

PROPOSTA DI NUOVA CIRCOLARE DEL DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, A TUTELA DELLE POSIZIONI DI DIRITTO SOGGETTIVO PIENO ACQUISITE PER EFFETTO DELLE PREGRESSE PROGRESSIONI VERTICALI INDETTE PRIMA DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE BRUNETTA (ANCHE ALLA LUCE DEL REGIME INTRODOTTO NELL'ART. 22, COMMA 15, DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 75 DEL 25.05.2017)

Con l'articolo 22, comma 15, del decreto legislativo n. 75 del 25.05.2017 (attuativo della delega per apportare modifiche e integrazioni al testo unico sul pubblico impiego), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 giugno u.s., il legislatore ha reintrodotto, sia pure in via transitoria (per gli anni 2018, 2019 e 2020), il vecchio istituto dei passaggi di area **riservati** ai soli dipendenti dell'Ente (che effettua la procedura di progressione di area). Si riporta il testo del summenzionato articolo: *“Per il triennio 2018-2020, le pubbliche amministrazioni, al fine di valorizzare le professionalità interne, possono attivare, nei limiti delle vigenti facoltà assunzionali, procedure selettive per la progressione tra le aree **riservate al personale di ruolo**, fermo restando il possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno. Il numero di posti per tali procedure selettive riservate non può superare il 20 per cento di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria. In ogni caso, l'attivazione di dette procedure selettive riservate determina, in relazione al numero di posti individuati, la corrispondente riduzione della percentuale di riserva di posti destinata al personale interno, utilizzabile da ogni amministrazione ai fini delle progressioni tra le aree di cui all'articolo 52 del decreto legislativo n. 165 del 2001. Tali procedure selettive prevedono prove volte ad accertare la capacità dei candidati di utilizzare e applicare nozioni teoriche per la soluzione di problemi specifici e casi concreti. La valutazione*

positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni, l'attività svolta e i risultati conseguiti, nonché l'eventuale superamento di precedenti procedure selettive, costituiscono titoli rilevanti ai fini dell'attribuzione dei posti riservati per l'accesso all'area superiore."

Orbene, se il recente legislatore ha reintrodotto – sia pure in via transitoria - le procedure **esclusivamente riservate al personale dipendente dell'Amministrazione** che bandisce i passaggi di area, in deroga all'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009 (art. 62 del testo unico sul pubblico impiego), ha evidentemente avvertito la impellente necessità di dare una concreta risposta ai tanti dipendenti pubblici che, avendo maturato una adeguata e pluriennale esperienza presso l'Amministrazione che ha posti vacanti nell'area superiore (a quella cui appartengono i dipendenti medesimi), meritano di partecipare ad una procedura "a loro riservata", senza che questo violi il principio del "concorso pubblico". La stessa Corte Costituzionale, infatti, ha in più occasioni sempre precisato che il legislatore può prevedere casi in cui il concorso debba, per particolari ragioni, **essere riservato** ai dipendenti di ruolo presso l'Ente, anziché essere aperto all'esterno, come di norma. 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**".*

Il decreto Madia n. 75/2017, pertanto, ha restituito nuovo fondamento e dignità alle procedure riservate, avvertendo l'improrogabile esigenza di **"promuovere"**, all'interno di ogni singola amministrazione, i dipendenti che hanno maturato **esperienza e competenza**. Molte volte, addirittura, i dipendenti hanno finanche svolto **"mansioni superiori"**, compiti riconducibili cioè ad un'area (o categoria) superiore a quella nella quale essi sono attualmente inquadrati. Bisogna quindi dare atto alla riforma Madia di avere in tal modo "mediato" tra "esigenze di rinnovamento" (in continuità con la legge Brunetta) e "conti in sospenso" con tutti quei dipendenti che ancora "meritano" una "progressione di carriera", e questo senza necessariamente doversi confrontare con "tutti" in una procedura "aperta". Il concorso "pubblico", a volte, anziché favorire i più capaci e meritevoli spesso si presta a forme di abuso per assumere persone "raccomandate", e pertanto è giusto aver previsto un regime transitorio finalizzato a promuovere "i più capaci", nell'ambito di coloro che hanno già maturato esperienza nell'amministrazione che deve coprire posti relativi ad aree superiori. Si tratta, cioè, di completare il cd. "sistema delle carriere", che la legge Brunetta aveva d'improvviso bloccato, senza prevedere un periodo transitorio.

La norma, inoltre, evoca la "precedente idoneità" conseguita in occasione di passate procedure, che diventa un "titolo valutabile".

Occorre allora verificare se, stante il “ritorno” - per legge - delle suddette procedure verticali “riservate”, esistono oppure no delle **graduatorie di procedure già espletate**, che essendo ancora **vigenti** potrebbero consentire alla singola amministrazione di avvalersi della graduatoria ancora vigente, anziché espletare una nuova procedura. In presenza di graduatorie vigenti per lo stesso titolo, sarebbe infatti **ILLEGITTIMO** – oltre che inutilmente dispendioso - **BANDIRE** una nuova procedura, anziché utilizzare le graduatorie esistenti, giacché una tale scelta potrebbe travolgere **posizioni di diritto soggettivo già maturate** per effetto di procedure sostanzialmente analoghe a quelle che oggi si possono bandire ex novo.

Il legislatore, come è noto, è intervenuto negli ultimi anni per “prorogare” la vigenza delle graduatorie dei concorsi pubblici. L’ultima proroga è quella “al 31.12.2017”, che oggi si intende prorogare (con la legge di bilancio per il 2018) fino “al 31.12.2018”. Orbene, sia la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (**ordinanza 9 febbraio 2009 n. 3005**) che l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (**sentenza 28 maggio 2012 n. 17**), e cioè i massimi consessi giurisdizionali, hanno anche chiarito che le procedure verticali riservate ai dipendenti, **sono anch’esse “pubblici concorsi”** in quanto si svolgono nelle forme delle “procedure di evidenza pubblica”. Dello stesso avviso, anche, la Corte dei Conti: v. **Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, parere del 10 aprile 2013 n. 137**, che afferma: “*le disposizioni relative all’ultrattività di graduatorie concorsuali efficaci e vigenti si applicano anche a graduatorie formate all’esito di procedure ‘interne’ alla pubblica amministrazione, trattandosi a tutti gli effetti di procedure pubblicistiche ad evidenza pubblica...*”.

E’ vero che dal 1 gennaio 2010 (per gli enti locali dal 1 gennaio 2011), cioè con l’entrata in vigore dell’art. 24 del d.lgs. 150-2009 (cd. “legge Brunetta), le Circolari e i Pareri resi dal Dipartimento della Funzione Pubblica e dal Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato hanno messo in evidenza che, per effetto di tale

legge Brunetta, le Pubbliche Amministrazioni avrebbero da quel momento in poi potuto utilizzare le graduatorie dei concorsi interni già espletati **solo al fine di assumere i “vincitori” e non anche gli “idonei”**. Come specificato, infatti, nel **Decreto del PCM del 10.03.2011**, *“le richieste relative a progressioni verticali si considerano legittime solo se riguardanti assunzioni **di vincitori** di procedure bandite anteriormente al 31 dicembre 2009, in conformità a quanto previsto dall’art. 24 del citato decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, ferme restando le autorizzazioni a bandire concesse entro la medesima data del 31 dicembre 2009, ai sensi dell’art. 35, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel limite numerico autorizzato”*. Quindi, mentre per i vincitori è fuori discussione il fatto che la novella legislativa non trovi applicazione, per gli idonei la possibilità di essere inquadrati nei “posti vacanti e disponibili” è preclusa dall’entrata in vigore della riforma.

Senonchè, **è proprio il concetto di “vincitori” che deve essere meglio illustrato e chiarito, alla luce della consolidata giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione.**

Secondo i noti orientamenti della Suprema Corte di Cassazione, **se il bando di concorso prevede lo “scorrimento della graduatoria”** il lavoratore collocato in posizione utile, anche se idoneo non vincitore, **ha diritto all’assunzione**. L’istituto del c.d. “scorrimento della graduatoria”, che consente ai candidati semplicemente idonei di divenire **vincitori effettivi**, precludendo l’apertura di nuovi concorsi, presuppone necessariamente una **decisione dell’amministrazione di coprire il posto**: ma, una volta assunta, tale decisione risulta equiparabile, nella sostanza, all’espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con identificazione degli ulteriori vincitori, ancorché mediante l’utilizzazione dell’intera sequenza di atti apertasi con il bando originario, recante la c.d. *lex specialis* del concorso, e conclusasi con l’approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere (**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 19595 del 12.11.2012**).

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”*.

Proprio con riferimento agli effetti giuridici discendenti dai **bandi** relativi a **concorsi interni** indetti dalle pubbliche amministrazioni, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che *“...il superamento del concorso consolida nel patrimonio dell’interessato l’acquisizione di una situazione giuridica individuale 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).

Tutto questo discorso può dunque riassumersi enucleando il seguente principio di diritto: gli articoli 62 e 24 del d.lgs. n. 150-2009, nel prevedere che *“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”, “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”, dettano il nuovo quadro normativo di riferimento per le “progressioni di area” con riferimento ai nuovi bandi di concorso, ovvero con riferimento alle decisioni di coprire posti vacanti, tramite scorrimento delle graduatorie già esistenti, non ancora adottate prima della suddetta data. Ciò in quanto, le suddette previsioni legislative non contengono alcuna enunciazione che le renda immediatamente applicabili alle progressioni già bandite nel vigore della normativa preesistente. Nè dette norme sopravvenute potrebbero comunque privare di efficacia i bandi di progressioni già indette, laddove i suddetti bandi 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 in ordine allo scorrimento delle graduatorie stesse.

Alla luce di questa consolidata giurisprudenza, pertanto, è possibile integrare il contenuto dei pareri e delle circolari già rese sull'argomento, anche alla luce del reintrodotta regime delle progressioni riservate, stabilendo che: le graduatorie relative alle progressioni indette prima dell'entrata in vigore della riforma Brunetta, per coprire posti vacanti e disponibili in pianta organica, possono essere utilizzate non solo per i cd. “vincitori iniziali”, cioè per coloro che rientrano nel contingente originario di posti banditi, ma anche per i cd. “vincitori successivi”, e cioè per coloro che, pur non rientrando nel predetto numero di posti banditi in origine, si collocano tuttavia in posizione utile per rientrare nei posti successivamente coperti, sulla base di

una decisione adottata dall'amministrazione di "scorrimento della graduatoria", prima dell'entrata in vigore della legge Brunetta. In altre parole, se i bandi di concorso o altro provvedimento dell'amministrazione, prevedenti lo "scorrimento delle graduatorie" di progressioni verticali riservate, fossero stati adottati **prima dell'entrata in vigore della legge Brunetta**, lo scorrimento delle graduatorie sarebbe ancora possibile e le suddette graduatorie sarebbero quindi utilizzabili anche per gli "idonei", essendo quest'ultimi di fatto assimilabili in tutto e per tutto ai "vincitori", con la conseguenza di poter consentire in tali casi l'utilizzo delle graduatorie, come già previsto nelle circolari in precedenza adottate.

A tale conclusione, che si pone in armonia e coerente sviluppo con i pareri già resi dal Dipartimento della Funzione Pubblica, si giunge anche alla luce del fatto che sarebbe altrimenti illegittimo bandire nuove procedure di progressione riservata ai dipendenti, laddove l'amministrazione fosse ancora "inadempiente" circa lo scorrimento di graduatorie ancora vigenti.

In subordine alla mancata approvazione della prima proposta, si insiste nella

PROPOSTA DI EMENDAMENTO ARTICOLO SULLA PROROGA DELLE GRADUATORIE DEI CONCORSI PUBBLICI

PREMESSO CHE:

l'articolo 4, comma 4, del decreto-legge n. 101 del 2013, convertito (con modificazioni) in legge n. 125 del 2013, dispone che «L'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni, è prorogata fino al 31 dicembre 2016»; l'art. 1, comma 368, della legge n. 232/2016 (legge di bilancio per l'anno 2017) ha esteso la suddetta proroga fino al 31.12.2017;

già prima dell'entrata in vigore di tali norme, si era venuto a creare, dopo l'approvazione del decreto legislativo n. 150 del 2009 (cosiddetta legge Brunetta), un enorme contenzioso – tutt'ora pendente – in ordine all'utilizzabilità delle graduatorie relative alle progressioni verticali o concorsi interni (banditi anteriormente all'entrata in vigore di detta normativa), ai fini dell'assunzione dei vincitori e degli idonei (nei posti ascrivibili a qualifiche superiori);

nonostante il parere contrario – all'utilizzabilità di dette graduatorie – espresso nelle note circolari della Funzione Pubblica del 2011 e 2013 (l'ultima delle quali è intervenuta dopo l'approvazione del decreto-legge n. 101 dell'ex governo Letta), migliaia di dipendenti hanno proposto ricorsi, dimostrando al Giudice che dette progressioni verticali o concorsi interni costituiscono «Pubblici Concorsi» a tutti gli effetti, e dunque la proroga è un istituto applicabile anche a dette graduatorie, non solo a quelle dei concorsi esterni (v. sentenza n. 1693 del 17 febbraio 2014 del Tribunale di Roma, sezione lavoro; sentenza n. 9960 del 27 ottobre 2014 del Tribunale di Roma, sezione lavoro; sentenza del Tribunale di Roma n. 4850 del 13.05.2015; sentenza Tar Lazio n. 3444 del 17 aprile 2012; sentenza Tar Lazio n. 1889 del 23 febbraio 2013; sentenza del Consiglio di Stato n. 6248 del 27 dicembre 2013; sentenza del Consiglio di Stato n. 1061 del 05 marzo 2014). Per di più, il Giudice ha riconosciuto il «Diritto allo scorrimento» delle predette graduatorie anche per gli idonei, e non solo l'utilizzo delle medesime per i soggetti risultati vincitori; vi sono state anche pronunce difformi da parte del Consiglio di Stato (v. sentenza n. 136 del Consiglio di Stato del 16 gennaio 2014, che richiama il parere reso dall'Adunanza generale n. 4625 del 06 novembre 2012). Ma tali pronunciamenti sono la conseguenza del nuovo orientamento legislativo inaugurato dalla legge Brunetta, il quale impone determinate modalità di accesso (riserva all'esterno di almeno la metà dei posti banditi) e determinati requisiti culturali (titoli di studio) anche per le progressioni fra aree. Si tratta, tuttavia, di vincoli che concernono le nuove procedure di reclutamento del personale, non l'utilizzo delle graduatorie afferenti procedure già concluse. Diversamente opinando, si andrebbe ad interpretare restrittivamente – a posteriori – la normativa sulla proroga dell'efficacia delle graduatorie concorsuali (normativa inaugurata sin dalla legge finanziaria del 2002) e retroattivamente – a priori – la stessa legge Brunetta (che impone nuovi requisiti per le procedure avviate successivamente alla sua entrata in vigore, ma non regola l'utilizzo di graduatorie già approvate prima di detta entrata in vigore). Per di più, migliaia di dipendenti pubblici si vedrebbero così «discriminati» solo perché collocati in graduatorie relative a concorsi riservati al personale (quando tuttavia detti concorsi erano pienamente legittimi);

Poiché in questi giorni è all'esame del parlamento il testo, è opportuno inserire un emendamento all'articolo...., tramite l'inserimento del “comma....”, in cui si chiarisca che: *“agli effetti delle disposizioni sulla proroga*

della validità ed efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici contenute nei provvedimenti normativi adottati in precedenza e nel presente articolo, per 'concorsi pubblici' si intendono anche i concorsi interamente riservati al personale e le progressioni verticali già banditi anteriormente alla data di entrata in vigore degli articoli 24 e 62 del d.lgs. n. 150 del 2009”.

Come chiarito nella RELAZIONE effettuata dalla Commissione Bilancio al Senato, tutte le disposizioni anzi dette recanti la proroga dell'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici, non hanno effetti sul bilancio dello Stato, dal momento che restano invariate le facoltà assunzionali nei limiti del “turn over”, come fissati nella legge di bilancio per l'anno 2017. Ed anzi, includendo le graduatorie dei concorsi interni, concernenti personale già in servizio presso le pubbliche amministrazioni, si otterrebbe un **risparmio di spesa nelle assunzioni**, che consentirebbe, nei limiti di assunzione del personale fissati nella legge di bilancio, di **poter coprire un maggior numero di posti vacanti e disponibili nelle varie aree** in cui è attualmente classificato il personale dipendente delle pubbliche amministrazioni.

Roma, 19 novembre 2017

Avv. Giuseppe Pio Torcicollo