R.G. 602/2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA

SEZIONE LAVORO

Composta dai Magistrati

Dr. Gianluca Alessio — Presidente

Dr. Annalisa Multari — Consigliere

Dr. Lorenzo Puccetti — Consigliere rel.

SENTENZA

Nella causa promossa in grado di appello con ricorso depositato in data 16 luglio 2018,

da

MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITA CULTURALI E DEL TURISMO - MIBACT (c.f. 80188210589), difeso e rappresentato dall'AVVOCATURA DELLO STATO DI VENEZIA e con domicilio eletto presso la stessa in Venezia Piazza San Marco Palazzo Reale n. 63 (pec: ads.ve@mailcert.avvocaturastato.it),

- **parte appellante –**

contro

[redacted]

rappresentati e difesi, come da procura speciale allegata alla memoria di costituzione in appello dall'avv. TORCICOLLO Giuseppe Pio

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

(pec: giuseppepiotorcicollo@ordineavvocatiroma.org)

-parte appellata-

Oggetto: appello avverso la sentenza n. 350/2018 del Giudice del Lavoro del Tribunale di Padova.

In punto: riconoscimento inquadramento superiore.-

CONCLUSIONI

Per parte appellante

"*In accoglimento dell'appello proposto avverso l'impugnata sentenza, in riforma della sentenza impugnata, respingere integralmente le domande tutte ex adverso formulate nel ricorso di primo grado, condannandosi parte appellata alla restituzione di quanto medio tempore eventualmente percepito. Con rifusione di compensi professionali*".

Per parte appellata:

"*Rigetto dell'appello e conferma della sentenza impugnata.*

Con condanna alle spese e compensi di lite, oltre spese generali, IVA e CPA, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore antistatario".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso al Giudice del Lavoro del Tribunale di Padova i ricorrenti esponevano di avere partecipato, quali dipendenti del Ministero convenuto inquadrati nell'area professionale B (ora area B), al corso-concorso per titoli ed esami per il passaggio interno alla area C (ora area III), posizione economica C1, in base all'art. 15 comma 1 lett. a) del CCNL Ministeri 1998/2001 e in seguito all'accordo tra l'amministrazione e le OO.SS del 6.12.2005, che stabiliva che i posti da mettere a concorso per tale passaggio sarebbero stati 920; che con DPCM del 16.1.2007 il Governo autorizzava l'indizione del concorso, ma solo per n. 460 posti, ovvero la metà del predetto numero complessivo (pari a possibili 920 unità); che successivamente il Ministero e le OO.SS stipulavano due accordi, uno il 12.7.2007 con cui si stabiliva che le graduatorie per i passaggi tra le aree sarebbero rimaste valide fino a pubblicazioni di nuovi bandi, con scorrimento degli idonei man mano che si fossero resi disponibili posti i posti, e uno del 13.7.2007 relativo alla ripartizione dei posti in base ai diversi profili professionali; che successivamente venivano approvate le graduatorie regionali

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106603883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

dei vincitori e degli idonei per i vari profili, successivamente unificate in graduatorie nazionali.

Deducevano quindi di vantare il diritto allo scorrimento nella graduatoria oltre ai 460 posti banditi, a copertura dei posti divenuti in seguito vacanti, ma che ciò era stato impedito dalla mancata autorizzazione del Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio del Ministri, dopo l'entrata in vigore del d.l.gs 150/2009 (decreto 'Brunetta') che con l'art. 62 aveva introdotto il comma 1-bis nell'art. 52 d.lgs. 165/2001, secondo cui le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal 1.1.2010 potevano coprire i posti disponibili in organico attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al 50% in favore del personale interno. Per tale motivo, era stato impedito lo scorrimento delle graduatorie dei concorsi interamente riservati al personale interno, in quanto solo i vincitori dei posti messi a concorso maturavano il diritto alla progressione verticale, a differenza dei meri idonei, non essendo i concorsi interni 'concorsi pubblici' a tutti gli effetti.

Specificavano che il divieto di cui all'art. 24 e all'art. 62 del d.lgs. 150/2009 poteva valere per il futuro, ovvero vietare che per il futuro potessero essere bandite progressioni in carriera per mezzo di concorsi riservati interamente a personale interno, ma non escludeva che durante la vigenza delle graduatorie approvate in esito a concorsi banditi prima dell'entrata in vigore della legge (1.1.2010) potessero scorrersi le graduatorie ed assumersi gli idonei. Evidenziavano, inoltre, che la predetta riforma non poteva travolgere diritti soggettivi già acquisiti dal candidato in base a bandi precedenti.

Il Ministero si costituiva in giudizio, eccependo la correttezza dell'operato dell'amministrazione, la quale – in perfetta ottemperanza di quanto disposto dal decreto Brunetta – aveva utilizzato le graduatorie solo per l'assunzione dei 460 vincitori dei posti disponibili.

Con l'impugnata sentenza il Giudice di primo grado accoglieva il ricorso - evidenziato che parte dei ricorrenti [redacted] si era collocata entro gli ulteriori 460 posti in attesa di autorizzazione (da 461 a 920) e parte era formata da idonei posizionati in graduatoria oltre il numero

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

complessivo dei posti banditi (oltre il 920°) – esponendo cinque ragioni a fondamento della decisione:

1) che la pubblicazione del bando per la copertura di posti in una determinata area, che contenga gli elementi essenziali (numero posti, qualifica, modalità di concorso, ecc.) costituisce un'offerta al pubblico, che impegna il datore di lavoro ad adempiere all'obbligo assunto, in aderenza agli obblighi di correttezza e buona fede;
2) che il principio *tempus regit actum* comporta che occorre fare riferimento alle disposizioni normative vigenti alla data di approvazione del bando, in aderenza alla tesi dei ricorrenti; ha quindi ritenuto inapplicabile alla fattispecie in esame gli artt. 24 e 62 d.lgs. 150/1009 (legge Brunetta) e il conseguente divieto di procedere allo scorrimento della graduatoria opposto dalla PA, ritenendo ormai consolidato il diritto soggettivo degli idonei collocati in graduatoria allo scorrimento;
3) che il termine ordinario di vigenza delle graduatorie dei concorsi pubblici, una volta approvate, è quello triennale, ex art. 35 comma 3-ter d.lgs. 165/2001 (nella specie prorogate al 31.12.2016 per effetto dell'art. 1 comma 4 DL 216/2011).
4) che sulla base dello stesso DPCM del 16 gennaio 2007 si deve ritenere che i ricorrenti erano da considerare veri vincitori del concorso siccome il MIBACT bandì comunque 920 posti sull'assunto che mentre i primi 460 classificati avrebbero ottenuto l'inquadramento non appena conclusi i concorsi ed approvate le relative graduatorie, i restanti 460 avrebbero ottenuto l'inquadramento una volta acquisita l'autorizzazione degli organi di controllo della spesa del personale;
5) che, in relazione all'efficacia dell'autorizzazione governativa all'inquadramento superiore dei candidati idonei in graduatoria – sia di quelli collocati nei posti da 461 a 920 che di quelli collocati oltre – deve essere condiviso integralmente gli assunti dei ricorrenti, ritenendo esistente una posizione di diritto soggettivo acquisita dal candidato dopo l'approvazione della graduatoria, non modificabile per effetto di norme successive; ed inoltre che con l'accordo sindacale del 12.7.2007, richiamato

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

anche nei bandi di concorso, l'amministrazione si era impegnata a scorrere le graduatorie ed assumere gli idonei man mano che si fossero resi posti vacanti per dimissioni o a qualsiasi titolo; che l'autorizzazione governativa successiva è un atto amministrativo, che non può quindi incidere sul diritto soggettivo dei partecipanti al concorso.

2. Per la riforma della predetta sentenza ha proposto appello il MIBACT, dopo aver premesso che il Giudice ha errato anche laddove non ha operato alcuna distinzione tra i ricorrenti collocati in graduatoria tra il n. 461 e il 920 (i soli ricorrenti) e quelli collocati anche oltre il 920° posto, per i quali non sarebbe possibile neanche in astratto l'assunzione in difetto di autorizzazione governativa., sulla base di un unico articolato motivo di appello.

2.1. Espone l'appellante che tutti i concorrenti posizionati oltre il posto n. 460 sono idonei ma non vincitori e quindi in una posizione non diritto soggettivo ma di mera aspettativa nei confronti dello scorrimento e dunque il decreto Brunetta è intervenuto quando le graduatorie non erano ancora approvate e si applica pertanto pacificamente alle stesse in quanto *ius superveniens* (avendo peraltro null'altro che fatto applicazione del principio di cui all'art. 97 Cost).

Il decreto Brunetta è stato pubblicato il 31.10.2009 mentre le graduatorie sono state approvate a partire dal 29.7.2010 e fino all 201.2012, pertanto in piena vigenza della nuova disciplina.

E' indubbio quindi che nella specie la posizione soggettiva del candidato diventa diritto all'assunzione solo al momento dell'approvazione in graduatoria da cui risulti l'eventuale collocazione utile.

E' errato pertanto il ragionamento del primo giudice che richiama la giurisprudenza relativi a 'vincitori' di concorso pubblico.

I ricorrenti non sono vincitori in quanto non posizionati in graduatoria in posizione utile a configurare un diritto all'assunzione siccome i posti non erano disponibili al momento del bando.

La P.A. non ha l'obbligo di assumere gli idonei non vincitori e quindi di procedere allo scorrimento della graduatoria; mantiene sempre una certa discrezionalità al riguardo (Cass. 21509/2008; Cons. Stato 5559/2017).

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

Non sussiste quindi un diritto soggettivo dei candidati in graduatoria. L'idoneo in graduatoria ha una mera aspettativa nei confronti dello scorrimento (Cons. Stato 794/2005).

Del resto il bando di concorso è chiaro nel prevedere che le restanti unità di personale conseguiranno l'inquadramento in ruolo solo dopo la concessione dell'autorizzazione ad estendere fino a 920 i posti complessivi per la posizione economica C1).

Il Bando prevedeva solo una 'possibilità' di scorrimento della graduatoria, condizionata al rilascio - futuro e incerto - dell'autorizzazione da parte della Presidenza del Consiglio (atto prettamente discrezionale, ex art. 35 d.lgs. 165/2001).

Il decreto Brunetta è intervenuto quando le graduatorie non erano ancora approvate e si applica pertanto pacificamente alle stesse in quanto *ius superveniens* .

2.2. Sul diniego di autorizzazione da parte dell'amministrazione, ribadisce che lo stesso è legittimo e che non incide, per quanto sopra osservato, su diritti soggettivi già acquisiti dal candidato allo scorrimento della graduatoria.

Il decreto Brunetta, infatti, non ha fatto altro che dare veste formale al principio di cui all'art. 97 Cost. della necessità del pubblico concorso (cfr. Cons. Stato 3018/2016).

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 150/2009 l'amministrazione non solo non può bandire nuovi concorsi interni ma non può neanche utilizzare eventuali graduatorie ancora vigenti relative a concorsi interni precedentemente espletati.

Un mutamento oggettivo della situazione di diritto per effetto della legge sopravvenuta ha reso obbligatorio per la P.A. nuovo concorso, con divieto di attingere alle graduatorie nelle quali sono collocati i ricorrenti.

Dunque a partire dal 1° gennaio 2010 è preclusa alla P.A. la possibilità di utilizzare le graduatorie delle procedure di selezione interna, bandite anteriormente a tale data, in quanto la riforma della modalità di reclutamento di personale per le fasce funzionali superiori (in particolare per progressioni verticali di carriera), introdotta dagli artt. 24 e 62, del D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, con la sostanziale abrogazione delle progressioni verticali interne,

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

comporta l'inefficacia delle disposizioni del bando concernenti la copertura di posti, senza che dal bando possa discendere alcuna legittima aspettativa (così, Cons. Stato n. 3018 del 2016; Cons. Stato n. 136 del 2014).

Il Ministero infine ricorda che dopo il decreto Brunetta sono state emesse la Circolare 11786 del 2011 del Dipartimento della Funzione Pubblica che ha posto un divieto espresso di procedere allo scorrimento delle graduatorie relative a idonei per le progressioni verticali, a decorrere al 1.1.2010, e la Circolare 5/2013 che ribadisce che ai sensi dell'art. 24 comma 1 d.lgs. 150/2009 l'utilizzo delle graduatorie per passaggi di qualifica banditi prima del 1.1.2020, è consentito solo per assumere i candidati vincitori e non anche gli idonei.

3. Radicatosi il contradditorio, parte appellata difende la correttezza della sentenza di primo grado.

Parte appellata ribadisce tutto quanto dedotto in primo grado e rileva che nelle more del giudizio sono intervenute pronunce di primo e secondo grado in senso sia favorevole che sfavorevole a parte ricorrente.

In primis evidenzia l'inammissibilità dell'eccezione relativa alla diversa posizione dei ricorrenti diversi da [redacted] (unici a collocarsi per controparte entro gli ulteriori 460 posti in attesa di autorizzazione (da 461 a 920)

Deduce, in particolare, che la riforma Brunetta non vieta, con l'art. 24, di scorrere le graduatorie degli idonei relative a concorsi precedenti, ma solo di ricorrere – dopo il 1.1.2010 – a concorsi pubblici.

Evidenzia che i bandi e gli accordi del 2007 sono precedenti alla riforma Brunetta e che la decisione di procedere allo 'scorrimento' della graduatoria degli idonei risale all'accordo del 2007, con la conseguenza che il diritto degli idonei sarebbe sorto già con la richiesta formulata dallo stesso Ministero di assumere 920 unità, il 22.12.2005.

Rileva che ai sensi dell'art. 35 del Testo Unico sul Pubblico Impiego, le graduatorie rimangono aperte per tre anni dalla data di pubblicazione e ribadisce la natura di pubblico concorso anche delle selezioni interne come quella per cui è causa, e non solo dei concorsi aperti a candidati esterni

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

Sottolinea, ancora, che non rivendica il diritto ad occupare uno dei 460 posti ulteriori banditi per i quali non è poi intervenuta l'autorizzazione all'assunzione, ma uno dei posti già occupati dai vincitori e poi divenuti vacanti (per pensionamento, dimissioni, ecc.), sicché la mancata autorizzazione per i 460 posti ulteriori sarebbe irrilevante, in quanto lo stesso è semplice candidato idoneo collocato in posizione successiva al totale dei 920 posti banditi.

Deduce, quindi, che il diniego dell'autorizzazione è un comportamento illegittimo della PA, in quando motivato dall'entrata in vigore della legge Brunetta, successiva all'indizione del concorso stesso e che, in ogni caso, il mancato avveramento della condizione (l'autorizzazione successiva del Dipartimento della Funzione Pubblica) è dovuto ad una condotta imputabile alla stessa amministrazione con la conseguenza che, in applicazione dell'art. 1359 c.c., detta condizione deve considerarsi avverata.

Osserva, infine, che il Ministero non ha contestato in primo grado, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., che nell'ambito dei posti autorizzati (i primi 460) si fossero verificate scoperture, nel corso del triennio della validità della graduatoria), tali da poter consentire lo scorrimento, fatto pertanto da ritenersi provato.

4. Dopo alcuni rinvii d'ufficio in attesa della designazione del giudice relatore e per riequilibrio ruolo, la causa è stata discussa all'udienza del 28 aprile 2022 e decisa come da separato dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

5. Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato e vada pertanto accolto, per le ragioni appresso indicate.

5.1. 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*

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

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*".

Come osservato da condivisibile giurisprudenza, qui richiamata anche ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c.: "*Quindi, 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, rinunziando in tal modo essa a reperire "i migliori" mediante lo strumento principe, dettato a tal fine dall'art. 97 Cost., ossia quello del concorso*

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106603883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

pubblico, per la copertura di posti vacanti" (Corte Appello Roma, sent. n. 136/2022).

5.2. Ciò premesso, è altresì infondata la tesi secondo cui è alla data di pubblicazione del bando che va individuato il sorgere del diritto soggettivo del candidato, dovendosi piuttosto fare riferimento all'approvazione della graduatoria.

La Corte di Cassazione ha affermato al riguardo 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; Corte d'Appello de L'Aquila n. 1194/2015).

5.3. Non è quindi condivisibile l'interpretazione proposta da parte appellata secondo cui al momento della pubblicazione del bando l'amministrazione avrebbe assunto l'obbligo di scorrimento della graduatoria.

Quell'obbligo non era infatti ancora esigibile, "*se non altro perché assunto ad incertam personam (in quel momento iniziale), occorrendo allora la graduatoria per rendere individuabile il titolare del diritto a quello scorrimento*", con la conseguenza che "*effettivamente solo la graduatoria avrebbe reso esigibile quell'obbligo e correlativamente configurabile quel diritto*" e che "*prima di quel momento, dunque, il diritto non può dirsi sussistente, perché non è ancora esistente il suo titolare*" (cfr. Corte Appello Roma n. 136/2022 cit.).

In altri termini, è solo con l'approvazione della graduatoria che può dirsi sussistente il titolare del diritto sancito dal bando e, correlativamente, può dirsi sorto il citato diritto (cfr. Corte Appello Firenze n. 331/2021).

Pertanto, essendo la data di approvazione della graduatoria successiva all'entrata in vigore della riforma Brunetta (1.1.2010), risulta irrilevante la

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

ricostruzione del quadro normativo anteriore alla riforma e la giurisprudenza amministrativa all'epoca formatasi, richiamata da parte appellata.

Infatti, quand'anche si ritenesse che prima dell'1.1.2010 era possibile bandire concorsi per progressione di area interamente riservati ai dipendenti già in servizio, a decorrere dall'1.1.2010 ciò non è più possibile.

5.4. E' altresì infondato l'assunto di parte appellata secondo cui la procedura di concorso interno in esame va assimilata *in toto* al concorso pubblico ed è quindi soggetta alla relativa disciplina, tra cui la validità triennale delle graduatorie ex art. 35 d.lgs. 165/2001.

In aderenza al condivisibile orientamento della giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, si è infatti in presenza di concorso "pubblico" in senso tecnico-giuridico solo laddove sia concesso l'accesso a soggetti terzi, che non siano dipendenti dell'amministrazione che bandisce quel concorso, salva la possibilità di riservare una limitata parte dei posti al personale interno; caratteri non presenti nel caso in esame (cfr., *ex multis*, Cass. 31166/2018; Corte Appello Torino n. 540/2019).

Quanto alle pronunce della Suprema Corte richiamate da parte appellata, è vero che la Corte ha fornito una lettura estensiva della nozione di "concorso pubblico", comprendendovi non solo i concorsi aperti agli esterni ma anche quelli riservati agli interni, ma ciò ha fatto nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 63, 4° co., d.lgs. n. 150/2001 e quindi in materia di riparto di giurisdizione, mentre la stessa Corte di Cassazione, anche di recente, ha ribadito e sottolineato la differenza fra il "concorso pubblico", aperto agli esterni, rispetto alle procedure di selezione interna.

Si richiama sul punto quanto affermato dalla Suprema Corte in una causa proposta nei confronti del MIBACT in fattispecie di progressione di carriera con concorso interno: "*la peculiarità delle selezioni interne destinate a consentire alle amministrazioni di valorizzare le professionalità già inserite nella organizzazione dell'Ente, nei limiti in cui sono concesse (Corte Costituzionale n. 363 del 2006; Cass. n. 25194 del 2016), non consentono, in fatti, di equipararle alle procedure concorsuali disciplinate dal d.p.r. n. 487 del 1994, recante le norme sull' "accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità*

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi" (così, in motivazione, Cass. 14803/2019).

5.5. Per quanto sopra osservato, nessun vincolo può derivare all'amministrazione dal bando di concorso, in quanto al momento della pubblicazione delle graduatorie l'eventuale obbligo di procedere all'assunzione in capo all'amministrazione era ormai divenuto giuridicamente impossibile a causa dell'entrata in vigore dello *ius superveniens* (cfr., *ex multis*, Corte Appello Roma n. 136/2022 cit.; Corte Appello Torino n. 540/2019 cit.).

In tal senso va richiamata, anche ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c., la recente sentenza della Corte Appello di Trieste n. 331/2021 la quale, in fattispecie identica a quella per cui è causa, ha osservato: "*Prima di tutto, il preteso diritto alla assunzione nella area C era ostacolato dallo ius superveniens rappresentato dal decreto legislativo n. 150/2009 - entrato in vigore dopo i bandi, ma prima della approvazione delle graduatorie - il quale nel contempo aveva: - eliminato ogni possibilità di progressione verticale mediante semplice procedura di selezione interna, imponendo che anche per l'accesso dall'interno all'area superiore fosse in ogni caso necessario il concorso pubblico, con eventuale quota di riserva di posti ai già dipendenti; - parificato in modo assoluto i requisiti di accesso dall'esterno a quelli per l'accesso dall'interno mediante riserva di posti, motivo per cui per accedere all'area superiore anche i dipendenti dovevano essere in possesso del medesimo titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno da parte dei non dipendenti. Pertanto, dal sopravvenire della nuova disciplina non erano più efficaci gli accordi collettivi, ed i relativi bandi, che prevedevano procedure di selezione per le progressioni interne del personale in aree superiori, differenti dal concorso pubblico, e che stabilivano requisiti culturali di accesso dall'interno diversi da quelli per l'accesso dall'esterno*".

I medesimi principi sono stati affermati dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui le graduatorie relative a progressioni verticali destinate al solo personale interno, indette prima del decreto legislativo 150/2009, non possono essere utilizzate dalla amministrazione per la copertura di posti diventati nel frattempo vacanti, dovendosi utilizzare – a far data dal 1 gennaio 2010 - il

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

concorso pubblico, con eventuale riserva agli interni (cfr. Consiglio di Stato, sentenze n. 1188/2018, n. 3448/2016, n. 3018/2016, 3284/2015).

Così si esprime sul punto il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3284/2015: "*Dopo l'entrata in vigore degli articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009 non può pertanto procedersi allo svolgimento di nuove procedure selettive con le modalità previste dall'art. 15 del CCNL e tanto meno può procedersi allo scorrimento di graduatorie risultanti dalle procedure selettive precedentemente svoltesi. Al riguardo la circolare n. 11786 del 22 febbraio 2011 del Dipartimento della Funzione Pubblica vieta di ricorrere allo scorrimento di graduatorie relative ad idonei delle progressioni verticali a decorrere dal 1° gennaio 2010. La successiva circolare n. 5 del 2013 del Dipartimento della funzione pubblica, precisa che «resta fermo il principio che, per effetto del richiamato articolo 24, comma 1, del d.lgs. 150/2009, l'utilizzo delle graduatorie relative ai passaggi di area banditi anteriormente al 1 gennaio 2010, in applicazione della previgente disciplina normativa, è consentito al solo fine di assumere i candidati vincitori e non anche gli idonei della procedura selettiva*".

5.6. Da quanto sopra discende altresì l'irrilevanza dell'eventuale diversa disciplina prevista dagli accordi collettivi in base ai quali era stato emesso il bando, accordi "*divenuti inapplicabili sul punto per la sopravvenuta riforma legislativa … in quanto l'accesso agli uffici pubblici è materia che l'art. 97 Cost. riserva alla legge*" (cfr. Corte Appello Firenze n. 331/2021 cit.).

Inoltre, come osservato da giurisprudenza in questa sede condivisa, sulla validità dell'accordo sindacale hanno certamente inciso le disposizioni dettate dalla riforma Brunetta: "*trattandosi di disposizioni imperative, non derogabili dalla contrattazione collettiva (cfr. art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 cit.), che vietano alle Amministrazioni sin dall'1.1.2010 di coprire posti vacanti ed effettuare le progressioni fra aree attraverso concorsi riservati solo agli "interni", è evidente che le previsioni dell'accordo sindacale (che fra l'altro fa salve "le disposizioni normative vigenti"), relative sia alla validità delle graduatorie sia al loro scorrimento, non possono che riferirsi più solo alle graduatorie dei concorsi pubblici strictu sensu, cioè ai concorsi aperti ad una platea indeterminata di soggetti esterni e non quindi ai concorsi interamente riservati al personale*

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

interno" (cfr. Corte Appello Torino n. 540/2019 cit.; Corte Appello Trieste n. 183/2019).

5.7. In relazione ai posti oltre il 920° (nei quali si erano collocati gli odierni appellati eccetto) lo stesso accordo sindacale del 12 luglio 2007 nemmeno prevedeva in termini assoluti l'obbligo di assumere dalle graduatorie, bensì lo limitava al caso del c.d. turn over in cui i posti messi a concorso si fossero resi in seguito disponibili per rinunce, pensionamenti, dimissioni o qualsiasi altro motivo riferito esclusivamente al personale risultato vincitore (e non all'intero personale dipendente del Ministero).

Per questi, a maggior ragione, la domanda si scontrerebbe comunque con il mancato rilascio dell'autorizzazione integrativa (inutilmente richiesta dal MIBACT al Dipartimento della Funzione Pubblica al fine di estendere la selezione interna dal 461 al 920 posto, indicati negli bandi), poiché i posti messi a concorso erano solo i primi 460 autorizzati, mentre le successive 460 assunzioni riferite ai posti banditi erano condizionate in modo sospensivo al rilascio della relativa autorizzazione, pacificamente mai rilasciata.

5.8. Non è, ancora, condivisibile il rilievo di parte appellata secondo cui la condizione sospensiva integrata dall'intervento dell'autorizzazione del Dipartimento della funzione pubblica dovrebbe considerarsi come avverata, in quanto imputabile ad una delle parti in causa, ai sensi dell'art. 1359 c.p.c.

Nella specie, come osservato da condivisibile giurisprudenza in fattispecie del tutto analoghe (cfr., *ex multis*, Corte Appello Torino n. 540/2019 cit.: Corte Appello Trieste n. 183/2019 cit.; Corte Appello Firenze n. 331/2021 cit.), la promulgazione del decreto legislativo in questione (d.lgs. 150/2009) è atto normativo e d'indirizzo politico (del Governo, su delega del Parlamento), pacificamente non equiparabile agli atti negoziali di diritto privato ai quali si applica la disciplina di cui all'art. 1359 c.c. relativa al mancato avveramento della condizione per fatto imputabile alla parte.

5.9. E' infine infondato il rilievo di parte appellata secondo cui il Ministero non avrebbe contestato in primo grado, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 115 c.p.c., che nell'abito dei posti autorizzati (i primi 460) si erano verificate

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

scoperture nel corso del triennio della validità della graduatoria, tali da consentire lo scorrimento della graduatoria.

Invero - premesso che tale rilievo è da ritenersi assorbito dalla circostanza che, a monte, non poteva procedersi ad alcuna assunzione per scorrimento della graduatoria a causa del legittimo diniego dell'autorizzazione all'assunzione espresso dall'amministrazione a seguito della riforma Brunetta - l'allegazione di parte appellata sul punto è da ritenersi generica.

Di qui l'incongruenza della deduzione sviluppata nel corso della discussione orale dal procuratore dei lavoratori nel sostenere come il bando prevedesse lo scorrimento della graduatoria per un numero dei posti pari alla metà di quelli vacanti (920 su 1840).

Peraltro, come osservato da condivisibile giurisprudenza di merito in analoghe fattispecie, parte ricorrente avrebbe dovuto allegare e provare quali specifici posti si sarebbero liberati e non genericamente dedurre che vi erano numerosi posti resisi vacanti (cfr. Corte Appello Torino n. 540/2019 cit.: Corte Appello Trieste n. 183/2019 cit.; Corte Appello Firenze n. 331/2021 cit.).

6. Per quanto sopra, assorbente rispetto ad ogni altra deduzione e difesa articolata dalle l'appello va accolto e, per l'effetto, le domande proposte dai ricorrenti in primo grado respinte.

7. La presente sentenza costituirà titolo per la restituzione degli importi eventualmente già pagati a favore della parte appellata e non dovuti all'esito del giudizio di appello, non potendosi pronunciare condanna alla restituzione come richiesta in ragione della mancanza di prova dei pagamenti.

8. L'esistenza di giurisprudenza anche di segno contrario giustificano la compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

PQM

La Corte, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe, rigettata ogni diversa istanza, eccezione e domanda, così provvede:

1) accoglie l'appello e, in riforma dell'impugnata sentenza, rigetta il ricorso proposto dai ricorrenti in primo grado;

2) compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

Venezia, 28.04.2022

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6

Il Consigliere est. Il Presidente

Lorenzo Puccetti Gianluca Alessio

Firmato Da: PUCCETTI LORENZO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 5b36dae9d290317e4e2106033883fdefa
Firmato Da: ALESSIO GIANLUCA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 56f59f24e7c1c1aed8840347fbfa75d6