

N. 367/18 Ruolo Generale

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI GENOVA
SEZIONE LAVORO

La Corte, composta da

Dott. Marina Aicardi	Presidente rel.
Dott. Paola Ponassi	Consigliere
Dott. Paolo Viarengo	Consigliere

nella pubblica udienza del 19 dicembre 2018 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sull'appello proposto da:

Ministero dei Beni e delle Attività Culturali, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato, legale domiciliataria in 16129 Genova, viale Brigate Partigiane 2, (pec genova@mailcert.avvocaturastato.it e, ai fini del processo telematico, ads.ge@mailcert.avvocaturastato.it)

appellante

CONTRO

[REDACTED], rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Torcicollo (c.f. TRC GPP 70P24 C349 V), ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma (RM), via Carlo Mirabello n. 11 (PEC: giuseppetorcicollo@ordineavvocatiroma.org; FAX 06-37519932), giusta procura speciale depositata telematicamente
appellata

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per l'appellante:



“Voglia l’Ill.ma Corte adita, in accoglimento del gravame proposto avverso l’impugnata sentenza e in totale riforma della stessa, respingere integralmente le domande tutte ex adverso formulate nel ricorso di primo grado, condannando parte appellata alla restituzione di quanto medio tempore eventualmente percepito; con vittoria di spese ed onorari”.

Per l’appellata:

“Si insiste, pertanto, per il rigetto del ricorso in appello. Con condanna alle spese e compensi di lite, oltre spese generali, IVA e CPA, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore antistatario.

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato dinanzi al Tribunale della Spezia [REDACTED] [REDACTED] a esponeva che: era dipendente del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (MIBACT), inquadrata nell’area professionale seconda (ex area “B”); aveva partecipato al corso-concorso, per titoli ed esame, per il passaggio interno dall’area “B” all’area “C”, posizione economica C1, ai sensi e per gli effetti dell’art. 15, comma 1, lettera A) del CCNL Ministeri 1998- 2001; detti corsi-concorsi erano stati oggetto dell’accordo con le organizzazioni sindacali del 6/12/2005, nel quale era stato stabilito che i posti da mettere a concorso riservato ai dipendenti, per il passaggio dall’area B all’area C, posizione economica C1, sarebbero stati 920; in risposta alle note del 22/12/2005 e del 22/2/2007 con le quali il MIBACT aveva richiesto il rilascio della prescritta autorizzazione governativa, tramite DPCM, per avviare le procedure di passaggio tra le aree, con DPCM del 16/1/2007 il Governo autorizzava l’indizione dei



suddetti concorsi, ma rispetto ai posti richiesti dal Ministero ne autorizzava, per ragioni attinenti ai vincoli di bilancio e alle limitazioni assunzionali contenuti nelle leggi finanziarie, solo la metà, ossia 460 posti per l'accesso alla posizione C1; nell'accordo del 12/7/2007 con le organizzazioni sindacali era stato stabilito che: *“Art. 2. Fatte salve le disposizioni normative vigenti, le graduatorie relative ai passaggi tra le aree rimarranno valide sino a nuovi bandi.... 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”*; nell'accordo del 13/7/2007 era stato stabilito che *“si metteranno a concorso i posti autorizzati, adeguando successivamente le assunzioni all'autorizzazione integrativa, per un numero totale di 920...Nei bandi di selezione sarà pertanto indicato il numero complessivo di posti (pari a 920 per tutti i profili professionali), la cui copertura sarà disposta nel rispetto delle norme di cui sopra”*; in data 24/7/2007 erano stati pubblicati n. 10 BANDI per il passaggio dall'area B alla posizione economica C1, relativamente a vari profili professionali, tra cui quello di *Archivista di Stato per n. 86 posti*; con decreto direttoriale del 29/7/2010, erano state approvate le graduatorie regionali di merito (vincitori e idonei) per i profili professionali di “Archeologo”, “Architetto” e “Storico dell'Arte”, in relazione alle regioni di cui agli elenchi allegati, nonché le graduatorie regionali dei (relativamente ai posti autorizzati); con successivo decreto direttoriale del 29.11.2010; le suddette graduatorie regionali di merito erano confluite in 3 graduatorie “unificate” (nazionali), una per ogni



profilo per consentire ai soggetti collocati in graduatorie concorsuali di regioni diverse da quella di destinazione di optare per essere inquadrati nei posti rimasti vacanti nella suddetta regione, una volta esaurita la relativa graduatoria; essa ricorrente aveva superato, per la Regione Liguria, il corso-concorso per il profilo professionale di Archivista di Stato, collocandosi nella relativa graduatoria finale di merito come semplice idonea, cioè posizionata in graduatoria oltre i posti complessivamente banditi.

Secondo la ricorrente l'essere risultata idonea aveva determinato la sussistenza di un diritto che discendeva dagli accordi predetti, dagli atti amministrativi succitati e dal bando stesso, in quanto il Ministero aveva anche assunto l'impegno di effettuare: 1) sia la copertura dei restanti 460 posti banditi ma non autorizzati (copertura subordinata solo "temporalmente" al rilascio di "autorizzazione"); 2) sia la copertura dei posti divenuti in seguito vacanti "nell'ambito di quelli banditi", effettuando lo scorrimento delle graduatorie di merito durante la vigenza (triennale) delle medesime; per altro il Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, poco tempo dopo l'approvazione delle prime graduatorie avvenuta in data 29/7/2010 aveva espresso parere negativo circa la possibilità di utilizzo delle dette graduatorie, stante il disposto del comma 1-bis dell'art. 52 del D.Lgs. 165/01 introdotto dall'art. 62 del D.Lgs. 150/2009, in quanto la novella legislativa impediva "lo scorrimento" delle graduatorie scaturite da concorsi interamente riservati al personale interno, inoltre la proroga della vigenza delle graduatorie, prevista da vari provvedimenti legislativi, non si applicava alle graduatorie dei concorsi



interni, non essendo quest'ultimi "concorsi pubblici" a tutti gli effetti. Rilevava però la ricorrente che le graduatorie erano rimaste in vigore almeno fino al 19.12.2015 e che nel periodo di vigenza nell'area III del MIBACT si era verificata una sopravvenuta carenza di organico, per cessazioni dal servizio, trasferimenti, ecc, tale da consentire, come previsto negli accordi, lo scorrimento delle graduatorie e l'inquadramento in area III, posizione economica F1 (ex posizione C1), di un numero di idonei, ulteriori rispetto a quelli da destinare ai 460 posti banditi ma in attesa di autorizzazione, e, a sostegno di ciò, richiamava la lettera del Direttore Generale del MIBACT indirizzata al Dipartimento della Funzione Pubblica ed al Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato presso il MEF, del 23/3/2016, in cui si segnalava una *vacanza organica, limitatamente alla III area, pari a 1032 unità di personale, solo in parte assorbita dall'assunzione di 500 unità, vacanza destinata ad aggravarsi perché nel biennio 2016-2017 erano previste circa 650 cessazioni per collocamento a riposo e che, conseguentemente, era intento del MIBACT attingere alla graduatoria degli idonei per un numero complessivo di 460 unità della procedura di passaggio tra le aree tenuto conto della piena capienza finanziaria a carico delle facoltà assunzionali...* Da tale lettera emergeva, quindi, che sussistevano tutti i presupposti per dare corso alla copertura sia dei residui 460 posti previsti nei bandi e non immediatamente autorizzati, sia alla copertura dei posti resisi vacanti durante i suddetti trienni ed in precedenza occupati. In particolare ad avviso della ricorrente durante il triennio anche una quota parte dei posti coperti in area III erano successivamente divenuti vacanti, aggiungendosi ai



460 posti in attesa di autorizzazione. Pertanto se il Dipartimento della Funzione Pubblica e il Dipartimento del MEF non avessero espresso parere negativo in ordine alla persistente utilizzabilità ed al conseguente scorrimento, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, delle graduatorie l'effettiva carenza dei posti e il venir meno dei limiti di natura economica avrebbero certamente consentito di inquadrare non solo i 460 "ulteriori vincitori", ma anche una quota parte dei restanti idonei, a causa delle cessazioni sopravvenute in area III durante il triennio di vigenza, così come si era obbligato a fare il MIBACT. E doveva escludersi l'applicabilità della c.d. legge Brunetta, in quanto successiva ai Bandi e non retroattiva. In particolare evidenziava la ricorrente che la decisione di effettuare lo scorrimento delle graduatorie, era stata adottata nei bandi stessi e negli atti ed accordi presupposti quando era ancora vigente la precedente normativa legislativa.

Quanto all'applicabilità della normativa che aveva disposto la proroga delle graduatorie anche a quelle afferenti le progressioni verticali riservate, come era quella in questione, richiamava in senso favorevole alcune pronunce del giudice amministrativo e rilevava che secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza maggioritaria i "concorsi interni", erano "pubblici concorsi". Per contro le circolari della Funzione Pubblica negavano la proroga alle graduatorie afferenti i concorsi interni banditi prima dell'entrata in vigore della riforma Brunetta perché la "proroga di vigenza" delle graduatorie dei "concorsi pubblici" riguardava solo le graduatorie dei concorsi aperti all'esterno in quanto la legge Brunetta imponeva che, a



decorrere dalla gennaio 2010, le progressioni fra le aree dovevano avvenire tramite concorso “pubblico” inteso come concorso “aperto all’esterno”, così abrogando le graduatorie già approvate quando non era ancora vigente detta normativa. Rilevava poi la ricorrente che qualora il Tribunale avesse ritenuto che essa ricorrente, entro il triennio dall’approvazione della graduatoria non potesse ancora essere inquadrata nel posto vacante (ipotesi certamente remota e da escludere in quanto, nel suddetto triennio – 2013-2015 - vi era un numero di posti vacanti in area III, e già vigenti all’epoca dell’indizione delle selezioni, tale da coprire interamente la domanda azionata dal ricorrente), poteva tuttavia accogliere la domanda subordinata di inquadramento “entro la data del 31/12/2017”. Osservava infine che secondo l’orientamento della Suprema Corte, se il bando di concorso prevedeva lo “scorrimento della graduatoria”, il lavoratore collocato in posizione utile aveva diritto all’assunzione e richiamava la pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite n. 19595 del 12/11/2012, nonché altra pronuncia della Cassazione secondo cui *il diritto del partecipante al concorso all’assunzione mediante ‘scorrimento della graduatoria’ presuppone 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, obbligo che 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*. Nel caso di specie negli accordi e bandi di concorso del luglio 2007 si prevedeva che “*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'Amministrazione, pertanto, era "inadempiente" rispetto alla "promessa al pubblico" contenuta nei bandi.

La ricorrente chiedeva, pertanto, accertarsi il proprio diritto ad essere inquadrata in Area III, posizione economica F1, nel profilo professionale di Archivista di Stato, a decorrere dalla data del 19.12.2015 o, in subordine, dal 31/12/2017, con i conseguenti provvedimenti in tema di liquidazione delle differenze retributive, riconoscimento dell'anzianità e riconoscimento dell'anzianità.

Si costituiva il Miur che eccepiva il difetto di giurisdizione e la prescrizione, e chiedeva comunque il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Con sentenza del 28/6/2018 il Tribunale accoglieva il ricorso, ritenuta la propria giurisdizione e competenza, dichiarava il diritto della ricorrente all'inquadramento giuridico ed economico nella terza area, p.e. F1, profilo professionale di Archivista di Stato, CCNL di Comparto, a decorrere dal 19/12/2015, disapplicando gli atti contrastanti col presente accertamento, con conseguente diritto della ricorrente al pagamento delle conseguenti differenze retributive, da detta data in avanti, nei limiti della prescrizione quinquennale a decorrere a ritroso dalla data di notifica del ricorso, oltre, sugli arretrati non prescritti e fino al loro saldo, la maggior somma tra rivalutazione monetaria ed interessi al saggio legale, da determinare sul capitale al netto di ritenute previdenziali assistenziali, erariali, con



quantificazione rimessa a separata sede, al riconoscimento della corrispondente anzianità di servizio e alla ricostruzione della carriera; compensava le spese di lite.

Avverso tale sentenza proponeva appello il MIBACT.

L'appellante rilevava in primo luogo che la [REDACTED] non solo non rientrava tra le posizioni bandite ed autorizzate, ma nemmeno in quelle eventualmente in attesa di autorizzazione, ragion per cui la sua posizione non era qualificabile in termini di "idoneo" ma piuttosto come "mero partecipante".

Osservava poi che a seguito dell'entrata in vigore della c.d. riforma Brunetta ogni Amministrazione, a partire dal 2010, per la progressione dei propri dipendenti tra le aree di inquadramento, era impossibilitata ad attingere da graduatorie di procedure selettive interne, fossero esse approvate prima o dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009. Secondo l'appellante tale riforma aveva abolito la possibilità di ricorso alle selezioni interne per la progressione verticale ed aveva introdotto, a partire dal 1 gennaio 2010, l'obbligo della copertura integrale dei posti disponibili tramite concorso pubblico, prevedendo la sola facoltà di riservarne fino al 50% al personale interno dotato dei requisiti richiesti dal bando, e non poteva procedersi allo scorrimento in favore degli idonei di una graduatoria di una procedura bandita anteriormente al 31 dicembre 2009.

L'appellante censurava quindi la sentenza impugnata per aver ritenuto che sussistesse un obbligo per l'Amministrazione, assunto con l'accordo del 12 luglio 2007, a scorrere le graduatorie e ad assumere gli idonei e il diritto per



la ricorrente all'assunzione per effetto di tale scorrimento. Infatti nell'accordo del 12/7/2007, e precisamente nell'art. 2 comma 1, il MIBACT aveva fatto salve le disposizioni normative vigenti al momento della scelta di scorrere le graduatorie. Inoltre il secondo comma dell'art. 2 di tale accordo subordinava lo scorrimento dei posti al rispetto dell'art. 15 comma 2 del CCNL /1998/2001 secondo cui i passaggi tra le aree avvenivano nei limiti della dotazione organica e dei contingenti in essa previsti, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno del personale per le assunzioni dall'esterno in base alle vigenti disposizioni e con le medesime regole di cui all'articolo 6 del d.lgs. 29/1993. Né poteva affermarsi un obbligo allo scorrimento in base alle disposizioni del bando, il quale per le restanti 43 unità di personale prevedeva comunque la necessità dell'autorizzazione del Dipartimento della funzione pubblica. Tale autorizzazione non era un mero atto interno, bensì un presupposto di legittimità della procedura concorsuale previsto espressamente dall'art. 35 D.Lgs. 165/2001; e la mancanza di un presupposto necessario al provvedimento amministrativo, stante la sua duplice natura amministrativa e negoziale, inficiava anche la validità dei successivi atti negoziali stipulati. Anche ragionando in termini civilistici non poteva ritenersi che la condizione consistente nell'autorizzazione si fosse avverata ex art. 1359 c.c., in quanto detta autorizzazione non era stata concessa e ciò non era imputabile ad essa appellante. In particolare evidenziava che, come ritenuto dal Tribunale di Torino, detta condizione non era né impossibile né meramente potestativa, trattandosi di condizione che dipendeva dalla scelta discrezionale di un soggetto terzo.



Ancora osservava l'appellante che secondo la giurisprudenza maggioritaria l'Amministrazione non aveva il dovere di attingere dalla graduatoria per coprire i posti che si rendevano vacanti durante il periodo della sua vigenza, ragion per cui l'idoneo non vincitore era titolare di un'aspettativa e non di un diritto e solo un'effettiva scelta della P.A. di ricorrere allo scorrimento della graduatoria poteva determinare un obbligo per la P.A. di servirsene entro il termine di efficacia della stessa.

Secondo l'appellante, contrariamente a quanto sostenuto dalla controparte, doveva poi escludersi che al concorso interno in questione potesse applicarsi la normativa in tema di proroga dell'efficacia delle graduatorie. Infatti la giurisprudenza richiamata dall'odierna appellata nel giudizio di primo grado non riguardava il concetto di "concorso pubblico" in sé, bensì la nozione di "procedure concorsuali finalizzate all'assunzione"; inoltre, tale tematica era stata esaminata dalla Cassazione al solo fine di stabilire l'esatto discrimine tra la giurisdizione amministrativa e ordinaria in materia di procedure concorsuali. Tale giurisprudenza, quindi, non si era pronunciata con l'intento di assimilare il concorso pubblico (aperto agli esterni) alle progressioni verticali (riservate esclusivamente agli interni), ma aveva affrontato la questione solo al fine di affermare la giurisdizione nel caso in cui insorgessero controversie attinenti procedure concorsuali riservate agli interni e comportanti il passaggio ad una fascia o area superiore. Pertanto i principi enunciati nelle pronunce richiamate dall'appellata non potevano colmare il divario esistente tra una procedura concorsuale chiusa all'esterno e il concorso pubblico che, per definizione, richiedeva che anche gli esterni



avessero la possibilità di parteciparvi. Dal che derivava la preclusione dell'art. 24 L. 150/2009 che per le nuove assunzioni richiedeva il concorso pubblico. In particolare, come ritenuto dal Consiglio di Stato, dall'art. 24 citato era possibile ricavare a contrario una definizione legislativa di concorso pubblico, rinvenibile quando lo stesso era riservato a soggetti estranei all'amministrazione ed in cui la riserva di posti a favore dei candidati interni non poteva superare la percentuale del cinquanta per cento. Conseguentemente, poiché la selezione in relazione alla quale l'appellata aveva chiesto lo scorrimento non consentiva la partecipazione di candidati esterni, detta selezione non era un concorso pubblico. Non essendosi in presenza di un concorso pubblico non poteva applicarsi l'art. 4, comma 4. D.L. 1001/2013 che aveva prorogato fino al 31/12/2017 l'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, vigenti alla data del 1° settembre 2013, relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni.

Infine l'appellante lamentava che il primo giudice aveva errato nel ritenere che il D.Lgs. 150/2009 non fosse di ostacolo allo scorrimento delle graduatorie stante il principio tempus regit actum e considerato che non era stata prevista la sua applicabilità a situazioni formatesi e regolate dalla disciplina a suo tempo vigente. A dire dell'appellante il primo giudice non aveva considerato che ciò che rilevava era il momento in cui sorgeva l'esigenza di copertura dei posti e, quindi, quello della decisione della P.A. di procedere alla copertura dei posti e non la data in cui si era svolto il concorso. Inoltre doveva considerarsi che il decreto Brunetta era entrato in



vigore quando le graduatorie in questione non erano state ancora approvate e che la posizione giuridica soggettiva del candidato diventava diritto all'assunzione solo al momento dell'approvazione della graduatoria da cui fosse risultato in posizione utile rispetto ai posti messi a concorso.

Doveva poi ricordarsi la giurisprudenza costituzionale, in particolare C. Cost. 373/02, che impediva di riservare il 100% dei posti messi a concorso al personale interno, nonché Corte Cost. 194/2002 da cui emergeva che forme di restrizione dei soggetti legittimati a partecipare al concorso pubblico potevano considerarsi ragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che potevano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione. E, aggiungeva l'appellante, che le norme del d.lgs. n. 165/2001, come modificato ad opera del d.lgs. 150/09 in tema di assunzioni, erano norme "imperative" che disciplinavano tutte le assunzioni conclusesi dopo la loro entrata in vigore, anche in deroga alla contrattazione collettiva. Nel caso di specie la graduatoria del profilo professionale della [REDACTED] era stata approvata il 20/12/2012, ossia ben dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n.150/2009 e, quindi, il procedimento concorsuale si era concluso dopo l'entrata in vigore del decreto Brunetta.

Si costituiva l'appellata che resisteva all'appello e ne chiedeva il rigetto.

Evidenziava in primo luogo che il MIBACT in primo grado non aveva mai posto questione circa la specifica posizione in graduatoria di essa appellata e la mancanza, fra i posti banditi, di un numero di posti divenuti vacanti corrispondente alla posizione da essa occupata in graduatoria. Quanto al fatto che 460 posti erano stati messi nel bando subordinando la loro



copertura all'autorizzazione osservava che l'autorizzazione non era una condizione per l'insorgenza del diritto ma era condizione per l'efficacia di un diritto già esistente e il Ministero era già titolare del potere di bandire i posti non autorizzati perciò il fatto che l'autorizzazione definita come integrativa nel bando fosse stata negata era un comportamento illegittimo della P.A, posto che l'autorizzazione era stata originariamente negata per ragioni di controllo della spesa e secondo la normativa vigente in quel momento, mentre poi era stata negata per contrasto con la normativa Brunetta intervenuta dopo l'indizione del concorso. Inoltre la legge Brunetta non precludeva lo scorrimento di graduatorie approvate in seguito a bandi di concorso interno emanati prima della sua entrata in vigore e la decisione di coprire posti disponibili era già stata assunto con il bando. Ancora osservava che, poiché il diniego di autorizzazione era illegittimo, la condizione doveva ritenersi come avverata, come ritenuto dalla Corte d'Appello di Palermo, e comunque l'atto amministrativo illegittimo non poteva pregiudicare un diritto soggettivo e doveva essere disapplicato. Doveva poi escludersi che l'autorizzazione fosse un atto di macrorganizzazione, trattandosi di un atto con cui un organo di controllo esterno all'amministrazione banditrice verificava se la copertura dei posti era conforme alla legge vigente nel momento in cui la richiesta era stata fatta e se il diniego era illegittimo lo stesso poteva essere disapplicato.

All'udienza del 19/12/2018 questa Corte, ascoltate le conclusioni delle parti, emetteva l'allegato dispositivo.

.*.*.*



Preliminarmente si osserva che la questione di giurisdizione non è più suscettibile di esame nel presente grado. Infatti costituisce orientamento giurisprudenziale consolidato quello secondo cui una volta che il giudice di primo grado abbia in modo espresso pronunciato sulla giurisdizione, tale questione può formare oggetto solo di motivo di impugnazione, mentre non può più formare oggetto di rilievo d'ufficio nell'ulteriore corso del processo (v. tra le altre Cass. sez. un. 13/05/2013 n. 11340). Nel caso in esame il Tribunale ha espressamente esaminato la questione di giurisdizione, ritenendo la giurisdizione del giudice ordinario; il Miur non ha censurato la sentenza sul punto; né la questione è stata oggetto di appello incidentale. Ciò premesso l'appello è infondato e come tale non merita accoglimento.

Infatti l'odierna appellata nel ricorso introduttivo di primo grado, dopo aver affermato che nella graduatoria finale di merito era risultata semplice idonea, ha asserito che nel periodo di vigenza delle graduatorie nell'area III del MIBACT si era verificata una sopravvenuta carenza di organico, per cessazioni dal servizio, trasferimenti, ecc, tale da consentire, come previsto negli accordi, lo scorrimento delle graduatorie e l'inquadramento in area III, posizione economica F1 (ex posizione C1), di un numero di idonei, ulteriori rispetto a quelli da destinare ai 460 posti banditi ma in attesa di autorizzazione. Tale allegazione in fatto della ricorrente non è stata contestata dal Ministero allorché si è costituito nel giudizio di primo grado.

Pertanto deve ritenersi incontestato che durante la vigenza della graduatoria si è verificata una scoperta di organico tale da consentire l'assegnazione non solo dei 43 posti di Archivistato di Stato banditi ma non autorizzati, ma



anche di ulteriori posti, liberatisi anch'essi per effetto di cessazioni dal servizio, trasferimenti ed altre cause e come tali suscettibili di assegnazione a quei soggetti che, come la ██████████, pur non avendo raggiunto in graduatoria una posizione tale da poter ottenere uno dei 43 posti banditi ma non autorizzati, erano comunque risultati idonei.

Non solo, il primo giudice, dopo aver evidenziato che *“l'Amministrazione, col detto accordo (cioè l'accordo del 12 luglio 2007 ndr), si era già vincolata a scorrere le graduatorie e ad assumere gli idonei verificandosi il presupposto”*, ha poi affermato che *“Sussistono poi i presupposti per invocare il diritto all'assunzione per effetto dello scorrimento delle graduatorie {rectius, in forza dell'obbligo assunto dall'Amministrazione con l'accordo del 12 luglio 2007), posto che sono documentali la scoperta organica e la capienza finanziaria [v. doc. n. 18), ric. e nn. 3) e 6), dep. il 18 giu. 2018}; alla luce di ciò, deve concludersi che le scoperture sussistevano anche alla data del 19 dicembre 2015”*. Il Ministero non ha censurato tale parte della sentenza in cui e' stata ritenuta dimostrata una scoperta organica tale da consentire l'assegnazione dei posti anche agli idonei.

Le considerazioni esposte consentono, quindi, di superare l'assunto del Ministero secondo cui la ██████████ non potrebbe vantare alcun diritto in quanto mera partecipante.

Ciò posto si osserva che e' indubbio che l'Amministrazione non e' di per sé obbligata a procedere allo scorrimento della graduatoria per coprire posti vacanti. Tuttavia la Suprema Corte nella pronuncia a Sezioni Unite del 2/09/2010 n.19006, precisato che 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, ha poi affermato che 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. In linea con tale pronuncia si pone poi Cass. sezione lavoro 2/11/2017 n.26104 secondo cui *"l'istituto del c.d. "scorrimento della graduatoria", che consente ai candidati semplicemente idonei di divenire vincitori effettivi, presuppone necessariamente una decisione della pubblica amministrazione di coprire un determinato numero di posti vacanti utilizzando la graduatoria rimasta efficace (si deve trattare di posti non solo vacanti, ma anche disponibili, e tali diventano sulla base di apposita determinazione); la decisione, una volta assunta, vincola l'amministrazione a darvi corso"*. Da ultimo la Suprema Corte si e' espressa sul punto con la pronuncia n. 3332 del 12/02/2018 secondo cui *"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, ove un obbligo in tal senso non sia contemplato dalla contrattazione collettiva o dal bando"*.



Nel caso di specie sia nel bando che nel presupposto accordo sindacale non viene prospettata una mera possibilità che, durante la vigenza delle graduatorie, si potesse far luogo alla “copertura dei posti” vacanti utilizzando le graduatorie rimaste valide ed efficaci, ma viene espressa in modo inequivoco la volontà del Ministero di attingere alle graduatorie per coprire i posti di area III non ancora autorizzati, e di coprire, indipendentemente dall’ampliamento dei posti autorizzati, i posti banditi che sarebbero diventati vacanti in seguito durante il periodo di vigenza delle graduatorie.

Infatti nell’art. 2 dell’accordo del 13/7/2007 si legge: *“Fatte salve le disposizioni normative vigenti, le graduatorie relative ai passaggi tra le aree rimarranno valide sino a nuovi bandi. Nel rispetto delle disposizioni di cui all’art. 15, comma 2, del CCNL 1998-2001 citato nelle premesse, gli idonei verranno inquadrati per effetto dello scorrimento man mano che si renderanno disponibili i posti messi a concorso a seguito di rinunce, pensionamenti o dimissioni dal servizio a qualsiasi titolo del personale risultato vincitore”.*

Il tenore letterale dell’accordo e, in particolare, l’uso del verbo in forma indicativa e la previsione di una cadenza “periodica” dello scorrimento, rivelano il carattere “decisionale” ed impegnativo dell’accordo sul punto, con conseguente insorgenza in capo al Ministero dell’obbligo di utilizzare le graduatorie degli idonei per scorrimento; sicché deve concludersi che il bando e gli accordi intervenuti tra le OOSS ed il Ministero abbiano fatto sorgere in capo a quest’ultimo un obbligo di far scorrere la graduatoria con i posti oggetto del concorso che dopo la loro copertura via via si liberavano.



E' poi vero che l'art. 2 del citato accordo del 2007 fa salve le disposizioni normative vigenti, ma ciò non può indurre a ritenere, come sostenuto dal Ministero, che tale richiamo vado interpretato nel senso che debba farsi riferimento alla normativa esistente al momento della scelta di scorrere le graduatorie, in quanto, così interpretando, nell'accordo si sarebbe fatto rinvio, non ad un dato certo esistente nel momento in cui e' intervenuto l'accordo, bensì ad una possibile e del tutto eventuale evoluzione normativa che avrebbe potuto essere ostativa allo scorrimento. Considerato anche che il richiamo alla normativa vigente e' in stretta connessione con la perdurante validità delle graduatorie, risulta pertanto del tutto condivisibile la tesi dell'appellata secondo cui il prevedere che le graduatorie relative ai passaggi tra le aree rimarranno valide sino a nuovi bandi, fatte salve le disposizioni vigenti, vado inteso nel senso di voler richiamare il limite di legge alla durata delle graduatorie, precisazione necessaria a fronte della contestuale previsione della validità delle graduatorie "fino a nuovi bandi".

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

Una volta accertato che l'Amministrazione ha assunto l'obbligo di procedere alla scorrimento delle graduatorie e che nel caso de quo non si discute



dell'assegnazione di uno dei 43 posti banditi dall'amministrazione in assenza di autorizzazione, bensì dell'assegnazione dei posti messi a concorso e rimasti poi vacanti per effetto di cessazioni dal servizio, trasferimenti ed altre cause, non si pone tanto il problema di verificare se permanga un obbligo dell'Amministrazione di procedere alla copertura dei 460 posti, di cui 43 per gli archivisti di Stato, messi a concorso ma non autorizzati, bensì di accertare se l'obbligo di procedere allo scorrimento delle graduatorie in favore degli idonei sia venuto meno a seguito della nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 22/2/2011 che ha ritenuto applicabile la proroga della vigenza delle graduatorie solo per quelle relative ai concorsi pubblici e ha escluso la possibilità di ricorrere allo scorrimento di graduatorie relative ad idonei delle progressioni verticali in virtù di quanto previsto dall'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 27 ottobre 2009 secondo cui 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.

Ora ritiene la Corte che, quando, come nel caso di specie, si sia in presenza di una progressione verticale, che comporti il mutamento dello status professionale e, quindi, l'inquadramento in aree funzionali diverse, si tratti di concorsi pubblici. Invero la Suprema Corte nella sentenza a Sezioni Unite n. 21676/13 ha affermato che *“nel lavoro pubblico contrattualizzato, per procedure concorsuali di assunzione ascritte all'attività autoritativa dell'amministrazione, si intendono non soltanto quelle preordinate alla*



costituzione ex novo dei rapporti di lavoro (essendo tali tutte le procedure aperte a candidati esterni, ancorché vi partecipino soggetti già dipendenti pubblici), ma anche i procedimenti concorsuali interni, destinati all'inquadramento di dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi, in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti di lavoro (v. le sentenze 11.04.12 n. 5699, 3.03.10 n. 5024, 30.10.08 n.26016) e che "il D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 63, comma 4, quando riserva alla giurisdizione dal giudice amministrativo "le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore; ed è stato altresì rimarcato come stante tale presupposto - deve ritenersi "che le procedure che consentano il passaggio da un area inferiore a quella superiore integrino un vero e proprio concorso - tali essendo anche le prove che vengono denominate "selettive" - qualunque sia l'oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere" (nello stesso senso Cass. Sez. Un. 26270/2016). Al concorso interno cui ha partecipato l'odierna appellata sono quindi applicabili i principi e le norme in materia di concorsi pubblici.

Pertanto anche nel caso in esame trova applicazione il termine ordinario di 3 anni ai sensi dell'art. 35 comma 3 ter del d.lgs 165/01 che prevede la vigenza delle graduatorie di concorso pubblico una volta approvate per tre anni. Conseguentemente, considerato che la graduatoria relativa agli Archivisti di



Stato e' stata approvata con decreto direttoriale del 20/12/12, detta graduatoria ha mantenuto in via ordinaria validità fino al 19/12/2015, e già si e' detto che costituisce circostanza incontrovertibile il fatto che a tale data sussisteva una scopertura di organico che avrebbe consentito l'assunzione dell'appellata quale Archivista di Stato. Inoltre giova evidenziare che con nota del 23/3/2016 il MIBACT ha richiesto di potersi avvalere del personale risultato idoneo nella procedura di passaggio dall'Area B alla posizione economica C1. E a tale data la graduatoria in questione aveva ancora efficacia, per effetto delle previsioni di cui all'art. 4, comma 4, del D.L. n. 101/2013. Ne' può dubitarsi dell'applicabilità delle norme di proroga, considerato che nella fattispecie, come già evidenziato, si e' in presenza di un concorso pubblico.

Ancora si osserva che l'art. 24 d.lgs. n. 150/2009, che vieta alle pubbliche amministrazioni di bandire concorsi riservati al solo personale interno a partire dal 1/1/2010, norma invocata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri per escludere il ricorso allo scorrimento di graduatorie relative ad idonei delle progressioni verticali, non può ritenersi applicabile a procedure concorsuali indette prima del 1° gennaio 2010, quale e' quella per cui e' causa. Ciò, come già evidenziato dal Tribunale, in virtù del principio generale "tempus regit actum" secondo cui, con riguardo al procedimento concorsuale, occorre fare riferimento alle norme legislative o secondarie vigenti alla data di approvazione del bando, con la conseguenza che le norme sopravvenute, per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito, non



possono modificare i criteri dei concorsi già banditi, a meno che ciò non sia espressamente stabilito dalle norme stesse.

Pertanto, stante il principio generale di irretroattività della legge deve ritenersi l'inapplicabilità degli artt. 24 e 62 del d.l. 150/09 al bando di concorso cui ha partecipato l'odierna appellata, anche considerato che, per quanto sopra esposto, la [REDACTED] i era titolare di un diritto soggettivo al rispetto della disciplina contenuta nei bandi di concorso, fondato sull'impegno assunto dall'Amministrazione nell'accordo sindacale citato di procedere scorrimento della graduatoria degli idonei.

Né rileva che l'approvazione della graduatoria sia avvenuta dopo l'entrata in vigore della cd. Legge Brunetta, posto che la funzione dell'approvazione della graduatoria è quella di esplicitare e formalizzare la situazione di fatto e di diritto risultante dall'applicazione delle clausole del bando di gara così da disporre la concreta efficacia, non quella di concorrere all'integrazione di ulteriori fatti costitutivi del diritto in capo al candidato che dimostri di possedere i requisiti previsti dal bando medesimo.

Non possono poi condurre a diverse conclusioni le pronunce della Corte Costituzionale invocate dal Ministero. Invero, come evidenziato dall'appellata, la Corte Costituzionale prima dell'entrata in vigore della cd. legge Brunetta non escludeva di per sé la possibilità di indire un concorso interamente riservato al personale già assunto, in presenza di situazioni che potevano giustificarlo per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione. E nel caso di specie deve ravvisarsi la sussistenza dell'esigenza di garantire il buon andamento della P.A., posto che nel bando



non solo si attribuisce rilievo alla partecipazione a specifici corsi di formazione da parte del personale già assunto, ma anche allo svolgimento di fatto di mansioni e funzioni proprie dell'area superiore, con l'evidente intento di valutare la professionalità di chi aveva già in concreto svolto dette mansioni superiori, valutazione che e' del tutto in linea con l'esigenza di assicurare il buon andamento della P.A.

Le spese del presente grado, considerata la controvertibilità delle questioni trattate e il contrasto giurisprudenziale esistente in materia, vanno integralmente compensate.

Stante la pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite in data 8 maggio 2014 n. 9938, non sussistono i presupposti di legge per il raddoppio del contributo unificato a carico del Ministero appellante.

P.Q.M.

la Corte d'Appello di Genova, definitivamente pronunciando nella causa tra le parti in epigrafe, disattesa ogni diversa e contraria istanza, eccezione e deduzione, sull'appello avverso la sentenza n. 209/2018 emessa dal Tribunale della Spezia così provvede:

- 1) respinge l'appello;
- 3) dichiara integralmente compensate le spese del presente grado di giudizio.

Genova, 19/12/2018

Il Presidente est.
Marina Aicardi

