

STUDIO LEGALE TORCICOLLO
00195 Roma (RM) – Circonvallazione Clodia, 5
Tel. 06/37.51.99.32
Tel./Fax 06/87.77.77.77 - Cell. 338/22.87.651
Peo: avvocato@giuseppetorricollo.it
Pec: giuseppetorricollo@ordineavvocatiroma.org

CORTE DI APPELLO DI LECCE SEZIONE LAVORO

RICORSO IN APPELLO

[REDACTED]; rappresentati e difesi dall'Avv. Giuseppe Pio Torricollo (c.f.: TRCGPP70P24C349V), ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Roma (RM), Circonvallazione Clodia n. 5, giusta procure allegate (PEC: giuseppetorricollo@ordineavvocatiroma.org; FAX 06-87777777)

- APPELLANTI -

Contro: il **MINISTERO DELLA CULTURA (MIC, ex MIBACT)**, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato di Lecce

- APPELLATO -

Avverso: la **sentenza del Tribunale di Lecce, Sezione Lavoro, n. 2546-2022**, pubblicata in data 27.09.2022, con la quale il Tribunale, all'esito del giudizio RG n. 11593-2018, ha respinto il ricorso.

GIUDIZIO DI I GRADO

Con ricorso ex art. 414 cpc, depositato in via telematica, unitamente a n. 39 documenti allegati, presso il Tribunale di Lecce nel mese di ottobre



dell'anno 2017, gli allora ricorrenti (odierni appellanti), unitamente ad altro ricorrente che oggi non presenta appello (Lecci Antonio), hanno dedotto quanto segue:

1) di aver partecipato, come dipendenti di ruolo del ministero convenuto, ai **corsi-concorsi interni**, per titoli ed esami, indetti con **bandi del 24 luglio 2007**, per la riqualificazione ed il passaggio dall'area B (ora area II) all'area C (ora area III).

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

3) Con DPCM del 16 gennaio 2007 (doc. 4) gli organi statali preposti al controllo della spesa del personale e, in genere, alle autorizzazioni a bandire e a quelle ad assumere, avevano autorizzato di fatto l'indizione delle suddette procedure interne di riqualificazione, visti i limiti finanziari per il triennio 2007-2009, solo per la copertura di 460 posti; tuttavia, leggendo il contenuto dei 10 bandi, si evince che il numero dei posti **complessivamente banditi** era pari a n. **920**. I bandi, infatti, ognuno per ciascun profilo professionale, indicano innanzi tutto il numero dei "posti complessivi", sia a livello nazionale che a livello regionale, e poi specificano il sotto-numero dei posti "già autorizzati", con la conseguenza che in base ai suddetti bandi, vi erano in totale, nel complesso (a livello nazionale), 920 "possibili vincitori". Secondo i bandi, in definitiva, l'autorizzazione già rilasciata per la copertura solo di n. 460 posti complessivi costituiva un "*discrimen*" soltanto in ordine alla **data di inquadramento**, nel senso che, mentre i primi 460 classificati avrebbero ottenuto l'inquadramento non appena conclusi i concorsi ed approvate le relative graduatorie (essendoci già la relativa autorizzazione), i restanti ulteriori 460 classificati avrebbero ottenuto l'inquadramento solo una volta acquisita l'autorizzazione degli organi di controllo. In altre parole, l'autorizzazione da parte dei suddetti



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

4) Le prime 3 graduatorie (quelle per i profili professionali di “Archeologo”, di “Architetto” e di “Storico dell’Arte”) venivano approvate con decreto direttoriale del 29 luglio 2010 (doc. 9), mentre le ulteriori 7 graduatorie venivano approvate con decreto direttoriale del 20 dicembre 2012 (doc. 12). **I ricorrenti sono risultati alcuni vincitori per i suddetti “posti ulteriori” per i quali si era in attesa della relativa autorizzazione, altri semplici idonei, per posti successivamente divenuti vacanti.**

Inoltre, nell’atto di ricorso (v. pag. 10-14) è stata allegata la circostanza (mai contraddetta dal MIBACT in sede di memoria difensiva in primo grado!!!) che, durante la vigenza, ordinaria (triennale) ovvero anche prorogata (fino al 31.12.2017), delle graduatorie stesse si è verificata la “scopertura” di “tanti posti” di cui ai “bandi medesimi”, che i ricorrenti, essendo idonei, avevano anch’essi acquisito il diritto ad essere inquadrati nei suddetti posti per via degli impegni già assunti in tal senso, nel 2007, dal ministero convenuto (v. oltre).

5) I ricorrenti, inoltre, a titolo puramente indicativo e senza pretese alcune, hanno anche dedotto la circostanza che essi, come tutti i partecipanti ai suddetti concorsi interni, hanno svolto, nel tempo, “mansioni superiori”: tale circostanza non è stata dedotta, invero, al fine di chiedere le differenze retributive né, tanto meno, per fondare su di essa il proprio diritto all’inquadramento in area superiore, a ciò ostando il decreto legislativo sul pubblico impiego (art. 52). Tuttavia, l’aver continuato nel tempo a svolgere



dette mansioni ha costituito un elemento che, senza dubbio, ha reso maggiormente “vincolante” la promessa contenuta nei bandi ed accordi sindacali: il ministero convenuto, cioè, sapeva che l’eventuale superamento del concorso per il passaggio alla terza area avrebbe permesso a quanti avevano frattanto svolto mansioni superiori, di ottenere il meritato riconoscimento, con la conseguenza che l’impegno contenuto negli accordi prima e nei bandi dopo, era un impegno reso vieppiù impellente proprio dalla necessità di “sanare” l’utilizzo del personale per lo svolgimento di “mansioni superiori”.

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

7) Il Mibact, in effetti, ha chiesto anche in seguito al Dipartimento della Funzione Pubblica di poter inquadrare i restanti 460 vincitori, e comunque procedere allo scorrimento delle graduatorie per la copertura dei “*posti vacanti nella dotazione organica della terza area*” (v. lettera del 13.11.2012, di cui di dirà in seguito, lettera del 23.03.2016, di cui di dirà in seguito, in *doc. 18 fascicolo ricorrente*, lettera del 05.03.2018, di cui di dirà in seguito). Tuttavia, stante il “diniego di autorizzazione”, né l’inquadramento dei “460 ulteriori vincitori” né lo scorrimento delle graduatorie “per posti di area III divenuti in seguito vacanti”, era mai avvenuto, così determinando la decisione dei ricorrenti di rivolgersi all’autorità giudiziaria, al fine di ottenere una pronuncia con effetti costitutivi, ex art. 63 del testo unico sul pubblico impiego.

8) Secondo i ricorrenti, l’esame complessivo della normativa vigente, nonché da ultimo l’interpretazione fornita da una copiosa giurisprudenza di merito (v. le sentenze dei tribunali allegate al ricorso), inducevano a ritenere che il decreto legislativo n. 150 del 2009, in particolare l’art. 24 e l’art. 62 -



quest'ultimo che ha riformato l'articolo 52 del testo unico sul pubblico impiego -, mentre certamente escludono che, successivamente al 01.01.2010 possano essere più "bandite" progressioni di area per mezzo di concorsi interamente riservati al personale interno, tuttavia non escludono che, durante la vigenza delle graduatorie approvate all'esito di concorsi per progressione di area banditi prima del 01.01.2010, possa disporsi lo scorrimento delle graduatorie e l'assunzione degli idonei, essendo gli effetti dei bandi e degli accordi antecedenti al 2010, così come la decisione di scorrimento delle graduatorie relative a concorsi banditi prima del 2010, tutti interamente regolati dalla legge e dai contratti collettivi vigenti al momento della emanazione dei bandi stessi e della stipula dei suddetti accordi, non dalla legge successiva.

9) Inoltre, la c.d riforma Brunetta, seppure immediatamente vigente e cogente dal 1 gennaio 2010, non potrebbe travolgere posizioni di **diritto soggettivo pieno**, quali discendenti dai bandi e dagli accordi antecedenti, ovvero da **decisioni già adottate dall'amministrazione**, comunque idonee a trasformare l'aspettativa dei candidati utilmente collocati in graduatoria da un mero "interesse di fatto" o "legittimo" ad un "diritto soggettivo" vero e proprio. Secondo la Suprema Corte di Cassazione, infatti (v. *ex plurimis* **Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sentenza n. 19595 del 12.11.2012**), *"...Con riguardo allo specifico tema del cd. 'scorrimento' della graduatoria approvata all'esito della procedura concorsuale, queste Sezioni Unite hanno più volte affermato che il fenomeno consente la stipulazione del contratto di lavoro con partecipanti risultati idonei e non vincitori in forza di eventi successivi alla definizione del procedimento concorsuale con l'approvazione della graduatoria. Ciò può avvenire o in applicazione di specifiche previsioni del bando, contemplanti l'ammissione alla stipulazione del contratto di lavoro degli idonei fino ad esaurimento dei posti messi a concorso (N.B.: questo è quello che è successo con i 460 posti ulteriori banditi); ovvero perché viene conservata (per disposizione di atti normativi o del bando) l'efficacia della graduatoria ai fini dell'assunzione degli idonei in relazione a posti resisi vacanti e disponibili entro un determinato periodo di tempo (N.B: questo era quanto previsto nell'accordo del 12.07.2007)...Queste Sezioni Unite, inoltre, hanno precisato che l'operatività dell'istituto presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto utilizzando la graduatoria rimasta efficace (N.B.: questa decisione è contenuta nelle richieste di autorizzazione inoltrate al governo) (si deve trattare di posti*



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

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



11) Leggendo gli accordi e i bandi sopra indicati (**docc. 6, 7, 8**), emerge la chiara “manifestazione della volontà” del Ministero convenuto di: 1) considerare “vincitori” non solo i primi 460 soggetti utilmente collocati nelle graduatorie (su posti già autorizzati prima dei bandi), ma anche i restanti ulteriori 460 soggetti piazzati in graduatoria (il cui inquadramento è **solo temporalmente differito** all’ottenimento dell’autorizzazione per i corrispondenti posti da coprire); 2) procedere, in ogni caso, per la copertura dei posti banditi e successivamente divenuti vacanti, allo scorrimento delle graduatorie, **in tal modo identificando anche i restanti idonei come “ulteriori vincitori”** (in tal senso, v. le richieste di scorrimento inoltrate nel 2012, nel 2016 e nel 2018, 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. 62-63, “...il difetto di autorizzazione governativa per una metà dei posti banditi non può impedire ai suddetti bandi di spiegare i loro effetti vincolanti, dal momento che: 1) nei bandi la copertura dei 460 posti ulteriori è prospettata non in termini aleatori e di mera possibilità, ma in termini di certezza, 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 Lecce di pronunciare una sentenza costitutiva, che consentisse



il proprio inquadramento in area superiore, almeno: 1) con decorrenza dalla data di scadenza della vigenza ordinaria delle graduatorie (19.12.2015); 2) in via subordinata, con decorrenza dal 31.12.2017, 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 proprio 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 poteva 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 (2010-2013, 2012-2015) c’erano i posti vacanti per disporre lo scorrimento, e **il ministero convenuto aveva già “ab origine” manifestato la volontà di “coprirli”, quindi di renderli “disponibili”, effettuando lo “scorrimento” (v. accordo del 12.07.2007 in doc. 6)**, 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”, ma ciò non toglie che, se il Giudicante avesse aderito alla tesi interpretativa favorevole a comprendere nell’ambito del termine “concorsi pubblici” anche i concorsi interni per cui è causa, avrebbe potuto



quantomeno riconoscere l'inquadramento entro la data del 31.12.2017, ovvero da altra data ritenuta utile.

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

In "punto di fatto", invece, nessuna eccezione il ministero convenuto ha posto circa la mancanza, fra i "posti banditi" poi resisi "vacanti", di un "numero di posti" tale da farvi rientrare i ricorrenti, in base alla posizione da essi occupata in graduatoria. Di contro, invece, i ricorrenti, nel ricorso (nei limiti delle "prove disponibili" ex art. 115 cpc), **hanno allegato e provato l'esistenza, ancora nel 2016, di un "numero di posti vacanti" in area III, nell'ambito dei "posti banditi", tale da soddisfare la domanda di essi ricorrenti. Nulla su ciò è stato, invece, eccepito e controdedotto dal Ministero, e pertanto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 115 cpc, doveva ormai ritenersi "raggiunta la prova" circa il verificarsi, almeno "in punto di fatto", dei "presupposti" per l'inquadramento dei ricorrenti.**

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



Consiglio di Stato (citare alcune nello stesso ricorso, altre nella memoria difensiva del convenuto).

Così riepilogate le rispettive posizioni delle parti nel primo grado di giudizio, il Giudice, all'udienza di comparizione del giorno 16 ottobre 2018, acquisiva “nuovi documenti” dalla difesa dei ricorrenti (v. *infra*), e rinviava per decisione ad altra udienza, poi più volte differita, fino all'udienza “cartolare” del 27.09.2022, all'esito della quale ha emesso la sentenza oggi impugnata, nella quale ha respinto il ricorso.

La sentenza del Tribunale di Lecce 2546 del 27.09.2022 è illegittima per i seguenti

MOTIVI

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 62 del D.Lgs. n. 150/2009 e dell'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, in relazione all'art. 2907 del codice civile.

Afferma il Tribunale: “L'art. 62 d.lgs. n. 150/2009 (c.d. riforma Brunetta) ha novellato parte dell'art. 52 d.lgs. n. 165/2001, introducendo – per quanto qui rileva – il comma 1-bis ai sensi del quale: ‘1-bis. I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore’. La novella, tesa a consolidare il principio costituzionale della necessità del concorso pubblico



per la copertura dei posti vacanti (art. 97 Cost.), non consente più il ricorso a progressioni verticali riservate al personale già in servizio (e, quindi, l'utilizzo di precedenti graduatorie) e impone quindi di bandire un concorso pubblico, salva la facoltà di riservare il 50% dei posti al personale interno (cfr. Corte Cost. n. 373/2002; Corte Cost. n. 354/2010; Corte Cost. n. 37/2015). Nella stessa direzione si pone l'art. 24 d.lgs. n. 150/2009: 'Ai sensi dell'art. 52, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 165 del 2001, come introdotto dall'articolo 62 del presente decreto, le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni'. Di conseguenza a decorrere dall'01/01/2010 (data di entrata in vigore della c.d. riforma Brunetta) le progressioni cc.dd. verticali (ossia tra aree funzionali diverse) possono avvenire solo mediante concorso pubblico e non più mediante concorso c.d. interno, ossia totalmente riservato al personale già dipendente. Si tratta di una norma che trae origine da varie sentenze della Corte Costituzionale, con cui sono state dichiarate in contrasto con l'art. 97 Cost. tutte quelle norme che consentivano alla pubblica amministrazione promozioni camuffate da procedure selettive meramente interne, rinunciando in tal modo essa a reperire 'i migliori' mediante lo strumento principe, dettato a tal fine dall'art. 97 Cost., ossia quello del concorso pubblico, per la copertura di posti vacanti (Corte Appello Roma, sent. n. 136/2022)''.

Senonchè il giudice di prime cure **non ha fatto i conti con il necessario rispetto che la legge deve avere nei confronti dei c.d. "diritti quesiti"**.

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

Così recita l'art. 24 del decreto legislativo n. 150-2009: *"Ai sensi dell'articolo 52, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 165 del 2001, come introdotto dall'articolo 62 del presente decreto, le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni"*. Orbene, la norma impone alle amministrazioni di ricorrere, dopo il 1 gennaio 2010, solo a



“concorsi pubblici”, nell’accezione di cui all’art. 62 introdotta dal medesimo testo legislativo, mentre **non impone affatto di attingere solo a “graduatorie di concorsi pubblici”**, nella suddetta ultima accezione: è vero che si tratta di una “norma di azione”, ma in tal caso, appunto, l’“obbligo di fare” (di “conformarsi”) attiene alla indizione del “tipo di concorso” e non allo scorrimento del “tipo di graduatoria” (v. anche Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 30 del 24.01.2019); inoltre, la “decisione” di “coprire il posto disponibile” attingendo ad una graduatoria di concorso “non pubblico”, ai sensi e per gli effetti della predetta norma, **non può più essere effettuata dalle pubbliche amministrazioni, ma ciò solo “dopo il 1 gennaio 2010”**.

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

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

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

Nell’odierno caso non è chi non veda che la “richiesta di autorizzazione ad assumere”, oltre i 460 iniziali vincitori, anche i restanti 460 vincitori, espressa dal Ministero fin dalla richiesta di ampliamento a n. 920 dei posti



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

Inoltre, i casi decisi dal TAR e dal Consiglio di Stato, a ben vedere, riguardavano il “*diverso thema decidendum*” del rapporto fra **nuovi bandi di concorso pubblico e scorrimento di graduatorie di concorsi interni**. In particolare, sia nella sentenza n. 3284 del 2 luglio 2015 del Consiglio di Stato che in altre sentenze, veniva impugnata o la decisione di “scorrere la graduatoria” della procedura riservata anziché “bandire un nuovo concorso pubblico”, o la decisione contraria di “bandire un nuovo concorso pubblico” anziché “scorrere la graduatoria” della procedura riservata. In entrambi i casi, la decisione di scorrimento era stata adottata (o si chiedeva venisse adottata), “**dopo il 1 gennaio 2010**”, ormai in piena vigenza della legge sopravvenuta, non “prima del 1 gennaio 2010”.

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

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

Il Giudice di prime cure, inoltre, ritiene che l’articolo 35, comma 5-ter, del testo unico sul pubblico impiego, già vigente prima della riforma Brunetta, non si riferisce alle graduatorie delle “selezioni interne”, ma solo a quelle



dei “concorsi aperti all’esterno”. Tale tesi è sostenuta anche in molte sentenze del Tar e del Consiglio di Stato.

Senonchè, la sentenza del Consiglio di Stato n. 3284 del 2 luglio 2015, seguita da successive sentenze, oltre a porsi in contrasto con altre sentenze del Tar e del Consiglio di Stato (cfr, per tutte, CdS **sentenza n. 1061 del 2014**, all. 29 fasc. ric. primo grado), adotta una interpretazione del “quadro normativo pre-esistente” alla legge Brunetta (in particolare dell’art. 35 del Testo Unico sul pubblico impiego), che però **è contraddetta dal tenore delle norme interpretate**. Secondo la suddetta sentenza, in particolare, l’interpretazione dell’**articolo 35 del testo unico sul pubblico impiego**, già vigente prima dell’entrata in vigore della riforma Brunetta, e “costituzionalmente orientata”, non contemplava neppure prima del 1 gennaio 2010 procedure di progressione di area “interamente riservate” ai dipendenti, ma solo “concorsi pubblici”. Pertanto, **la stessa “vigenza triennale” delle graduatorie, quale introdotta nel suddetto articolo del testo unico ad opera della legge finanziaria n. 244 del 2007 (legge finanziaria per il 2008)** - norma sulla quale è stato poi eretto dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28 luglio 2011 il famigerato principio del “*favor*” per lo “scorrimento delle graduatorie” anziché “bandire un nuovo concorso” -, secondo la succitata sentenza n. 3284-2015 del CdS, **dovrebbe essere una norma valida solo per i “concorsi pubblici”, non per le procedure di “selezione interna”**. Quindi, già prima della legge Brunetta, il quadro normativo non consentiva procedure riservate, e pertanto, **la “ultra-vigenza” delle graduatorie era già allora un istituto esclusivo dei “pubblici concorsi”**.

Tale tesi è, però, contraddetta, innanzi tutto, dal “tenore letterale” delle norme contenute nella “riforma Brunetta”, dal chiaro “contenuto innovativo”, secondo cui le nuove modalità di copertura dei posti vacanti per progressione di area avvengono tramite concorsi aperti all’esterno, ma questo solo **“dal 1 gennaio 2010”**. Così, infatti, recita l’art. 24 del decreto legislativo n. 150-2009: *“Ai sensi dell’articolo 52, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 165 del 2001, come introdotto dall’articolo 62 del presente decreto, le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1° gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni”*; con la conseguenza che il legislatore della riforma,



contrariamente a quanto sentenziato sul punto dal Giudice amministrativo, ha espressamente riconosciuto che, **prima del 1 gennaio 2010**, invece, **era legittimo bandire concorsi per progressione di area “interamente riservati” ai dipendenti.**

Inoltre, a ben vedere, il succitato articolo 35 del TUPI deriva, a sua volta, dall'articolo 36 del previgente D.Lgs. n. 29-1993. Tale ultimo articolo, già presente nel decreto delegato del 1993 (testo legislativo recante la cd. “prima privatizzazione” del pubblico impiego), era stato a sua volta “novellato nel 1998”, con il decreto delegato n. 80 (testo legislativo recante la cd. “seconda privatizzazione” del pubblico impiego). La suddetta novella del 1998 ha di fatto ampliato il termine “concorsi pubblici”, prima presente nell'art. 36 originario, stemperandolo con quello di “**procedure selettive**”, proprio al fine di includere, come poi sarà previsto nei nuovi CCNLL 1998-2001, le procedure selettive “interamente riservate” per i “passaggi di area” nel “novero” delle “**procedure di reclutamento**” (oltre ai “concorsi pubblici” ordinari) per effetto delle quali, nel pubblico impiego, è di norma prevista l'assunzione tramite “**contratti individuali di lavoro**”: pertanto, a partire almeno dal 1998 e fino al 2010, contrariamente a quanto sostenuto dal Giudice amministrativo, **era la LEGGE che consentiva le procedure selettive riservate al personale.**

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

Inoltre, lo stesso art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001 (prima art. 56 del D.Lgs n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 25 del D.Lgs n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 15 del D.Lgs n. 387 del 1998) – prima della modifica appunto apportata dalla “Riforma Brunetta” - prevedeva che: “1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai



contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive...”.

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

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



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

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

Inoltre, il rispetto dell’**accesso adeguato dall’esterno**, quale previsto nel suddetto art. 35 del TUPI, non significava che il concorso dovesse per forza essere pubblico, nel senso di aperto all’esterno, altrimenti non ci sarebbe stato neppure bisogno di dirlo: se il concorso è pubblico esso è per forza aperto anche all’esterno! Tale inciso significava solo che, qualunque fosse la “procedura selettiva” prescelta, essa, oltre a dover rispettare i “principi” della “procedura ad evidenza pubblica”, doveva comunque salvaguardare un “adeguato accesso dall’esterno”. Il legislatore, cioè, non ha fatto altro che recepire le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale, imponendo che, anche in caso di procedure interamente riservate al



personale (peraltro espressamente previste nell'art. 91 del TUEL), le stesse non pregiudichino di "concorrere dall'esterno" in modo adeguato. Il riferimento, pertanto, è alla necessità di assicurare un certo numero di posti da coprire per mezzo di concorsi pubblici, e non anche che ogni procedura di reclutamento dovesse per forza consistere in un concorso pubblico!

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

Orbene, la Corte Costituzionale – prima dell'entrata in vigore della legge Brunetta, che ha invece eretto per il futuro il divieto di indire concorsi



interamente riservati per progressione di area - non escludeva quindi “a priori” che un concorso **interamente riservato** al personale potesse essere **costituzionalmente legittimo**, cioè compatibile con il principio del “concorso pubblico”. Anzi la Corte ammetteva tale possibilità e, dunque, ammetteva che un concorso potesse essere e rimanere riservato esclusivamente al personale in possesso di una certa esperienza e determinate competenze.

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

Come si è detto in primo grado (v. note difensive), vero è, piuttosto, 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 **non è stata fatta solo “ai limitati fini” del “riparto di giurisdizione”**, se è vero che l’articolo 63, comma 4, del testo unico sul pubblico impiego (che delinea il riparto di giurisdizione) - dicono le sezioni unite della Cassazione nella **ordinanza 9 febbraio 2009 n. 3005** - “**...manifesta una portata non soltanto processuale, ma anche sostanziale...Alla stregua del richiamato orientamento, pertanto, ‘concorso pubblico’ non è solo quello aperto a candidati esterni, ma anche quello ‘riservato’ ai dipendenti ai fini delle**



progressioni verticali di particolare rilievo qualitativo, restando affidata in tal caso la selezione all'esercizio dei poteri pubblici e ai procedimenti amministrativi ('pubblicità' in tal senso)". Ancora, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 17-2012, i predetti concorsi interni, in quanto comunque assimilabili ai concorsi "pubblici", sono soggetti alle norme in materia di "limiti e divieti per le pubbliche amministrazioni alle assunzioni di personale" ("Si deve allora concludere, in forza dei rilievi fin qui svolti, che soggiacciono al blocco delle assunzioni di cui alla normativa in esame anche le progressioni verticali e le procedure di riqualificazione variamente denominate che sanciscono il passaggio ad una diversa area con la conseguente attribuzione di un nuovo posto per effetto della novazione del precedente rapporto").

In altre parole, le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale circa almeno il rispetto dei "principi" della "concorsualità pubblica" (e cioè il fatto che di norma il concorso deve essere pubblico, cioè aperto all'esterno, ma possono esservi casi in cui il concorso venga riservato agli interni, purché nel rispetto del principio per cui il concorso pubblico esterno costituisce la regola, mentre quelli interni sono l'eccezione), mentre **sul fronte legislativo** si sono tradotte, a partire dal 1998, nello "stemperare", sia pure con le opportune "garanzie", il mezzo di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni tramite CONCORSO PUBBLICO nella più ampia categoria delle "PROCEDURE SELETTIVE", che includono anche selezioni interamente riservate al personale in possesso di una certa esperienza – e ciò spiega la modifica apportata all'art. 36 del D.Lgs. 29/1993 dall'art. 22 del D.Lgs. 80/1998, nonché la nuova versione dell'art. 56 del succitato D.Lgs. 29/1993, per effetto dell'art. 25 del D.Lgs. n. 80/1998; norme poi riprodotte, rispettivamente, negli articoli 35 e 52 del Testo Unico sul pubblico impiego -, **sul fronte giurisprudenziale**, cioè del "**diritto vivente**", tali indicazioni della Consulta si sono tradotte, già a partire da Cassazione del 2003, nel riconoscimento che, **anche i passaggi dei dipendenti da un'area all'altra, costituiscono "nuove assunzioni" e, quindi, sono soggette alle regole dei "concorsi pubblici" ("pubblicità in tal senso")**. La Cassazione, cioè, non dice che tali procedure selettive per il passaggio da un'area all'altra sono "PUBBLICI CONCORSI" nel significato comune del termine, ma dice che è COME SE LO FOSSERO, essendo **disciplinate secondo le regole delle "procedure ad evidenza pubblica"**: di talchè, seppure il "diritto vivente" (pre-Brunetta) non



identificava le “procedure selettive” in parola con il termine “concorsi pubblici”, tuttavia **ne riconosceva la piena LEGITTIMITA’ e le ASSIMILAVA AI CONCORSI PUBBLICI, e ciò proprio in quanto si trattava di procedure assistite dalle garanzie “tipiche” del “pubblico concorso” (quantunque esse siano concettualmente differenti in quanto “interamente riservate”)**.

Da questo punto di vista, l’articolo 35 del Testo Unico sul pubblico impiego (ex articolo 36 del D.Lgs. n. 29/1993 come modificato dall’articolo 22 del D.Lgs. n. 80/1998), costituisce il “frutto” della “mediazione” fra “esigenze della contrattazione nazionale” e principio del “pubblico concorso” (in ossequio alla norma ex art. 97 della Costituzione). Il legislatore delegato del 1998, in altri termini, ha ammesso, nel novero delle “*procedure di reclutamento*” o “*procedure selettive*” per mezzo delle quali si costituisce (o si modifica) un “rapporto contrattuale di pubblico impiego”, anche procedure selettive diverse dal tipico “concorso pubblico”, cioè dal concorso necessariamente aperto all’esterno, e ciò in applicazione della nuova fase della “contrattazione nazionale nel pubblico impiego”; al tempo stesso, però, ha imposto che le suddette procedure selettive alternative al “concorso pubblico” si svolgessero pur sempre nel rispetto dei “principi” della “concorsualità pubblica” (pubblicazione del bando nella gazzetta ufficiale, metodi imparziali e trasparenti di valutazione, comparazione e selezione di merito dei candidati, 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**. Basterebbe leggere con attenzione tale sentenza, per avvedersi che, mentre l’orientamento seguito dai Giudici che hanno emesso sentenze a favore dei ricorrenti è **conforme a tale autorevolissima giurisprudenza**, e ciò proprio nella misura in cui riconosce dignità di “procedure concorsuali di reclutamento” ai concorsi interni per cui è causa, che consentono il passaggio da un’area all’altra e quindi l’assunzione in nuovi e superiori posti di lavoro dei concorrenti risultati idonei (onde si applica anche a tali concorsi il principio della “vigenza triennale delle graduatorie”: in tal senso, v. CdA Genova, sentenza n. 246 del 11.06.2019), diversamente, i Tribunali che hanno rigettato analoghi ricorsi proposti da altri ricorrenti (v. le sentenze prodotte dal ministero), nel seguire l’orientamento propugnato dal



ministero, **di fatto si pongono in contrasto proprio con le Sezioni Unite della Cassazione!!!**

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

Pertanto, la procedura selettiva per cui è causa, almeno fino al 01.01.2010, era pienamente LEGITTIMA in quanto prevista da NORME DI LEGGE oltre che da “fonti contrattuali”, come fin qui dimostrato. Ne deriva che, come correttamente ritenuto da molti tribunali, 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.

3) Violazione e falsa applicazione dell’art. 2, comma 2 e dell’art. 35, comma 4, del D.Lgs. n. 165/2001, con particolare riferimento al ruolo della “autorizzazione a bandire” e alla funzione dell’“approvazione delle graduatorie”, e all’effetto “vincolante” degli “atti negoziali” (Bandi ed Accordi) posti in essere dalla P.A.

Afferma il Giudice di primo grado: “...non è condivisibile la tesi secondo cui il diritto soggettivo del candidato nascerebbe alla data di pubblicazione del bando, dovendosi invece fare riferimento all’approvazione della graduatoria. Al riguardo la Corte di Cassazione ha affermato che l’atto di approvazione della graduatoria è il provvedimento terminale del processo concorsuale e l’atto negoziale da cui discende il diritto all’assunzione del partecipante collocato in posizione utile e il relativo obbligo della PA (cfr. Cass. 4436/2018; Cass. 1399/2009). Logico corollario di quanto sopra è che, se il diritto alla progressione sorge solo dopo l’approvazione della graduatoria e la riforma Brunetta è intervenuta prima dell’approvazione della graduatoria, il diniego dell’amministrazione di procedere alle assunzioni mediante scorrimento è del tutto legittimo, configurandosi anzi



quale atto dovuto, in ottemperanza di una specifica disposizione di legge (cfr., in tema, Corte Appello Roma n. 136/2022)”. La sentenza oggi impugnata, in definitiva, non ha riconosciuto un “diritto soggettivo” in capo ai ricorrenti, in quanto, al momento di entrata in vigore del decreto legislativo Brunetta le graduatorie NON ERANO ANCORA STATE APPROVATE.

In un altro passaggio, invece, afferma la sentenza: “Quanto poi al valore dell’autorizzazione all’assunzione, a giudizio della Corte è evidente che nessun diritto ad essere assunti può ritenersi perfezionato se la stessa non sia stata previamente concessa. Non si tratta certamente di un provvedimento vincolato alla sussistenza dei presupposti di legge, ma di un atto che postula la valutazione discrezionale circa i posti da bandire ed il personale da assumere. Più precisamente, l’autorizzazione costituisce un presupposto di legittimità della procedura concorsuale (e non certo una mera condizione per l’acquisto di efficacia del diritto), sicché i ricorrenti non possono vantare alcun diritto soggettivo perfetto all’assunzione, ma solo una posizione di ‘aspettativa’. Emerge dunque con evidenza come non possa configurarsi alcun diritto soggettivo all’assunzione in capo ai soggetti collocati in graduatoria fra i 460 posti banditi ma non autorizzati, essendo la copertura subordinata solo per l’appunto al rilascio di una ‘autorizzazione’, cui è condizionato il diritto predetto, e in assenza della quale, pertanto, i soggetti collocatisi nei posti predetti possono vantare solo una mera aspettativa”.

La sentenza qui impugnata, in definitiva, non ha riconosciuto un “diritto soggettivo” in capo ai ricorrenti, odierni appellanti, in quanto, da un lato, al momento di entrata in vigore del decreto legislativo Brunetta le graduatorie NON ERANO ANCORA STATE APPROVATE, e dall’altro lato, L’INQUADRAMENTO NEI POSTI SUPERIORI BANDITI ERA SOGGETTO AD AUTORIZZAZIONE DEL GOVERNO.

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



In altri termini, l'istituto dell'“approvazione delle graduatorie” e della “autorizzazione a bandire ed assumere” riguardano dinamiche della P.A. come apparato pubblico e i suoi atti di diritto pubblico. **Tuttavia, i “bandi” ed “accordi sindacali”, ovvero altri “atti unilaterali” della P.A., concernenti l’assunzione dei dipendenti o la progressione dei medesimi verso aree o categorie superiori, sono atti di natura privatistica, espressione di volontà della P.A. quale “datore di lavoro”.**

Orbene, è d'uopo, al fine di comprendere gli effetti “vincolanti” dei suddetti Bandi ed Accordi, chiarirne preliminarmente l'effettiva portata e contenuto, smentendo la tesi del ministero secondo cui detti atti non avevano una efficacia definitiva e incondizionata.

3-1-1) 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 del 16.01.2007 (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, relativamente al triennio 2007/2009, dalla normativa finanziaria, tenuto conto della scarsità delle risorse finanziarie disponibili ai fini della relativa autorizzazione ad assumere previste dalla normativa vigente”*. Si è già detto, però, nel ricorso in primo grado che l'averli comunque “banditi”, seppure subordinando **l'inquadramento** (cioè la stipula del contratto di lavoro) al rilascio in un momento successivo del nulla osta da parte degli organi di controllo, per contingenti motivi di limiti alla spesa del personale, non significa che i suddetti 460 soggetti collocati in graduatoria dopo i primi 460, non siano anch'essi dei “vincitori”. Se non fossero dei “vincitori” anche loro i bandi di concorso sarebbero radicalmente nulli, **non potendosi bandire posti per concorso sulla base di un presupposto mancante**. Come chiarito dalla Suprema Corte di Cassazione, in effetti, sono appunto i **BANDI di concorso** che, individuando il **numero dei posti disponibili**, 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 i bandi prevedano una “assunzione successiva” dei “vincitori”). Opinare, quindi, come fa il giudice di prime cure, che la stessa qualifica di “vincitori” dei suddetti ulteriori 460 soggetti collocati in graduatoria fosse nei bandi **subordinata al rilascio**



dell'autorizzazione, cioè ad una “condizione sospensiva” (evento “incerto” e non solo “futuro”), 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.

3-1-2) Innanzi tutto, per una corretta ricostruzione dell'istituto occorre richiamare l'art. 35, comma 4, del testo unico sul pubblico impiego, che oggi recita: “Le determinazioni relative all'avvio di procedure di reclutamento sono adottate da ciascuna amministrazione o ente sulla base del piano triennale dei fabbisogni approvato ai sensi dell'art. 6, comma 4. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono autorizzati l'avvio delle procedure concorsuali e le relative assunzioni del personale delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, delle agenzie e degli enti pubblici non economici”. A sua volta, il succitato art. 6, comma 4, del medesimo testo unico, recita che “Nelle amministrazioni statali, il piano di cui al comma 2, adottato annualmente dall'organo di vertice, è approvato, anche per le finalità di cui all'articolo 35, comma 4, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze”. Ancora, l'art. 39 della legge n. 449 del 27.12.1997 stabilisce che: “1. Al fine di assicurare le esigenze di funzionalità e di ottimizzare le risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio, **gli organi di vertice delle amministrazioni pubbliche sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno di personale**, comprensivo delle unità di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 482. ... 3. Il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica e del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, **delibera trimestralmente il numero delle assunzioni delle singole amministrazioni di cui al comma 2** sulla base di criteri di priorità che assicurino in ogni caso le esigenze della giustizia e il pieno adempimento dei compiti di sicurezza pubblica affidati alle Forze di polizia e ai Vigili del fuoco, nell'osservanza di quanto disposto dai commi 1 e 2...”.

Il suddetto quadro normativo, successivo alla privatizzazione del pubblico impiego, sostituisce, pertanto, la previgente disciplina di cui all'art. 27 della legge n. 93 del 29 marzo 1983 (cd. “legge quadro sul pubblico



impiego”), 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 mettere a disposizione dei posti” e, successivamente, di “assumere” i vincitori, costituisce esercizio di un diritto-potestà rimesso esclusivamente alla singola amministrazione (di cui è presupposto la “programmazione del fabbisogno”). Di contro, l’**autorizzazione** - giusta la relativa nozione in diritto amministrativo (“*L’autorizzazione è una tipologia di atto amministrativo discrezionale con cui un’autorità rimuove i limiti che, per motivi di pubblico interesse, sono posti in via generale ed astratta dalla legge all’esercizio di una preesistente situazione giuridica soggettiva. A differenza della concessione, l’autorizzazione non attribuisce nuovi diritti ma permette l’esercizio di un diritto già esistente*”) - **non è una condizione per l’insorgenza del diritto del privato o della potestà pubblica**, a differenza della concessione amministrativa, ma piuttosto si inquadra come “**condizione per l’efficacia del diritto o potestà**, quest’ultimi **già esistenti in capo al soggetto da autorizzare**. Inoltre, l’**approvazione amministrativa** è quel provvedimento permissivo (del genere delle autorizzazioni), che consente l’esercizio di determinati diritti o facoltà, mediante il quale la P.A. rende **efficaci ed eseguibili atti giuridici già compiuti e perfetti**. L’approvazione serve solo per rendere “operativo” il “piano dei fabbisogni”, ed è comunque successiva al suddetto piano. L’autorizzazione serve invece per “bandire il concorso”, e successivamente per “assumere i vincitori”, ed è invece un provvedimento amministrativo certamente propedeutico alle suddette attività.

Pertanto: 1) la decisione sul “numero dei posti da bandire” spetta, innanzi tutto, alla singola “amministrazione dello Stato”, che adotta attraverso l’organo di vertice il proprio “piano dei fabbisogni di personale”; 2) tale piano dei fabbisogni, una volta adottato, è soggetto ad “approvazione amministrativa” da parte della Presidenza del Consiglio di Ministri; 3) la Presidenza del Consiglio dei Ministri, una volta approvato il piano dei



fabbisogni, “autorizza” sia “l’indizione del concorso” che, una volta concluso il concorso, “le successive assunzioni”.

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

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

Di conseguenza, sia il “numero di posti da bandire” che il correlato e conseguente “diritto” dei partecipanti al concorso di essere riconosciuti come “vincitori”, **possono discendere già 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”.

3-1-3) A questo punto, se il diritto dei vincitori in quanto tale sorge già per effetto del bando e della successiva graduatoria, **il fatto che l’autorizzazione sia poi stata negata ai suddetti vincitori costituisce un “comportamento illegittimo” della PA.** in quanto, poichè il Ministero aveva nei bandi subordinato l’immissione in ruolo dei vincitori al rilascio di autorizzazione “in un momento successivo” ma questo unicamente **per ragioni di controllo della spesa**, e comunque **secondo la normativa**



vigente al momento della indizione dei corsi-concorsi (24 luglio 2007), il diniego di autorizzazione motivato in seguito per contrasto con la legge Brunetta, cioè **per contrasto con una legge intervenuta dopo l'indizione del concorso stesso**, è un diniego illegittimo perchè **priva di effetto** la volontà negoziale contenuta nei bandi, cui i ricorrenti hanno fatto **“legittimo affidamento”**. La legge Brunetta, infatti, non può travolgere anche i **diritti costituiti prima** dell'entrata in vigore della legge stessa. Come correttamente rilevato dal **Tribunale di Venezia 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”.

Quindi la motivazione illegittima circa il diniego di autorizzazione, (sopravvenuta inefficacia dei bandi e delle graduatorie per effetto della legge sopravvenuta) evidenzia un “comportamento illegittimo della PA”, e dunque **fa sì che operi la “ *fictio iuris* ” di cui si è parlato nel ricorso: poichè il diniego di autorizzazione, così motivato (per presunto divieto opposto da una “legge sopravvenuta”), determina un “colpevole non verificarsi della condizione” cui era subordinata l'efficacia del diritto sorto per effetto del bando e della graduatoria, opera l'art. 1359 cc. e quindi “la condizione si deve considerare avverata” (“*La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte***



che aveva interesse contrario all'avveramento di essa”). Il mancato avveramento della condizione è peraltro imputabile non solo al Dipartimento della Funzione Pubblica e al Ministero dell'Economia e finanze che hanno negato l'autorizzazione, 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!

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.

3-1-4) Infatti, **contrariamente a quanto dedotto dalla difesa ministeriale, la suddetta autorizzazione (o il suo diniego) non rientra neppure fra i cd. atti di “macro-organizzazione” che, ai sensi del testo unico sul pubblico impiego (art. 2, comma 1), sono di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, in quanto “ampiamente discrezionali”, e come tali non soggetti ad “intervento sostitutivo del giudice ordinario”.**

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 si 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.

3-1-5) In conclusione, poiché anche gli ulteriori 460 soggetti utilmente collocati nelle graduatorie **hanno lo status di “vincitori”**, ne deriva che per coerenza concettuale e perfetta simmetria, come appunto previsto dalle stesse circolari, poiché la riforma Brunetta non preclude la copertura dei posti per i vincitori delle progressioni interne bandite anteriormente a tale legge (v. le circolari richiamate dal ministero), allora come non preclude la copertura dei 460 posti banditi e autorizzati nel 2007, altrettanto non doveva precludere la copertura degli **ulteriori 460 posti pur sempre banditi nel 2007**, costituendo l’autorizzazione integrativa richiesta non il presupposto sostanziale per la “determinazione a bandire quei posti ulteriori” (atto, quest’ultimo, rimesso esclusivamente alla singola amministrazione), ma solo una “verifica dichiarativa” e, come tale, una “condizione di legittimità ed efficacia” dell’attività posta in essere dal ministero, rilevante per la stipula del contratto di lavoro in area superiore: condizione di efficacia che doveva, a questo punto, operare secondo la “legge vigente al momento della indizione dei concorsi”. Con la conseguenza che essendo “illegittimo” il diniego di autorizzazione della P.A. che sacrifica i “diritti dei vincitori” per effetto di una “legge sopravvenuta”, il Giudice potrà ritenere, ex art. 1359 c.c., operante la *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!

3-2-1) Quanto, invece, alla possibilità di effettuare lo “scorrimento” delle graduatorie per la copertura dei posti banditi **ed anche autorizzati**, ma divenuti in seguito **vacanti** durante la vigenza triennale delle graduatorie, in questo caso il “difetto di autorizzazione” governativa non costituisce per definizione alcun problema, dal momento che lo scorrimento avverrebbe per la copertura di posti banditi e financo **autorizzati**, una volta che gli stessi fossero in seguito divenuti **vacanti**.

3-2-2) Orbene, nel caso in questione, l’Amministrazione aveva già previsto, fin dall’accordo del 12 luglio 2007 (cfr. doc. 6, art. 2), di poter effettuare la copertura del “turn over” utilizzando le graduatorie entro il termine di vigenza ed efficacia delle stesse. Tale volontà è stata peraltro ribadita dal Ministero – come testualmente riconosciuto dalla difesa del medesimo - nel



mese di novembre del 2012, se è vero che con nota n. 44060 del 13.11.2012, 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/CI e A/B1, in quanto trattasi di procedure risalenti al 2007” (v. documento prodotto all’udienza del 16.10.2018).

3-2-3) In effetti, sia leggendo i bandi per cui è causa (doc. 8 all al ricorso) che il presupposto accordo sindacale (doc. 6 all al ricorso), si vede che il Ministero non si è limitato ad indicare la mera “possibilità” che, durante la vigenza delle graduatorie, si facesse luogo alla “copertura dei posti” vacanti utilizzando le graduatorie rimaste valide ed efficaci. In tale ultima ipotesi, infatti, non essendo ancora sorto alcun obbligo in capo all’amministrazione e il correlato diritto in capo agli idonei, ma solo una posizione di “interesse legittimo”, ben avrebbero ragione il TAR e il Consiglio di Stato quando affermano l’immediata “cogenza” delle norme sopravvenute rispetto al bando. E in questo tale orientamento è condiviso anche dalla Suprema Corte di Cassazione. **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 carattere “decisionale” di quanto contenuto sul punto



nell'accordo! (v anche Tribunale di Rovigo, sentenza del 15.06.2018, ed altre sentenze ancora) Nè può asserirsi che l'inciso iniziale – contenuto in detto accordo - *“Fatte salve le disposizioni normative vigenti”* abbia, addirittura, il significato di alludere ad un “rinvio evolutivo” **alla legge che ancora non c’era!!!!** Come correttamente rilevato dalla Corte di appello di Genova nella sentenza n. 444 del 2019, il significato di tale inciso va colto se lo si collega alla seconda parte *“le graduatorie relative ai passaggi tra le aree rimarranno valide sino a nuovi bandi”*. In altri termini, le parti nel suddetto accordo hanno inteso semplicemente dire che le graduatorie restavano valide “sino 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 “sino a nuovi bandi”, dovrebbe indurre a ritenere che ivi si fosse appunto predicata la “ultra-vigenza” delle stesse, dal momento che, di fatto, tali “nuovi bandi” di “concorso per passaggio di area” non erano mai stati emanati! Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal ministero, **proprio la “perdurante vigenza” delle suddette graduatorie “sino a nuovi bandi”** costituisce l'espressione della volontà di effettuare lo “scorrimento” delle graduatorie non già solo per coprire “inizialmente” i “posti banditi”, nel caso in cui già prima dell'inquadramento i vincitori, per qualsiasi causa, avessero cessato dal servizio (in simili ipotesi, infatti, non ha senso neppure parlare “tecnicamente” di “scorrimento”, essendo tale fenomeno ancora rientrante nella “copertura originaria” dei “posti banditi”), ma bensì per coprire i posti “divenuti vacanti in seguito”, cioè quelli liberati dopo che i vincitori li avevano coperti per un certo lasso di tempo!

3-2-4) E poiché, allora, indipendentemente dall'autorizzazione ad ampliare i posti banditi, gli idonei utilmente collocati nelle graduatorie, una volta successivamente **divenuti vacanti** i posti banditi, **hanno lo status di “vincitori”, per effetto della decisione già assunta dall'ente banditore**, ne deriva che per coerenza concettuale e perfetta simmetria, come appunto previsto dalle stesse circolari, poiché la riforma Brunetta non preclude la copertura dei posti per i **vincitori** delle progressioni interne bandite anteriormente a tale legge, quindi come non preclude la copertura dei 460 posti banditi e autorizzati nel 2007, altrettanto non doveva precludere la copertura dei medesimi posti (banditi e autorizzati nel 2007) **divenuti vacanti** in seguito **nel triennio di vigenza**. Conclusivamente, sul tenore e



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

3-2-5) Nei **trienni di vigenza** delle graduatorie (**2010-2012, 2012-2015**), come detto nel ricorso in primo grado, residuavano, quindi, ancora **sia i posti banditi e non ancora autorizzati sia ulteriori posti**, nell’ambito di quelli **banditi e autorizzati**, divenuti **in seguito vacanti per cessazioni, mobilità, ecc**, con la conseguenza che **la domanda dei ricorrenti, se non vi fosse stato il parere negativo della Funzione Pubblica, sarebbe certamente stata soddisfatta** (nello stesso senso, v. Tribunale di Bologna, sentenza del 08.11.2018). E poiché il MIBACT aveva espresso la volontà, sia nell’accordo del 2007, sia nelle richieste successive inoltrate alla funzione pubblica, di poter colmare tali vacanze utilizzando le graduatorie ancora vigenti, è evidente, pertanto, che sussistono tutti i presupposti per decretarsi il diritto all’inquadramento dei ricorrenti. Da ultimo, si era informato il giudice di I grado che, il Direttore Generale del Mibact, con **lettera del 5 marzo 2018**, aveva inoltrato nuovamente, come già fatto nel 2012 e nel 2016, l’ennesima richiesta di poter effettuare lo scorrimento delle dette graduatorie. Si riportano i passaggi salienti di tale lettera (documento prodotto all’udienza del 16.10.2018): *“...Una visione così di dettaglio ha rilevato una **cronicizzata carenza organica**, pari a livello nazionale al 31 dicembre 2017 a circa **1.500 unità per la III area**...La possibilità di attingere quindi alle graduatorie degli idonei, tenuto conto della **piena capienza finanziaria a carico delle facoltà assunzionali al momento a disposizione di questa Amministrazione**, consentirebbe di ridurre le criticità sopra esposte, considerati, anche e non in ultimo, **l’investimento in termini di formazione, propedeutica all’espletamento della progressione, e le aspettative dei dipendenti stessi**, il cui senso di appartenenza e di rispetto per le istituzioni, nonché le competenze acquisite hanno dato valore e sostegno al processo di riforma sin qui maturato...**questa Amministrazione***



riterebbe 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 appellato, 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.

3-3-1) Orbene, si rammenta, come già detto, 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"**. Da ciò le rassegnate conclusioni.

3-3-2) **Contrariamente a quanto ritenuto dal Ministero odierno appellato e dalla sentenza impugnata, e come invece riconosciuto da altri giudici di merito – v. le sentenze allegate al presente ricorso -, non conta, allora, 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 graduatorie costituiscono meri atti di "ricognizione" ed integrazione di "efficacia" di quanto è però già statuito nei "bandi di concorso": con la conseguenza che non solo i concorsi in sé, ma anche il successivo utilizzo delle graduatorie debbono restare regolati, oltre che dalla legge generale vigente al momento di indizione dei bandi, dalla speciale disciplina contenuta nei bandi stessi, non potendo essere diversamente regolati in base ad una legge generale intervenuta in seguito, salvo che non sia la legge medesima a stabilire una sua qualche applicazione retroattiva (conformi: Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 30 del 2019, cit., Corte di Appello di Trento, sentenza n. 39 del 2019, cit.).**

3-3-3) Infatti, come già si è detto, a chiarire gli **effetti vincolanti dei bandi di concorso**, sovviene la medesima Suprema Corte di Cassazione. Secondo la **Cassazione, sentenza 20.01.2009 n. 1399**, "*In ordine alle conseguenze dannose derivanti dalla condotta illegittima adottata dall'ente convenuto, va rammentato che al bando di concorso per l'assunzione di nuovo*



personale va riconosciuta la duplice natura giuridica di provvedimento amministrativo, quale atto del procedimento di evidenza pubblica, del quale regola il successivo svolgimento, e di atto negoziale, in quanto proposta al pubblico sia pure condizionata all'espletamento della procedura concorsuale e all'approvazione della graduatoria; analoga duplicità presenta l'atto di approvazione della graduatoria, che costituisce, ad un tempo, il provvedimento terminale del procedimento concorsuale e l'atto, negoziale, di individuazione del futuro contraente, da cui discende il diritto all'assunzione del partecipante collocato in posizione utile in graduatoria e il correlato obbligo dell'amministrazione, assoggettato al regime di cui all'art. 1218 cod. civ.. Ne consegue che, in caso di mancata assunzione, va riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, salvo che l'ente pubblico dimostri che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad esso non imputabile". E proprio con riferimento agli effetti giuridici discendenti dai **bandi** relativi a **concorsi interni** indetti dalle pubbliche amministrazioni, la Suprema Corte di Cassazione ha altresì affermato che **"...il superamento del concorso, indipendentemente dalla nomina, consolida nel patrimonio dell'interessato l'acquisizione di una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo non disconoscibile alla stregua della natura del bando, né espropriabile per effetto di diversa successiva disposizione generale..."** (Cass., sez. lavoro, sentenza n. 14397 del 10.07.2015; conformi pure Cass., sez. lavoro, sentenza n. 18685 del 22.09.2015; Cass., sez. lavoro, sentenza n. 14275 del 24.06.2014). Ancora, in ordine all'efficacia del **bando di concorso interno per passaggi di area nei confronti dei partecipanti**, la Suprema Corte ha 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.**

3-3-4) E' evidente, pertanto, che la **giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di Cassazione**, innanzi tutto considera determinante la "volontà" espressa nei "bandi" od "accordi collettivi", non nel



provvedimento conclusivo di “approvazione delle graduatorie”: quest’ultimo, infatti, costituisce solo la “condizione sospensiva” cui è subordinato il “bando”, e non aggiunge una autonoma volizione rispetto a quanto espresso nel bando medesimo. Quanto detto, perciò, 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). Di conseguenza, le norme sopravvenute durante l’iter concorsuale non 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.

3-3-5) Correttamente, pertanto, diversamente dalla sentenza qui impugnata, molti altri Giudici di merito hanno ritenuto che il MIBACT si fosse già “vincolato” sia nei bandi che con la stipula dell’accordo del 12 luglio 2007, e dunque non residuava più nel Ministero alcuna “discrezionalità” nel decidere se effettuare o meno in seguito lo scorrimento, rispetto ai posti ulteriori banditi ovvero qualora si fossero liberati i posti di cui ai bandi.

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. 1**); Tribunale di Parma, sentenza n. 117 del 24.05.2018 (**ALL. 2**); Tribunale di Venezia, sentenza n. 336 del 30.05.2018 (**ALL. 3**); Tribunale di Rovigo, sentenza n. 174 del 15.06.2018 (**ALL. 4**); Tribunale di Padova, sentenza n. 350 del 19.06.2018 (**ALL. 5**); Tribunale di Trento, sentenza n. 147 del 27.06.2018 (**ALL. 6**); Tribunale di La Spezia, sentenza n. 209 del 28.06.2018 (**ALL. 7**); Tribunale di L’Aquila, sentenza n. 134 del 14.08.2018 (**ALL. 8**); Tribunale di Bologna, sentenza n. 705 del 08.11.2018 (**ALL. 9**); Tribunale di Torre Annunziata, sentenza n. 2288 del 28.11.2018 (**ALL. 10**); Tribunale di Teramo, sentenza n. 899 del 04.12.2018 (**ALL. 11**); Tribunale di Siena, sentenza n. 362 del 21.12.2018 (**ALL. 12**); Tribunale di Avellino, sentenza n. 250 del 09.04.2019 (**ALL. 13**); Tribunale di Enna, sentenza n. 216 del 24.04.2019 (**ALL. 14**); Tribunale di Terni,



sentenza n. 200 del 09.05.2019 (**ALL. 15**); Tribunale di Genova, sentenza n. 647 del 02.07.2019 (**ALL. 16**); Tribunale di Oristano, sentenza n. 231 del 03.07.2019 (**ALL. 17**); Tribunale di Lamezia Terme, sentenza n. 408/2019 del 03.01.2020 (**ALL. 18**); Tribunale di Bari, sentenza n. 142 del 19.01.2021 (**ALL. 19**); Tribunale di Siracusa, sentenza n. 821 del 12.05.2021 (**ALL. 20**); Tribunale di Avellino, sentenza n. 533 del 25.05.2022 (**ALL. 21**); Tribunale di Genova, sentenza n. 337 del 19.07.2022 (**ALL. 22**); Tribunale di Cosenza, sentenza n. 1611 del 20.10.2022 (**ALL. 23**); Tribunale di Perugia, sentenza n. 170 del 01.02.2023 (**ALL. 24**); Tribunale di Roma, sentenza n. 1205 del 07.02.2023 (**ALL. 25**); Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 30 del 24.01.2019 (**ALL. 26**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 444 del 18.02.2019 (**ALL. 27**); Corte di Appello di Trento, sentenza n. 39 del 02.05.2019 (**ALL. 28**); Corte di Appello di Bologna, sentenza n. 460 del 28.05.2019 (**ALL. 29**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 246 del 11.06.2019 (**ALL. 30**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 532 del 26.11.2019 (**ALL. 31**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 175 del 09.10.2020 (**ALL. 32**); Corte di Appello di Roma, sentenza n. 629 del 14.02.2023 (**ALL. 33**); Corte di Appello di Genova, sentenza n. 60 del 08.03.2023 (**ALL. 34**).

Tutto ciò premesso e considerato, in fatto ed in diritto, gli odierni appellanti

CHIEDONO

Che, in accoglimento del presente ricorso appello, la sentenza impugnata venga riformata e venga accolto il ricorso in primo grado, con condanna alle spese da distrarsi al sottoscritto procuratore.

SI DEPOSITA

Copia conforme della sentenza impugnata;

Fascicolo di parte I grado;



tutte le sentenze favorevoli intervenute sulla presente controversia.

Ai fini del pagamento del CU, si dichiara che il valore della presente causa è indeterminabile, quindi viene pagato l'importo di euro 388,50.

Roma, 26 marzo 2023

Avv. Giuseppe Pio Torricollo

