezionalità dell'Amministrazione nel decidere se coprire i posti vacanti e disponibili mediante scorrimento di graduatorie vigenti, è fatta salva la diversa e specifica ipotesi nella quale ciò sia stato previsto come obbligo dalla fonte collettiva o dal bando (Cass., ord., 12 feb. 2018, n. 3332, su cui v.* amplius infra*). Entrando quindi anche nel merito, si rileva che, con il ridetto accordo del 12 luglio 2007 [doc. n. 6)], si era stabilito che le graduatorie sarebbero rimaste valide fino a nuovi bandi e che si sarebbe proceduto al loro scorrimento «man mano che si ... <fossero resi> disponibili i posti messi a concorso a seguito di rinunce, pensionamenti o dimissioni dal servizio a qualsiasi titolo del personale risultato vincitore». **Ora, è importante rilevare che, nel caso di specie, con il precitato accordo, non si prevedeva soltanto la possibilità di attingere, mediante scorrimento, dalle graduatorie, ma si sanciva che «gli idonei verranno inquadrati per***

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

effetto dello scorrimento man mano che si renderanno disponibili i posti messi a concorso». In altri termini, l'Amministrazione, col detto accordo, si era già vincolata a scorrere le graduatorie e ad assumere gli idonei verificandosi il presupposto. E' dunque pienamente applicabile al caso l'insegnamento della citata Cassazione, ord., n. 3332 del 2018, laddove ha statuito che «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, ove un obbligo in tal senso non sia contemplato dalla contrattazione collettiva o dal bando». *Il bando risulta conformarsi a ciò [v. doc. n. 8)].* ***Pertanto, appare corretto concludere che, alla stregua dell'accordo del 12 luglio 2007 e del bando, l'Amministrazione non aveva, nel caso di specie, discrezionalità nel decidere se procedere, ricorrendone i presupposti, allo scorrimento della graduatoria, ma aveva assunto un obbligo cogente in tal senso****. Così inquadrata la questione, ne segue che i pareri negativi della Funzione pubblica non hanno la forza di impedire all'Amministrazione di procedere alle assunzioni e, per quanto occorrer possa, debbono essere disapplicati. In forza dei superiori principi, non solo (si ribadisce) sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice del lavoro, ex art. 63, t.u. cit., ma ne discende altresì il fondamento della domanda. In contrario, non potrebbe dirsi che la graduatoria non sia piú vigente, posto che la ricorrente ha chiesto l'accertamento del proprio diritto con riguardo, in via principale, al termine triennale di scadenza della graduatoria medesima, ex art. 35, comma 5* ter*, t.u. cit. [19 dicembre 2015, dato che la graduatoria è stata approvata il 20 dicembre 2012: cfr. doc. n. 12), ric.] ed, in subordine, al 31 dicembre 2017, qualora sia ritenuta*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

applicabile al caso la proroga disposta con i provvedimenti succedutisi nel corso degli anni (v. art. 1, comma 1, d.l. n. 244 del 2016, conv., con modd., nella L. n. 19 del 2017). ***Neppure potrebbe richiamarsi, quale sopravvenuto ostacolo giuridico allo scorrimento delle graduatorie, quanto sancito dal d.lgs. n. 150 del 2009 (spec., suoi artt. 24 e 62), dal momento che vale il principio*** **tempus regit actum,** ***salvo che, nella normativa sopravvenuta, sia specificatamente previsto la sua applicabilità anche a situazioni formatesi e regolate dalla disciplina a suo tempo vigente****. Non può dunque concludersene che lo scorrimento delle graduatorie per gli idonei per la loro assunzione, almeno nel caso che ci occupa, sia precluso dal sopravvenire della novella legislativa del 2009. Sussistono poi i presupposti per invocare il diritto all'assunzione per effetto dello scorrimento delle graduatorie (*rectius*, in forza dell'obbligo assuntosi dall'Amministrazione con l'accordo del 12 luglio 2007), posto che* ***sono documentali la scopertura organica e la capienza finanziaria [v. doc. n. 18), ric. e nn. 3) e 6), dep. il 18 giu. 2018]; alla luce di ciò, deve concludersi che le scoperture sussistevano anche alla data del 19 dicembre 2015.*** *Inoltre, in forza del disposto dell'art. 1, comma 1148, lett. a), L. n. 205 del 2017, il diritto di parte ricorrente deve affermarsi dalla data del 19 dicembre 2015. In ragione di quanto sopra, il ricorso viene accolto...*". Infine, nella **sentenza del Tribunale di Trento del 27.06.2018**, confermata in grado di appello con la **sentenza della Corte di Appello di Trento n. 39 del 02.05.2019**, il Giudice afferma quanto segue: "*In applicazione del principio di irretroattività della legge deve ritenersi la* ***inapplicabilità degli artt. 24 e 62 del D.Leg.vo n. 150 del 2009 al bando di concorso*** *cui hanno partecipato i ricorrenti anche per il fatto che* ***in capo agli stessi si era consolidata una posizione di diritto soggettivo al rispetto della disciplina contenuta nei bandi di***

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

concorso. *L'approvazione della graduatoria in epoca successiva all'entrata in vigore del 'decreto Brunetta' non può indurre a una diversa conclusione, dato che* ***tale approvazione è atto integrativo dell'efficacia del bando e degli accordi sindacali assunti nella vigenza della precedente normativa***. *In definitiva i ricorrenti, in quanto risultati idonei nella graduatoria di merito dei concorsi in questione* ***e rientranti nel numero dei posti messi a concorso in via diretta o per effetto di scorrimento della graduatoria ed entro il numero di quelli banditi****, hanno diritto ad essere considerati vincitori del concorso derivando il loro diritto* ***dai bandi di concorso e dagli accordi sindacali*** *presupposti,* ***a nulla rilevando nei loro confronti la mancanza di autorizzazione da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica ed anzi costituendo essa un comportamento illegittimo in quanto motivato sulla scorta di una legge successiva e non retroattiva***. *Il diniego di autorizzazione va conseguentemente* ***disapplicato*** *ai sensi dell'art. 63 del D.Leg.vo 165/2001 e va ritenuta* ***come verificata la condizione ex art. 1360 c.c.****...*".

Fatta questa ampia premessa, l'odierna sentenza impugnata è illegittima per i seguenti motivi:

1) SULL'EFFETTO PRECLUSIVO DELLA LEGGE BRUNETTA AI FINI DELLO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE DEI CONCORSI INTERNI BANDITI ANTERIORMENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE.

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**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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., *ex plurimis*, **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 Genova, sentenza n. 444 del 18.02.2019**).

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**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 perfetto", chè altrimenti avrebbero dovuto dichiarare il proprio difetto di giurisdizione!)

Nel nostro 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), **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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 moltissimi Tribunali e molte Corti di Appello, la ricostruzione operata da alcuni giudici di merito (v. le sentenze allegate dal Ministero "a suo favore" - ma si ricorda che la CdA di Genova ha già "ribaltato", però, la sentenza favorevole al Ministero emessa dal Tribunale di Savona e quella emessa dal Tribunale di Massa!), 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 anzichè "bandire un nuovo concorso pubblico", o la decisione contraria di "bandire un nuovo concorso pubblico" anziché "scorrere la graduatoria" della procedura riservata. In entrami 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".

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 "anzichè il concorso pubblico", sia perché, si ripete, la decisione di scorrimento era stata adottata ben prima che entrasse in vigore la riforma. Pertanto, è del tutto fuori luogo il riferimento all'art. 4, comma 3, del D.L 10172013, che regola una distinta fattispecie!

2) ERRATA INTERPRETAZIONE PRESENTE IN ALCUNE SENTENZE DEI GIUDICI AMMINISTRATIVI DEL QUADRO NORMATIVO "PREESISTENTE" AL DECRETO BRUNETTA.

La **sentenza del Consiglio di Stato n. 3284 del 2 luglio 2015** (citata anche dal Giudice di prime cure), 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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 carriera 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 carriera "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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 CCNNLL 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**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 sconfessare 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*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

*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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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!

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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***

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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. Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 2019**, cit.).

Si ricorda all'adita Corte partenopea 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*" (**conforme Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 2019**, cit.). 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 hanno sostenuto delle prove concorsuali vere e proprie,

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

piazzandosi infine nella graduatoria 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.

Si era già detto, inoltre, nel ricorso e nelle note autorizzate, che 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 resistente odierno appellato - **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 "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*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

***<u>normativa in esame</u> 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 <u>di norma</u> 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’<u>eccezione</u>), 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”, ma dice che **<u>è COME SE LO FOSSERO</u>**, essendo **disciplinate secondo le regole delle**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

“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 ciò proprio in quanto si trattava di procedure assistite dalle garanzie “tipiche” del “pubblico concorso” (quantunque esse siano ontologicamente differenti in quanto “interamente riservate”)**.

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 nel rispetto dei “principi” della “concorsualità pubblica” (pubblicazione del bando nella gazzetta ufficiale, metodi imparziali e trasparenti di valutazione, 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, di cui la

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

scrivente difesa ha evidenziato alcuni passaggi, 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"), diversamente, i Tribunali che hanno rigettato analoghi ricorsi proposti da altri ricorrenti (v. le sentenze prodotte dal ministero), nel seguire l'orientamento propugnato dall'odierno resistente, **di fatto si pongono in contrasto proprio con le Sezioni Unite della Cassazione!!!**

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, non solo le "graduatorie concorsuali" per cui è causa erano soggette, come tutte le altre graduatorie, alla ordinaria "vigenza triennale", ma tale procedura avrebbe permesso l'utilizzo della relativa graduatoria non solo per i vincitori, ma anche per gli idonei, in quanto, appunto, contava la legge vigente al momento del bando, non la legge intervenuta dopo.

Inoltre, contrariamente a quanto eccepito dal ministero e come riconosciuto in molti precedenti di altri giudici di merito - allegati al presente appello -, **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, le

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

graduatorie costituiscono **meri atti di ricognizione ed integrazione di efficacia di quanto è 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 Genova, sentenza n. 444 del 2019**, cit., **Corte di Appello di Trento, sentenza n. 39 del 2019**, cit.).

3. SUGLI EFFETTI VINCOLANTI DEI BANDI E DEGLI ACCORDI PER CUI E' CAUSA. SULLA ESISTENZA DI UNA "DECISIONE DI SCORRIMENTO" DEL MINISTERO.

A questo punto si vuole approfondire tutta la disquisizione fatta dal ministero resistente e recepita dal Giudice di prime cure, in ordine alla mancanza di autorizzazione per i 460 posti ulteriori (si ricorda che 2 degli odierni appellanti, sopra indicati, sono collocati appunto in posizione utile per coprire i suddetti posti), alla portata dell'accordo sullo scorrimento del 2007 (che secondo il giudice non aveva effetti "vincolanti"), ed altre questioni ancora.

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 in primo grado)**: "*...Ritenuto, altresì, di autorizzare l'avvio di procedure di reclutamento* ***per un numero di posti compatibili con i vincoli assunzionali previsti,***

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 era detto, però, nel ricorso che l'avere comunque "bandito" dei "posti ulteriori", seppure subordinando **l'inquadramento dei vincitori** (cioè la stipula del contratto di lavoro) al rilascio in futuro del nulla osta da parte degli organi di controllo, per contingenti motivi di limiti alla spesa del personale, non significava che i suddetti 460 soggetti collocati in graduatoria dopo i primi 460, non fossero 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, considera anche l'ipotesi in cui già i bandi prevedano una "assunzione successiva" dei "vincitori"). Opinare, quindi, che la stessa qualifica di "vincitori" dei suddetti ulteriori 460 soggetti collocati in graduatoria fosse nei bandi **subordinata al rilascio dell'autorizzazione**, cioè **ad un evento "incerto" e non solo "futuro"**, sarebbe 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.

Innanzi tutto, l'odierno collegio giudicante per una corretta ricostruzione della vicenda deve richiamare **l'art. 35, comma 4, del**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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"), 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,

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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".

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 nella sentenza n. 336 del 30.05.2018**, "***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 **stessa legislazione** vigente al momento dell'"autorizzazione originaria".

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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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, 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 allega, su un caso diverso da questo ma analogo circa il **rapporto fra bando di concorso e legge sopravvenuta**, la **sentenza della Corte di Appello di Palermo del 22 dicembre 2016**, già prodotta in primo grado **(ALL. 2)**, 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.

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

4) Infatti, **contrariamente a quanto dedotto dalla difesa ministeriale e implicitamente condiviso dal Giudice di prime cure, 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"**. L'autorizzazione ex art. 35, comma 4, del T.U.P.I, infatti, 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 a "discrezionalità ordinaria", con il quale un organo di controllo esterno all'amministrazione banditrice, verifica se la copertura dei posti è esperibile, 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. Illegittimamente, invece, il giudice di prime cure ha ritenuto "invalicabile" il suddetto diniego.

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 necessario 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 *fictio* 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!

6) Quanto, invece, alla possibilità di effettuare lo "scorrimento" delle graduatorie per la copertura dei posti banditi, ma divenuti in seguito **vacanti** durante la vigenza triennale delle graduatorie, in questo caso il "difetto di autorizzazione" governativa non costituisce per definizione

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

alcun problema, dal momento che lo scorrimento avverrebbe per la copertura di posti banditi, 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 convenuto - nel mese di **novembre del 2012**, se è vero che con **nota n. 44060 del 13.11.2012**, 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 (nota già prodotta in prima udienza): "*...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***" (**ALL. 3**).

Ora, che lo scorrimento delle graduatorie, una volta che l'Amministrazione **abbia già manifestato l'intenzione di avvalersi delle graduatorie stesse per coprire i posti vacanti**, non sia possibile per effetto della legge Brunetta sopravvenuta, è una tesi già scrutinata e ritenuta **infondata da una copiosa giurisprudenza di merito**. Oltre alle numerose sentenze citate ed allegate al ricorso in primo grado (cfr. **docc. 23-24**, **29-30-31** e **35**), si allega ulteriore giurisprudenza di merito (già prodotta alla prima udienza). In particolare, secondo la **sentenza del Tribunale di Chieti del 20.04.2017**, "*Nel merito il*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

ricorso è fondato e va accolto per le ragioni di seguito esposte. Il ricorrente, dipendente del MIUR in servizio presso l'Ufficio IV-Ambito Territoriale di Chieti-Pescara, ha partecipato al concorso indetto con DDG del 1.7.2008 'per la copertura di cinquecento posti, tramite il passaggio del personale del Ministero della Pubblica Istruzione dall'area B all'area C, posizione economica C1 (attualmente Fascia 1^ della terza area) profilo professionale di funzionario amministrativo/giuridico, legale e contabile, per gli Uffici dell'Amministrazione centrale e periferica', collocandosi al quinto posto ***tra gli idonei non vincitori*** *(doc. 2 ric.). Il Ministero convenuto, con nota del 21.03.2011,* ***ha chiesto al Dipartimento della Funzione Pubblica l'autorizzazione ad assumere*** *451 unità di personale, idonei e vincitori di concorsi banditi prima del 31.12.2009, in considerazione della scopertura di organico. Tale autorizzazione non è stata concessa, ritenendo che, in base al d.lgs. n. 150/2009, le richieste di progressioni verticali potevano ritenersi legittime 'solo se riguardanti assunzioni di vincitori di procedure bandite anteriormente al 31.12.2009'. Il Miur, quindi, ha assunto* ***solo i 409 vincitori****,* ***escludendo gli idonei****. Con successiva nota del 28.05.2012, il direttore generale del MIUR ha nuovamente richiesto l'autorizzazione ad immettere in ruolo anche i 21 candidati risultati idonei, a causa della grave carenza di personale. Anche in questo caso la richiesta non è stata accolta. Il ricorrente sostiene di avere diritto ad essere immesso in ruolo nell'area C, posizione economica C1, invocando lo scorrimento della graduatoria. La pretesa deve ritenersi fondata. Le pubbliche amministrazioni possono procedere alle assunzioni degli idonei o in applicazione di specifiche previsioni del bando, contemplanti la possibilità di stipulare contratti anche con gli idonei fino ad esaurimento dei posti messi a concorso, oppure in presenza di previsioni di perdurante efficacia*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

della graduatoria ai fini dell'assunzione di idonei, per posti resisi vacanti entro un dato arco temporale dalla conclusione della procedura concorsuale. L'operatività del sistema dello scorrimento della graduatoria, presuppone che l'Amministrazione abbia deciso di ricoprire i posti vacanti utilizzando la graduatoria di una precedente procedura concorsuale. Ebbene, ***il Ministero convenuto, nel momento in cui ha richiesto l'autorizzazione ad assumere gli idonei*** *(richiesta inoltrata a marzo del 2011 e a maggio del 2012),* ***ha chiaramente manifestato la volontà di ricorrere allo scorrimento della graduatoria per coprire i posti vacanti****. Il rifiuto ad assumere gli idonei fondato sulle previsioni dell'art. 24 d.lgs. n. 150/2009, non può ritenersi legittimo. La suddetta norma prevede: 'le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni'. La norma vieta alle pubbliche amministrazioni di bandire concorsi riservati al solo personale interno a partire dal 1.1.2010,* ***ma non può ritenersi applicabile a procedure concorsuali indette prima del 1° gennaio 2010****.* ***Le assunzioni relative al personale interno in base a procedure indette anteriormente al gennaio 2010, continuano ad essere regolate dalla disciplina previgente****. Tale disciplina consentiva senza dubbio le assunzioni di idonei per la copertura di posti resisi vacanti dopo il completamento della procedura concorsuale, ancorché riservati in via esclusiva al personale interno. Il ricorso va, pertanto, accolto e va dichiarato il diritto del ricorrente allo scorrimento della graduatoria e all'inquadramento nell'area C, posizione economica C1 (attualmente Fascia1^ della terza area) profilo professionale di funzionario amministrativo/giuridico, legale* e contabile. *La parte resistente va*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

condannata al pagamento in favore del ricorrente delle differenze retributive maturate dal 20.09.2012, data della costituzione in mora, alla data della presente sentenza, oltre il maggior importo tra interessi legali e rivalutazione monetaria dalla medesima data al saldo ex art. 429 c.p.c.". Nello stesso senso v. pure la **sentenza del Tribunale di Massa del 28.11.2016** (per entrambe, v. **ALL. 4**).

7) Orbene, tale orientamento del Giudice ordinario, analogo a quello già espresso nelle sentenze allegate al ricorso, mette in evidenza, da una parte, come la stessa "richiesta di autorizzazione ad assumere", equivale di per sé a manifestazione della volontà di "utilizzare la graduatoria" per gli idonei non vincitori, e al tempo stesso che il diniego di autorizzazione, fondato sulla presunta incompatibilità fra la legge Brunetta e l'utilizzo delle graduatorie, non costituisce di certo un ostacolo per negare il diritto vantato in giudizio, ovverosia per ritenere accertate le condizioni per adottare una sentenza che tenga luogo della mancata assunzione. Segno evidente che il diritto è sorto per effetto del bando e della volontà manifestata dall'Ente in ordine all'utilizzo della graduatoria per posti ulteriori.

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**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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: ALL. 5)**. 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**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

sindacale del 12.07.2007 che prevedeva la "copertura dei posti banditi", successivamente divenuti (o rimasti) "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 od accordi sindacali) ad effettuare lo scorrimento della graduatoria per la copertura dei posti successivamente divenuti o rimasti vacanti**, 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 Giudici di merito hanno ritenuto che il MIBAC **si fosse già vincolato 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, qualora si fossero liberati i posti di cui ai bandi (**conforme Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 2019**, cit.).

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di prime cure, 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 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, 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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

carattere "decisionale" di quanto contenuto sul punto nell'accordo! (Conformi: Corte di Appello di Genova, cit.; 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!!!!** E' evidente, infatti, che 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, ad oggi, tali "nuovi bandi" di "concorso per passaggio di area" non sono mai stati emanati! Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal ministero convenuto, **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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

"divenuti vacanti in seguito", cioè quelli liberati dopo che i vincitori li avevano coperti per un certo lasso di tempo!

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 (cfr. sentenza corte di cassazione n. 29916 del 13.12.2017 succitata)**, 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**.

Conclusivamente, sul tenore e sulla portata e gli effetti vincolanti del suddetto accordo, bene ha chiarito la **Corte di Appello di Genova nella succitata 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****. Infatti nell'art. 2 dell'accordo del 13/7/2007 si legge:* 'Fatte salve le disposizioni normative vigenti, le graduatorie relative ai passaggi tra le aree rimarranno valide sino a

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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'. ***Il tenore letterale dell'accordo e, in particolare, l'uso del verbo in forma indicativa e la previsione di una cadenza 'periodica' dello scorrimento, rivelano il carattere 'decisionale' ed impegnativo dell'accordo sul punto, con conseguente insorgenza in capo al Ministero dell'obbligo di utilizzare le graduatorie degli idonei per scorrimento; sicché deve concludersi che il bando e gli accordi intervenuti tra le OOSS ed il Ministero abbiano fatto sorgere in capo a quest'ultimo un obbligo di far scorrere la graduatoria con i posti oggetto del concorso che dopo la loro copertura via via si liberavano***. *E' poi vero che l'art. 2 del citato accordo del 2007* ***fa salve le disposizioni normative vigenti****, ma* ***ciò non può indurre a ritenere, come sostenuto dal Ministero, che tale richiamo vado interpretato nel senso che debba farsi riferimento alla normativa esistente al momento della scelta di scorrere le graduatorie, in quanto, così interpretando, nell'accordo si sarebbe fatto rinvio, non ad un dato certo esistente nel momento in cui e' intervenuto l'accordo, bensì ad una possibile e del tutto eventuale evoluzione normativa che avrebbe potuto essere ostativa allo scorrimento****. Considerato anche che il richiamo alla normativa vigente e' in stretta connessione con la perdurante validità delle graduatorie, risulta pertanto del tutto condivisibile la tesi dell'appellata secondo cui il prevedere che le graduatorie relative ai passaggi tra le aree rimarranno valide sino a nuovi bandi, fatte salve le disposizioni vigenti, vada inteso nel senso di voler richiamare il limite di legge alla durata delle graduatorie,*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

precisazione necessaria a fronte della contestuale previsione della validità delle graduatorie 'fino a nuovi bandi'. ***Nemmeno rileva il fatto che il secondo comma dell'art. 2 del citato accordo faccia rinvio alle disposizioni di cui all'art. 15 comma 2 CCNL 1998-2001 posto che il Ministero nemmeno individua le ragioni per cui dar luogo allo scorrimento delle graduatorie secondo quanto previsto da tale accordo sarebbe in contrasto con l'art. 15 che a sua volta richiama l'art. 6 del d.lgs. 29/1993, poi sostituito dall'articolo 6 del D.LGS. 30 marzo 2001, n. 165****...*".

10) Nei **trienni di vigenza** delle graduatorie **(2010-2013, 2012-2015)**, come detto in ricorso, residuavano, quindi, ancora **sia i 460 posti banditi e non autorizzati sia ulteriori posti**, nell'ambito di quelli **banditi ed autorizzati**, divenuti **in seguito vacanti per cessazioni, mobilità, ecc, del personale inquadrato**, con la conseguenza che **la domanda dei ricorrenti, 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).

Significativa è anche la lettera del 13.11.2012 nella quale il Mibac chiede agli organi di controllo il parere in ordine alla possibilità di "*...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****...*". (Nello stesso senso, v. Tribunale di Parma, sentenza del 24.05.2018, Tribunale di Bologna, sentenza del 08.11.2018). La dotazione organica del 2012 evidenziava che, **ancora nel 2016** (v. lettera del Mibact del 23.03.2016), **vi era la "vacanza dei posti" quali determinati all'origine ed oggetto dei bandi (nel 2007)**.

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

Nè il Ministero NELLA SUA DIFESA ha eccepito che, fra i posti "banditi" nei suindicati "profili", i posti effettivamente vacanti, nel 2016, erano inferiori ai posti necessari, scorrendo le graduatorie, per soddisfare la domanda dei ricorrenti!

Deve, perciò, ritenersi 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, cit.; Tribunale di Rovigo, cit.). E poiché il MIBAC 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, si informa il collegio giudicante che il Direttore Generale del Mibact, con **lettera del 5 marzo 2018**, già prodotta in primo grado alla prima udienza, ha inoltrato nuovamente, come aveva 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 (**ALL. 6**): "….*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,*

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

*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 odierno convenuto 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, 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**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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"**.

12) Come già si è detto, **la tesi difensiva e la domanda dei ricorrenti hanno trovato integrale accoglimento con riferimento ad altri ricorrenti, anch'essi dipendenti del MIBAC, che hanno proposto identico ricorso.**

Innanzi tutto, seppure riguarda altri soggetti rispetto a quelli dell'odierno giudizio (e cioè la vicenda riguardava il diritto allo scorrimento della graduatoria del concorso interno per dirigente presso il Comune di Roma), **si allega una importante sentenza della Corte di Appello di Roma, sezione lavoro, n. 4973-2017, pubblicata in data 08.01.2018 (ALL. 7)**, particolarmente rilevante sull'argomento (cioè sulle questioni di fatto e di diritto che sono alla base anche del presente giudizio), in quanto: 1) riconosce l'operatività delle proroghe recate dalle leggi (da ultimo v. la legge di bilancio per il 2019) non solo per le graduatorie dei concorsi pubblici aperti all'esterno, ma anche per le graduatorie dei concorsi riservati ai dipendenti per l'accesso ad una nuova area, così evidentemente rafforzando la domanda subordinata di cui alla odierna causa (v. par. **5.3**: "*...Invero, nella specie, va considerato che diversamente da quanto ritenuto* ***l'espressa previsione normativa di proroga delle graduatorie ha una valenza onnicomprensiva non potendo essere escluse quelle relative alle procedure concorsuali riservate ai dipendenti***

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

dell'amministrazione..."; nello stesso senso, v. anche **Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 18.02.2019**); 2) evidenzia, ai fini dell'insorgenza del "diritto soggettivo" all'inquadramento nei ruoli dell'area superiore, la "sufficienza" dei seguenti presupposti: a) perdurante vigenza della graduatoria; b) decisione assunta dall'amministrazione di coprire il posto vacante; c) preferenza già espressa per lo scorrimento della graduatoria al fine della copertura dei posti vacanti, **senza alcuna necessità che l'Amministrazione "si determini *ex novo*" alla decisione di effettuare detto scorrimento**, cioè senza necessità che l'amministrazione adotti un provvedimento nel quale dichiara di avvalersi del suddetto scorrimento (v. par. **5.8**: "*...Non appare perciò condivisibile l'assunto contenuto nella sentenza impugnata secondo il quale* ***sarebbe in ogni caso necessario un successivo provvedimento, sorretto da adeguata motivazione, con il quale si intenda dare corso allo scorrimento della graduatoria****, in quanto trattasi di* ***istituto già compreso dall'ordinamento positivo come regola generale per il reclutamento del personale delle amministrazioni pubbliche****, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico la cui sopravvenienza,* ***al di là dei richiami generici alla giurisprudenza amministrativa e del Supremo Collegio formatesi in materia****, non è stata specificamente dedotta dalla difesa dell'amministrazione resistente...*").

Orbene, nell'odierna vicenda, il Ministero aveva **già nell'accordo del 12.07.2007** espresso la decisione di "coprire" i posti che sarebbero in seguito rimasti "vacanti", nell'ambito dei "posti banditi" in area C, durante la vigenza delle graduatorie; non solo, aveva anche espresso l'opzione di "utilizzare le graduatorie" medesime, per coprire i suddetti posti lasciati vacanti dai vincitori. E' evidente, pertanto, che **tale**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

accordo è un atto sufficiente a far sorgere il diritto soggettivo degli idonei non vincitori, una volta che si verifichi la "scopertura dei posti banditi" (nello stesso senso, v. anche **Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 18.02.2019**).

Inoltre, come è desumibile dalle stesse **richieste di scorrimento delle graduatorie (o di parere)** inoltrate dal Ministero al Dipartimento della Funzione Pubblica, già sopra richiamate (quella del **13.11.2012** – citata anche nella memoria avversaria -, quella del **23.03.2016** – allegata allo stesso ricorso (doc. 18) -, e da ultimo quella del **05.03.2018** – sopravvenuta al deposito del ricorso e pertanto prodotta successivamente), **in vigenza delle graduatorie** esisteva ed esiste un **numero di posti vacanti in area III** (ex area C), **ben superiore sia ai 500 posti riservati al concorso pubblico bandito nel 2016** (rientranti nel contingente dei 920 posti riservati fin dall'origine ai concorsi esterni), **sia ai 460 ulteriori posti riservati alle procedure interne**: già alla data del **23.03.2016**, infatti (**cfr. doc. 18 all. al RICORSO**), risultavano vacanti n. **1.032** posti di area III, che al netto dei 460 posti riservati agli altri vincitori delle procedure interne e al netto dei 500 posti riservati ai vincitori del concorso pubblico esterno, **lasciavano ancora vacanti 72 posti**. Alla data del **31.12.2017**, addirittura, come risulta dalla nota del Ministero del 5 marzo 2018 (**cfr. All. 6 del presente appello**), risultano vacanti **1.500** posti di area III, che al netto dei 460 posti riservati agli altri vincitori delle procedure interne e al netto dei 500 posti riservati al concorso pubblico esterno, **lasciavano ancora vacanti 540 posti!**

Pertanto, essendo divenuti **vacanti**, a causa del *turn-over*, **molti degli stessi posti banditi nel 2007 con le procedure per cui è causa**, e concernendo dette vacanze posti **ulteriori** rispetto a quelli da coprire con i residui vincitori delle procedure interne e del concorso pubblico

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

aperto all'esterno, si è dunque verificata ed attualizzata la "condizione" alla quale era subordinata, secondo l'accordo del 12.07.2007, lo scorrimento delle graduatorie per gli **idonei non vincitori**: la **sopravvenuta vacanza** dei posti in area C, **nell'ambito dei posti banditi**; ciò basta a far nascere il diritto soggettivo degli idonei e il correlato obbligo del ministero convenuto (in tal senso, v. Tribunale di Teramo, sentenza del 04.12.2018, Tribunale di La Spezia, sentenza del 28.06.2018, Tribunale di Torre Annunziata, sentenza del 28.11.2018, Tribunale di Siena, sentenza del 21.12.2018), senza che all'uopo occorra una "nuova determinazione" dell'amministrazione volta a coprire i suddetti posti (che in realtà allo stato è mancata proprio a causa dei pareri negativi espressi dagli organi di controllo, ma nondimeno è "implicita" nella "richiesta di parere" inoltrata "a più riprese" dal ministero, e cioè sia nel mese di novembre del 2012 che, successivamente, a marzo del 2016, e, da ultimo, nel mese di marzo del 2018).

Pertanto, come correttamente ritenuto da molti Tribunali, il diritto dei ricorrenti, comunque discende, "per scorrimento delle graduatorie", dalle sopravvenute "scoperture dei posti banditi", indipendentemente perciò da ogni autorizzazione al riguardo.

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 (**ALL. 8**); Tribunale di Parma, sentenza n. 117 del 24.05.2018 (**ALL. 9**); Tribunale di Venezia, sentenza n. 336 del 30.05.2018 (**ALL. 10**); Tribunale di Rovigo, sentenza n. 174 del 15.06.2018 (**ALL. 11**); Tribunale di Padova, sentenza n. 350 del 19.06.2018 (**ALL. 12**); Tribunale di Trento, sentenza n. 147 del 27.06.2018 (**ALL. 13**); Tribunale di La Spezia, sentenza n. 209 del 28.06.2018 (**ALL. 14**); Tribunale di L'Aquila, sentenza n. 134 del

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

14.08.2018 (**ALL. 15**); Tribunale di Bologna, sentenza n. 705 del 08.11.2018 (**ALL. 16**); Tribunale di Torre Annunziata, sentenza n. 2288 del 28.11.2018 (**ALL. 17**); Tribunale di Teramo, sentenza n. 899 del 04.12.2018 (**ALL. 18**); Tribunale di Siena, sentenza n. 362 del 21.12.2018 (**ALL. 19**); Tribunale di Avellino, sentenza n. 250 del 09.04.2019 (**ALL. 20**); Tribunale di Enna, sentenza n. 216 del 24.04.2019 (**ALL. 21**); Tribunale di Terni, sentenza n. 200 del 09.05.2019 (**ALL. 22**); Tribunale di Genova, sentenza n. 647 del 02.07.2019 (**ALL. 23**); Tribunale di Oristano, sentenza n. 231 del 03.07.2019 (**ALL. 24**); Tribunale di Lamezia Terme, sentenza n. 408/2019 del 03.01.2020 (**ALL. 25**); Tribunale di Bari, sentenza n. 142 del 19.01.2021 (**ALL. 26**); Tribunale di Siracusa, sentenza n. 821 del 12.05.2021 (**ALL. 27**); Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 30 del 24.01.2019 (**ALL. 28**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 18.02.2019 (**ALL. 29**), Corte di Appello di Trento, sentenza n. 39 del 02.05.2019 (**ALL. 30**); Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 460 del 28.05.2019 (**ALL. 31**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 246 del 11.06.2019 (**ALL. 32**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 532 del 26.11.2019 (**ALL. 33**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 175 del 09.10.2020 (**ALL. 34**).

13) A ulteriore conferma della allegazione contenuta in ricorso, ed invero mai contraddetta dal ministero convenuto, 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 è rappresentato che:

1) sulla base del DPCM 29.08.2014 n. 171 e dell'allegata Tabella B, che ha rifissato, riducendolo, il contingente dei posti di area terza del ministero nel complessivo numero di 5.457 unità, è stato poi emanato

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

il decreto ministeriale 19 settembre 2016 (**ALL. 35**), 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 (**ALL. 36**). Sulla base di tale ultima ripartizione, e in occasione di una mobilità interna (**ALL. 37**), 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 (**ALL. 38**). Da tale Tabella risulta che, ancora a **giugno 2017**, nella regione **Campania** erano rimasti **vacanti in terza area**: nel profilo di **Archivista di Stato** n. **21 posti**, nel profilo di **Funzionario Bibliotecario** n. **18 posti**, nel profilo di **Capo Tecnico** n. **30 posti**, nel profilo di **Esperto in comunicazione e informazione** n. **11 posti**, nel profilo di **Funzionario Amministrativo ed economico-finanziario** n. **23 posti**, nel profilo di Funzionario informatico n. **6 posti** (v. **all. 38 pag. 5-9**, già **prodotto all'udienza del 19.09.2018**, 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**. Procedendo al confronto fra i "posti vacanti" nei suindicati "profili professionali" (nel profilo di Archivista di Stato n. **21 posti**, nel profilo di Funzionario Bibliotecario n. **18 posti**, nel profilo di Capo Tecnico n. **30 posti**, nel profilo di Esperto in

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

comunicazione e informazione n. **11 posti**, nel profilo di Funzionario Amministrativo n. **23 posti**, nel profilo di Funzionario informatico n. **6 posti**) e il numero dei ricorrenti collocati, come vincitori e idonei, nelle graduatorie (**1** per "funzionario archivista di stato", **2** per "funzionario bibliotecario", **7** per "capo tecnico" (ora "funzionario tecnologie"), **5** per "funzionario amministrativo", **1** per "esperto in comunicazione e informazione" (ora "promozione"), **1** per "funzionario informatico"), emerge un numero di **POSTI VACANTI** tale da soddisfare integralmente la domanda di tutti i ricorrenti.

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 (Campania). 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**

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 "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** (**All. 39**: 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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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. 39), 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

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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.

****

Pertanto, alla luce di tutte le considerazioni fin qui svolte, la sentenza impugnata è illegittima e il ricorso in primo grado è fondato (al contrario, le eccezioni del convenuto poi recepite come "motivi della sentenza" sono assolutamente infondate!) Come riconosciuto, fra l'altro, dal Tribunale di Trento nella sentenza sopra indicata, "***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**;

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

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 formulate. 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 I grado (comprensivo di: ricorso ex art. 414 cpc, indice degli atti e documenti, documenti allegati al ricorso da n. 1 a n. 39, note autorizzate ricorrenti, note di trattazione scritta ricorrenti, note di replica ricorrenti, ulteriori note di trattazione scritta ricorrenti).

Ulteriori documenti prodotti in primo grado e giurisprudenza favorevole:

1) Sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 8985 del 11.04.2018.

2) Sentenza della Corte di Appello di Palermo n. 1044 del 22.12.2016.

3) Nota del MIBAC prot. n. 44060 del 13.11.2012 e risposta della Funzione Pubblica (*già prodotta all'udienza del 19.09.2018*).

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

4) Sentenza del Tribunale di Chieti n. 97 del 20.04.2017. Sentenza del Tribunale di Massa n. 222 del 28.11.2016.

5) Sentenza della Corte di Cassazione n. 29916 del 13.12.2017.

6) Nota del MIBACT prot. n. 7659 del 05.03.2018 (*già prodotta all'udienza del 19.09.2018*).

7) Sentenza della Corte di Appello di Roma n. 4973 del 08.01.2018.

8) Sentenza del Tribunale di Chieti n. 160 del 03.05.2018.

9) Sentenza del Tribunale di Parma n. 117 del 24.05.2018.

10) Sentenza del Tribunale di Venezia n. 336 del 24.10.2018.

11) Sentenza del Tribunale di Rovigo n. 174 del 15.06.2018.

12) Sentenza del Tribunale di Padova n. 350 del 19.06.2018,

13) Sentenza del Tribunale di Trento n. 147 del 27.06.2018.

14) Sentenza del Tribunale di La Spezia n. 209 del 28.06.2018.

15) Sentenza del Tribunale di L'Aquila n. 134 del 14.08.2018.

16) Sentenza del Tribunale di Bologna n. 705 del 08.11.2018.

17) Sentenza del Tribunale di Torre Annunziata n. 2288 del 28.11.2018.

18) Sentenza del Tribunale di Teramo n. 899 del 04.12.2018.

19) Sentenza del Tribunale di Siena n. 362 del 21.12.2018.

20) Sentenza del Tribunale di Avellino n. 250 del 09.04.2019.

21) Sentenza del Tribunale di Enna n. 216 del 24.04.2019.

22) Sentenza del Tribunale di Terni n. 200 del 09.05.2019.

23) Sentenza del Tribunale di Genova n. 647 del 02.07.2019.

24) Sentenza del Tribunale di Oristano n. 231 del 03.07.2019.

25) Sentenza del Tribunale di Lamezia Terme n. 408/2019 del 03.01.2020.

26) Sentenza del Tribunale di Bari n. 142 del 19.01.2021.

27) Sentenza del Tribunale di Siracusa n. 821 del 12.05.2021.

28) Sentenza della Corte di Appello di Bologna n. 30 del 24.01.2019

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d

29) Sentenza della Corte di Appello di Genova n. 444 del 18.02.2019.

30) Sentenza della Corte di Appello di Trento n. 39 del 02.05.2019.

31) Sentenza della Corte di Appello di Bologna n. 460 del 28.05.2019.

32) Sentenza della Corte di Appello di Genova n. 246 del 11.06.2019 (*che ha già ribaltato la sentenza del Tribunale di Savona favorevole al Ministero*).

33) Sentenza della Corte di Appello di Genova n. 532 del 26.11.2019

34) Sentenza della Corte di Appello di Genova n. 175 del 09.10.2020 (*che ha già ribaltato la sentenza del Tribunale di Massa favorevole al Ministero*).

35) Decreto ministeriale 19 settembre 2016.

36) Decreto ministeriale 15 maggio 2017.

37) Decreto direttoriale di mobilità interna del 26.06.2017.

38) Tabella B allegata al decreto direttoriale di mobilità interna del 26.06.2017 (*già prodotta all'udienza del 19.09.2018*).

39) Assegnazione n. 116 posti vacanti per Funzionario Amministrativo tramite scorrimento di altre graduatorie conclusa nel 2018.

Ai fini del pagamento del contributo unificato si dichiara che la presente causa ha un valore indeterminabile ed è quindi versato il contributo di **euro 388,50**.

Roma, 29 novembre 2021

Avv. Giuseppe Pio Torcicollo

Firmato Da: GIUSEPPE PIO TORCICOLLO Emesso Da: INFOCERT FIRMA QUALIFICATA 2 Serial#: 9dba1d