

Publicato il 26/09/2018

**N. 05522/2018REG.PROV.COLL.**

**N. 06393/2017 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6393 del 2017, proposto da Massimiliano Aleo, Antonio Franco Aimar, Claudio Amico, Arturo Angelini, Gianfranco Antico, Luigi Ariotta, Massimo Avenoso, Laura Angela Barbagallo, Antonio Barbarisi, Giovanna Badagliacca, Antonio Bellanova, Paolo Benetton, Luca Bianco, Paolo Bisegna, Salvatore F. Bracciorosso, Bruno Rosario Briante, Manuela Bruno, Simonetta Cacciapuoti, Marco Calcaterra, Giovanni Battista Cantisani, Matilde Carlucci, Vincenzo Cassaro, Tarcisio Castorina, Giovanni Battista Catalano, Fabio Celozzi, Francesco Ciancio, Valeria Civale, Giulio Colasazzi, Luigia Colella, Claudio Comes, Cosimo Antonio Comito, Marcello Consoli, Cristiano Costantini, Elisabetta Curti, Valerio D'Aiello, Domenico D'Angelo, Barbara D'Uggento, Alessandro De Falco, Francesca De Filippis, Anita De Sossi, Giovanni Del Vecchio, Ivo Giuseppe Delago, Emanuele Della Sala, Elena Di Campli, Leonardo Difrancesco, Benedetto Di Giunta, Massimo Di Gasbarro, Luciano Di Marco, Beniamino Di Maro, Salvatore Di Natali, Calogero Di Miceli, Anna Donninelli, Domenico Dorrello, Franco Dubali, Stefano Massimo Duma, Giancarlo Enzo, Mariarosaria Erra, Monica Facchini, Mauro Farina, Michele Ferrara, Maurizio Festa, Carmelo Carlo Fiorito, Antonio Fiasche', Paolo Fogliani, Francesco Francolino, Alberico Frongillo, Emanuele Franculli,

Gianluca Gagliardi, Andrea Galardini, Gabriele Galluzzo, Gioacchino Gazzo, Francesco Giglio, Massimo Gironda - Veraldi, Maria Concetta Giudice, Luigi Giugliano, Santo Giunta, Massimo Graceffa, Sipontina Granata, Carmelo Grimaldi, Antonella Guerri, Mauro Iacobini, Angelo Iero, Giuseppe Incorpora, Massimo Ioly, Giuseppe La Croce, Antonino Lanza, Giovanna Lanzino, Gabriella Laviano, Salvatore Lenza, Anna Leone, Nicolò Li Causi, Alberto Liguori, Cristina Livoti, Roberto Lolli, Giuliana Longo, Mauro Lucinato, Canio Lucia, Paolo Maglio, Giovanni Mancinelli, Giovanni Mariani, Giovanni Marsella, Donato Martinez, Salvatore Antonio Matrascia, Rosario Menale, Alberto Mercatali, Giuseppa Merlino, Valter Mincigrucci, Giuseppe Molteni, Massimo Moretti, Maria Grazia Moroni, Salvatore Musumeci, Igor Nobile, Gerardo Nole', Paola Pace, Sebastiano Pio Panebianco, Daria Paoletti, Silvio Pappalardo, Antonino Parisi, Giuseppe Parisi, Luca Patti, Nicoletta Pignatelli, Demetrio Luigi Poma, Vincenzo Possemato, Benedetto Pratesi, Giuseppa Privitera, Ornella M. Prudente, Carmelo Sandro Randazzo, Giovanni Reina, Gianfranco Revelli, Susi Ribon, Alberto Roma, Eugenio Demetrio Romeo, Laura Rossi, Giuseppe Rovedo, Umberto Ruggieri, Leonardo Rutigliano, Giuseppe Sacconi, Gianluca Salamone, Giuseppe Schiappa, Adele Schiattarella, Gino Salvatore Scialpi, Cesidio Vincenzo Scoccia, Gennaro Scopece, Francesca Seppi, Fabrizio Serafini, Simona Solimene, Pier Roberto Sorignani, Graziella Speranza, Enrico Stefanucci, Gennaro Taddeo, Pierpaolo Tagliapietra, Giacomo Tarantino, Valentina Tasca, Francesco Maria Tenaglia, Stefania Totaro, Cristiano Maria Transi, Cinzia Trasarti, Barbara Trestini, Francesco Tusa, Giuseppa Tusa, Filippa Anna Valenti, Maria Rita Vergini, Maria Bambina Vigilante, Enrico Zaniboni, rappresentati e difesi dall'avvocato Sergio Galleano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Galleano in Roma, via Germanico, n172;

***contro***

Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12; Dirpubblica non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 07811/2017, resa tra le parti, concernente la domanda di annullamento, previa sospensiva, del provvedimento

direttoriale prot. 2270.16 dell'8 gennaio 2016 con il quale l'Agenzia delle Entrate, nel nominare la commissione del **concorso** a **175** posti di dirigente, ha manifestato la propria volontà di proseguire nell'iter concorsuale avviato con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate prot. n. 146687.2010 del 29.10.2010 con il quale veniva disposto l'avvio di un **concorso** pubblico, ai sensi del DM MEF 10 settembre 2010 reg. Corte dei Conti 8.10.2010, per **175** posti di dirigente di seconda fascia nel ruolo della predetta Agenzia, unitamente a tutti gli atti correlati, presupposti e conseguenti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Agenzia delle Entrate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2018 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti l'avvocato Galleano e l'Avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio gli odierni appellanti invocavano l'annullamento del provvedimento direttoriale prot. 2270/2016 dell'8 gennaio 2016 con il quale l'Agenzia delle entrate, nel nominare la commissione del **concorso** a **175** posti di dirigente, aveva manifestato la propria volontà di proseguire nell'iter concorsuale avviato con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate prot. n. 146687/2010 del 29 ottobre 2010 con il quale veniva disposto l'avvio di un **concorso** pubblico, ai sensi del DM MEF 10 settembre 2010 reg. alla Corte dei Conti l'8 ottobre 2010, per **175** posti di dirigente di seconda fascia nel ruolo della predetta Agenzia, unitamente a tutti gli atti correlati, presupposti e conseguenti.

2. Il primo giudice - prima di dichiarare il ricorso in parte inammissibile per difetto di giurisdizione e in parte infondato -, precisava che la controversia in questione era stata preceduta da altro contenzioso conclusosi con una pronuncia del Consiglio di Stato la n. 4641/2015 che aveva disposto l'annullamento delle clausole 7 e 8, del bando di **concorso** laddove tra i titoli valutabili e nell'ambito delle esperienze lavorative, venivano considerati eventuali incarichi conferiti a funzionari dell'Agenzia non titolari di

qualifica dirigenziale, ai sensi del predetto art. 24 del regolamento di amministrazione. Inoltre, subito dopo era intervenuta la sentenza n. 37/2015 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8, comma 24 del d.l. n.16 del 2012, per aver contribuito all'infinito protrarsi nel tempo di assegnazioni temporanee di mansioni superiori senza provvedere alla copertura dei posti dirigenziali vacanti mediante una procedura concorsuale pubblica. Quest'ultima disposizione di fatto aveva confermato in via legislativa quanto disposto in via regolamentare dal citato art. 24. L'Agenzia, pertanto, con il provvedimento impugnato aveva deciso di riattivare la procedura concorsuale, nominando l'apposita commissione e precisando che in omaggio alla citata sentenza n. 4641/2015 non avrebbero dovuto essere valutati gli incarichi di direzione e gestione degli uffici conferiti ai sensi del soppresso articolo 24 del regolamento di amministrazione dell'agenzia delle entrate.

2.1. Quanto all'eccezione di difetto di giurisdizione il primo giudice rilevava che le contestazioni aventi ad oggetto l'atto di nomina della commissione sfuggono alla giurisdizione del g.a., atteso che l'impugnazione attiene ad atti di gestione del rapporto di lavoro le cui controversie rientrano nella cognizione del giudice ordinario in base ai criteri di riparto della giurisdizione di cui all'articolo 63, comma 1 del decreto legislativo n.165 del 2001, inclusi gli atti di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali. Infatti, con l'impugnativa dell'atto di nomina della Commissione di **concorso** e di riattivazione della procedura viene lamentata dai ricorrenti una lesione del proprio diritto alla costituzione di un rapporto dirigenziale a tempo indeterminato. Il difetto di giurisdizione secondo il primo giudice discende anche dalla circostanza che questa parte della domanda ha ad oggetto il riconoscimento di posizioni giuridiche di diritto soggettivo delle quali i ricorrenti affermano di essere titolari, traendo origine dalle precedenti funzioni dirigenziali conferite e rinnovate - a seguito della prospettata conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato, originariamente instaurato quali funzionari non dirigenti, in un rapporto di lavoro dirigenziale a tempo indeterminato. In ragione di ciò invocano - secondo il primo giudice in modo non sovrapponibile - la sentenza della Corte di Giustizia cd. Mascolo in relazione alla differente fattispecie della reiterazione di contratti a termine del personale impiegato nelle scuole.

2.2. Così rideterminato il *thema decidendi* in seguito alla declaratoria di parziale inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, il primo giudice procedeva all'esame del merito della domanda di

annullamento del provvedimento con il quale l'amministrazione aveva deciso di riavviare l'iter concorsuale. Prima di scendere nel dettaglio delle censure il TAR, però, rilevava che 92 dei 186 ricorrenti avevano presentato domanda di partecipazione al predetto **concorso**, con conseguente carenza di interesse dei medesimi in relazione a tale capo di domanda (volto all'annullamento della riattivazione della procedura concorsuale), in disparte tra l'altro l'emergente conflitto di interessi tra i ricorrenti e la non idonea proposizione di domanda cumulativa.

Pertanto, il giudice di prime cure passava al vaglio la fondatezza del ricorso proposto dai restanti 94 ricorrenti, ex incaricati dirigenziali, ma non partecipanti al **concorso**, in relazione alle censure riguardanti: la violazione dell' art. 4-*bis* del d.l. n.78 del 2015, per non aver l' Agenzia indetto nuovi concorsi e violato il ritenuto obbligo di annullamento in autotutela della procedura concorsuale suddetta; la disparità di trattamento per la mancata previsione nella procedura concorsuale della valutazione quali titoli degli incarichi dirigenziali da loro ricoperti in precedenza; la non pubblicità dei nuovi criteri stabiliti dalla Commissione e altresì la contraddittorietà dell' azione amministrativa (motivi dal terzo al settimo). Il TAR concludeva per la loro infondatezza.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propongono appello gli originari ricorrenti, lamentandone l'erroneità, in quanto: a) contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, il primo motivo del ricorso non avrebbe avuto ad oggetto la disapplicazione dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001 nella parte in cui non prevede la riqualificazione dei rapporti, ma la denuncia dell'illegittimità della scelta dell'amministrazione di disporre la copertura dei posti attraverso il **concorso** a scapito del proprio diritto alla riqualificazione dei rapporti, azionato dinanzi al g.o. Gli appellanti rammentano che il Tribunale di Foggia, con ordinanza del 24 settembre 2016, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt.10, comma 4-*ter*, del D.Lgs. 6 ottobre 2001, n.368, nonché dell'art. 36, commi 5, 5-*ter* e 5-*quater* del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165. Inoltre, prospettano un'ulteriore questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 25 maggio 2017, pubblicato sulla G.U. n. 30 del 7 giugno 2017 (cd. "decreto legislativo Madia sul pubblico impiego"), recante modifiche ed integrazioni al Testo unico del pubblico impiego di cui al d. lgs. n. 165 del 30.03.2001, emanato in esecuzione della delega contenuta nella legge 7 agosto 2015, n. 124; nonché all'art. 4-*bis* del decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, aggiunto dalla legge di conversione 6

agosto 2015, n. 125; dell'art. 1-*bis* del decreto legge 22 ottobre 2016, n. 193, aggiunto dalla legge di conversione 1 dicembre 2016, n. 225 e all'art. 9-*ter* del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, aggiunto dalla legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96. Il rimedio normativo al cd. precariato pubblico verrebbe realizzato attraverso due canali: la stabilizzazione automatica a tempo indeterminato nella p.a. per coloro che abbiano già espletato una selezione concorsuale nella pubblica amministrazione, ovvero procedure concorsuali per l'accesso nella p.a. con riserve di posti in favore dei citati lavoratori precari per le ipotesi in cui tali lavoratori non siano mai stati selezionati dall'amministrazione con **concorso**. La norma, però, sarebbe in contrasto con gli artt. 3, 10, 111, 117, cost. nella parte in cui limita l'ambito applicativo del meccanismo riparatorio al solo personale non dirigenziale. La detta questione oltre ad essere non manifestamente infondata, sarebbe anche rilevante nella misura in cui la pronuncia di illegittimità costituzionale che dovesse essere emessa da parte della Consulta (che, nel caso di specie, sarebbe "additiva") comporterebbe, nella sostanza, il diritto degli odierni appellanti a vedersi riconoscere, in forma automatica il ruolo dirigenziale; b) il TAR, e prima ancora il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4641/2015, avrebbe errato nel non ritenere applicabile alla fattispecie la direttiva 1999/70. Sicché se il Collegio dubitasse in ordine all'ambito di applicazione della detta direttiva dovrebbe sollevare questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE. In subordine dovrebbe comunque ritenersi violata la regola generale di non discriminazione, restando a tal fine irrilevante la pronuncia della Corte costituzionale n. 37/2015, dal momento che la stessa avrebbe efficacia solo dal giorno successivo alla sua pubblicazione. Né in senso contrario alla sua applicazione potrebbe valere la presenza di un giudicato rappresentato dalla sentenza n. 4641/2015 del Consiglio di Stato. Inoltre, la giurisprudenza della Corte di Giustizia renderebbe del tutto irrilevante la pronuncia di costituzionalità e quella di merito di questo Consiglio, non essendo opponibili i controlimiti alla fattispecie discriminatoria di cui si discute. In subordine sarebbe necessario comunque adire la Corte di Giustizia per verificare la compatibilità comunitaria della normativa nazionale come risultante dall'interpretazione datante dalla Corte costituzionale n. 37/2015 e dal Consiglio di Stato n. 4641/2015 con la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 dalla CES, dall'UNICE e dal CEEP, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, con l'art. 4, punto 3, del Trattato dell'Unione europea T.U.E. e/o

comunque, con il principio di uguaglianza e non discriminazione di cui agli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; c) il TAR avrebbe errato nell'affermare il difetto di interesse dei 92 soggetti che hanno presentato domanda di partecipazione al **concorso**, poiché con il ricorso di primo grado non si contesterebbe soltanto la riattivazione del **concorso**, ma soprattutto la decisione, a differenza di quanto originariamente previsto nel bando, di non considerare nel successivo svolgimento della procedura concorsuale i titoli consistenti nello svolgimento di mansioni dirigenziali che, altrimenti, gli stessi potrebbero far valere; d) l'art. 4 bis del d.l. 78/2015, andrebbe inteso come recante un obbligo in capo alle agenzie fiscali di annullare le procedure concorsuali bandite e non ancora concluse; e) la fondatezza del quarto motivo del ricorso di prime cure si evincerebbe dalla applicabilità alla fattispecie della direttiva 1999/70 ovvero del principio generale di non discriminazione consacrato dagli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza; f) la fondatezza del quinto motivo del ricorso di prime cure si evincerebbe dal fatto che nonostante la normativa di cui al d.p.r. n. 487/1994, la situazione caotica avrebbe imposto di chiarire quali fossero i titoli valutabili; g) la fondatezza del sesto motivo del ricorso di prime cure discenderebbe dalla fondatezza del terzo motivo.

4. In data 27 settembre 2017 l'Agenzia delle Entrate si costituisce con memoria di stile.

4.1. Con memoria depositata il 2 ottobre 2017 gli appellanti evidenziano che con ordinanza n. 21077/2017 la Cassazione avrebbe affermato la riconducibilità della fattispecie a quella dell'abusiva reiterazione dei contratti a termine, ribadendo la applicabilità della norma di cui all'art. 36 del d.lgs. 165/2001.

4.2. In pari data l'amministrazione deposita memoria nella quale invoca il rigetto dell'odierno gravame, evidenziando come il Tribunale di Roma con le sentenze gemelle nn. 7135, 7136, 7137, 7139, 7140, 7142, 7143, 7144, 7145, tutte del 25 luglio 2017, avrebbe escluso che possa configurarsi un contratto di lavoro a tempo determinato con i funzionari incaricati di mansioni dirigenziali; con la conseguenza che risulta inapplicabile la normativa comunitaria e nazionale sul contratto a termine e le relative tutele risarcitorie.

4.3. Con memoria del 30 marzo 2018 l'Agenza delle Entrate ribadisce le proprie posizioni, sottolineando come i funzionari dell'Agenzia delle Entrate già incaricati temporaneamente di funzioni dirigenziali non possono essere equiparati ai lavoratori a tempo determinato tout court, in ragione dell'ontologica diversità

di presupposti delle due situazioni, atteso che gli appellanti sarebbero lavoratori stabilizzati con contratto a tempo indeterminato e che non sarebbero stati in alcun modo destinatari di contratti a tempo determinato tout court, bensì esclusivamente di incarichi provvisori che si sarebbero innestati su un rapporto di lavoro sottostante a tempo indeterminato. In questo senso sarebbero tra le tante anche le sentenze della Corte d'Appello di Torino del 9 gennaio 2018 della Corte d'Appello di Firenze del 18 gennaio 2018 e della Corte d'Appello di Genova del 26 aprile 2017.

4.4. Nelle successive difese gli appellanti argomentano in ordine alla identità tendenziale di trattamento giuridico/economico degli appellanti rispetto ai dirigenti di ruolo, deducendone che i rapporti di lavoro di cui trattasi non possono essere “relegati” nell'istituto dello svolgimento temporaneo di mansioni superiori, ma ricadono appieno nella configurazione giuridica della reiterazione di contratti di lavoro (dirigenziale) a termine.

4.5. Dal canto suo l'amministrazione nelle ultime difese argomenta in ordine all'irrelevanza della pronuncia della Cassazione n. 21077/2017, emessa all'esito di un regolamento di competenza, poiché la Suprema Corte, in quella sede, si sarebbe limitata a dichiarare la competenza del giudice del lavoro del luogo in cui hanno sede gli uffici ai quali i lavoratori sono addetti o erano addetti al momento della cessazione del rapporto di lavoro, nel caso in cui sia prospettato un illegittimo e abusivo conferimento nei confronti di dipendenti, di incarichi dirigenziali a termine, in violazione dell'art. 36 D.lgs. 165/2001.

5. L'appello è infondato e non può essere accolto.

Al fine di una più chiara disamina dell'odierno contenzioso è opportuno procedere ad una ricostruzione del quadro normativo e delle vicende giudiziarie pregresse e oramai definite.

Gli appellanti sono dipendenti a tempo indeterminato dell'Agenzia delle Entrate, inquadrati nella Terza Area funzionale, ai quali erano stati conferiti, in via provvisoria, incarichi di funzioni dirigenziali sulla base dell'articolo 24 del Regolamento di Amministrazione dell'Agenzia delle Entrate. La detta norma è stata annullata, perché ritenuta illegittima, dal TAR per il Lazio con sentenza n. 6884/2011. Il disposto ivi contenuto veniva fatto proprio dall'art. 8, comma 24, del D.L. n. 16/2012, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della Legge 26 aprile 2012, n. 44. Questa norma veniva dichiarata incostituzionale dalla Consulta con sentenza n. 37/2015, all'esito dell'incidente di costituzionalità attivato dall'ordinanza

di questo Consiglio del 26 novembre 2013. La Corte, in particolare, rilevava che la disposizione impugnata consentiva l'aggiramento della regola del **concorso** pubblico per l'accesso alle posizioni dirigenziali. In particolare, il conferimento di posizioni dirigenziali attraverso la stipula di contratti individuali di lavoro a termine con propri funzionari, termine più volte prorogato, ha determinato una modalità di copertura illegittima non riconducibile né al modello dell'affidamento di mansioni superiori a impiegati appartenenti ad un livello inferiore, né all'istituto della cosiddetta reggenza. In questa temperie, il Giudice delle leggi ha ritenuto che l'art. 8, comma 24, del d.l. n. 16 del 2012, come convertito, ha contribuito all'indefinito protrarsi nel tempo di un'assegnazione asseritamente temporanea di mansioni superiori, senza provvedere alla copertura dei posti dirigenziali vacanti da parte dei vincitori di una procedura concorsuale aperta e pubblica. Inoltre, ha esteso la declaratoria di incostituzionalità, all'art. 1, comma 14, del d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, come convertito, e all'art. 1, comma 8, del d.l. 31 dicembre 2014, n. 192, perché tali disposizioni hanno carattere consequenziale e concorrono a integrare la disciplina impugnata.

La sentenza *de qua* ha pertanto determinato, a far data dalla sua pubblicazione, il venir meno degli incarichi di funzioni dirigenziali attribuiti in via provvisoria ai funzionari della Terza Area, con conseguente impossibilità per l'Agenzia di attribuirne ulteriori, se non a seguito di superamento di un **concorso** pubblico per posti di dirigente. Le revoche sopravvenute sono state contestate dinanzi al giudice del lavoro, al quale gli odierni appellanti hanno chiesto il riconoscimento del diritto a essere riconosciuti titolari degli incarichi dirigenziali in corso al 25 marzo 2015 e il diritto al godimento del relativo trattamento economico fino alla data di originaria scadenza dei contratti di conferimento dei predetti incarichi. *Medio tempore* l'Agenzia delle Entrate provvedeva a bandire un **concorso** a **175** posti per il reclutamento di dirigenti di seconda fascia, il cui bando veniva in parte annullato dalla sentenza n. 4641/2015 di questa Sezione. Quest'ultima pronuncia ha chiarito che: *“La reiterata applicazione della norma regolamentare illegittima ha, di fatto, determinato una grave situazione di illegittimità in cui ha versato per anni l'organizzazione dell'Agenzia delle Entrate, determinandosi uno scostamento di proporzioni notevoli tra situazione concreta e legittimità dell'organizzazione amministrativa.*

*In sostanza, l'amministrazione finanziaria nel suo complesso è stata oggetto di una conformazione che l'ha posta, nelle proprie strutture di vertice, e per anni, al di fuori del quadro delineato dai principi costituzionali.”*

In relazione all'impugnato bando di **concorso** la detta pronuncia (al capo 10) testualmente precisava che:

*“- quanto all'art. 7 del bando, relativo alla “valutazione dei titoli”, che lo stesso è illegittimo nella parte in cui comprende (o non esclude), tra i “titoli di servizio valutabili: incarichi di direzione e gestione di uffici”, eventuali incarichi conferiti a soggetti non titolari di qualifica dirigenziale, ai sensi del più volte citato art. 24 del Regolamento di amministrazione;*

*- quanto all'art. 8 (Prova di verifica dei requisiti e delle attitudini professionali integrata da colloquio), e, più precisamente alla prima fase della prova orale (co. 3), che lo stesso è illegittimo nella misura in cui comprende (o non esclude), i predetti incarichi dirigenziali illegittimamente conferiti, dalla valutazione del “percorso formativo e professionale” (esposto dal candidato), ai fini dell'accertamento delle “competenze acquisite”, del “possesso delle capacità manageriali”, “mediante valutazione dell'attitudine allo svolgimento delle funzioni dirigenziali”.*

*In definitiva, alla luce e nei limiti dei motivi accolti (in corretta lettura del dispositivo alla luce della motivazione), il bando di “selezione-**concorso** per il reclutamento di **175** dirigenti di seconda fascia, in attuazione ed ai sensi del D.M. Economia e Finanze 10 settembre 2010”, è stato annullato nella parte in cui esso può costituire una deroga volta a “sanare” l'illegittima situazione in cui hanno versato una pluralità di soggetti destinatari di incarichi illegittimamente conferiti (e, dunque, in particolare, con riferimento agli artt. 7 e 8, laddove applicabili nei sensi sopra invece esclusi).*

*Al contrario, esso non risulta, quanto al resto, essere stato annullato dalla sentenza impugnata, non essendovi ragioni per escludere dalla partecipazione alla selezione sia i funzionari non destinatari di incarichi, sia questi stessi ultimi, ovviamente con esclusione di ogni considerazione degli incarichi da loro illegittimamente svolti. Alla luce di tale precisazione ed integrazione della motivazione della sentenza impugnata, anche il primo motivo di appello (sub b3), deve essere rigettato, in quanto infondato.”*

6. Tanto premesso, con riguardo al “primo” motivo di gravame, per tale intendendosi quello esposto alle pagine da 19 a 27 fino all'asterisco, dell'atto di appello (che non numerava espressamente i motivi), merita conferma la declaratoria di difetto di giurisdizione operata dal primo giudice. Ed, infatti, in ordine alla configurazione dell'atto di nomina in sé quale atto di gestione sottratto alla giurisdizione del g.a. non risulta essere stata operata alcuna contestazione dagli appellanti. Mentre, in relazione alla richiesta avanzata dagli stessi di avere il riconoscimento di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, la stessa non può che spettare al giudice ordinario, come correttamente rilevato dal primo giudice.

Peraltro, se dovesse essere intesa quale denuncia di illegittimità della scelta dell'amministrazione di riattivare la procedura concorsuale, si tratterebbe di una censura inammissibile nella misura in cui la pronuncia n. 4641/2015 di questa Sezione, di cui si sono riportati sopra ampi stralci, ha validato la bontà del bando di **concorso** dalla stessa scrutinato, ad eccezione proprio dell'illegittimo *favor* concesso agli appellanti in forza di pregresse illegittime esperienze lavorative, che si è ritenuto con pronuncia definitiva non possano spiegare alcuna efficacia nel successivo meccanismo di selezione, né possano addirittura impedire l'utilizzazione stessa della procedura concorsuale; in altri termini, la sentenza n. 4641/2015 ha già compiutamente ed espressamente esaminato – *in primis* al riportato capo 10 – sia la questione circa la valutabilità di “*eventuali incarichi conferiti a soggetti non titolari di qualifica dirigenziale, ai sensi del più volte citato art. 24 del Regolamento di amministrazione*” sia la questione relativa alla valutabilità dei predetti incarichi nell'ambito del “*percorso formativo e professionale*” (esposto dal candidato), ai fini dell'accertamento delle “*competenze acquisite*”, del “*possesso delle capacità manageriali*”, “*mediante valutazione dell'attitudine allo svolgimento delle funzioni dirigenziali*” sia, infine, la questione in ordine alla permanente efficacia del bando di **concorso** in relazione alle parti non annullate, sicché tali questioni, ormai decise con statuizioni coperte dal giudicato (che copre, oltre al dedotto, anche il deducibile), non possono essere utilmente riproposte, neppure sotto un diverso angolo prospettico, in sede di impugnazione del decreto di nomina della commissione di **concorso**, che costituisce un atto meramente esecutivo del predetto bando, costituente la *lex specialis* della procedura. Una diversa lettura resta impedita non solo dal giudicato, ma anche dalle chiare prescrizioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 37/2015.

In quanto estranee al merito conoscibile dal Collegio in questa sede, risultano, quindi, del tutto irrilevanti sia la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Foggia con ordinanza del 24 settembre 2016, che quella evocata in questa sede con riferimento all'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 25 maggio 2017, pubblicato sulla G.U. n. 30 del 7 giugno 2017 (cd. “decreto legislativo Madia sul pubblico impiego”), recante modifiche ed integrazioni al Testo unico del pubblico impiego di cui al d. lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, emanato in esecuzione della delega contenuta nella legge 7 agosto 2015, n. 124; nonché all'art. 4-*bis* del decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, aggiunto dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 125; all'art. 1-*bis* del decreto legge 22 ottobre 2016, n. 193, aggiunto dalla legge di conversione 1 dicembre 2016, n. 225;

all'art. 9-ter del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, aggiunto dalla legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96.

Si tratta, infatti, di questioni di costituzionalità che, seppure decise, non potrebbero essere utilizzate all'interno del presente contenzioso, da un lato per il difetto di giurisdizione sopra confermato; dall'altro, per l'esistenza del giudicato, che vincola anche sotto il profilo conformativo, l'attività dell'amministrazione secondo regole, oramai definitivamente stabilite che non possono essere ulteriormente rimesse in discussione in questa sede.

7. Infondato risulta anche il "secondo" motivo di appello (per tale intendendosi quello esposto alle pagine da 27, dopo l'asterisco, a 38, fino all'asterisco, dell'appello) con il quale si lamenta che il TAR, e prima ancora il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4641/2015, avrebbero errato nel non ritenere applicabili alla fattispecie la citata direttiva 1999/70/CE e gli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza. E si invoca una rimessione alla Corte di Giustizia della questione o in subordine del limite rappresentato dal giudicato stesso.

7.1. Premesso che le cennate questioni devono ritenersi coperte dal giudicato formatosi sulla sentenza n. 4641/2015, al riguardo, deve rilevarsi che la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha mai affermato il principio secondo il quale il giudicato esterno possa sempre essere superato in ipotesi di contrasto della regola ivi stabilita con quella fissata dal diritto dell'Unione Europea.

Va, al contrario, segnalata l'importante pronuncia della Corte di Giustizia, 16 marzo 2006, causa C-234/04 (Kapferer), che affronta il tema del rapporto tra giudicato giurisdizionale contrastante con il diritto comunitario e primazia del diritto comunitario. La Corte, in particolare, viene investita del seguente quesito: *"se il principio di cooperazione sancito dall'art. 10 CE"* (ora art. 4, par. 3 TUE) *"debba essere interpretato nel senso che anche un giudice nazionale, in presenza dei presupposti fissati dalla sentenza della Corte di giustizia 13 gennaio 2004, causa C 453/00, Kühne & Heitz, è obbligato a riesaminare e ad annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato nel caso in cui risulti che questa viola il diritto comunitario; se, eventualmente, il riesame e la revoca di decisioni giurisdizionali siano subordinate a condizioni ulteriori rispetto a quelle vevoli per le decisioni amministrative"*.

La decisione del giudice comunitario chiarisce il suo autorevole precedente, dando risposta negativa al quesito. La Corte, infatti, rammenta l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia

nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia. Da ciò deriva che *“il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v., in tal senso, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punti 46 e 47)”*. Quanto alla rammentata sentenza Kühne & Heitz il giudice comunitario (punto 23) precisa che la suddetta pronuncia *“subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE”* (ora art. 4, par. 3, TUE), *“di riesaminare una decisione definitiva che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione (v. punti 26 e 28 della detta sentenza)”*.

Pertanto, può concludersi che il principio di cooperazione derivante dall'art. 4, par. 3, TUE non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare e annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario (in senso adesivo Cass. civ., 15 dicembre 2010, n. 25320).

Subito dopo nel 2007 la Corte di Giustizia con sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05 (Lucchini) ritorna sul tema con una sentenza che solo in apparenza – ma non nel suo reale contenuto precettivo in termini di principi enunciati - sembra scardinare il principio dell'intangibilità del giudicato contrastante con il diritto comunitario, affermando che: *“il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva”*.

La conclusione alla quale giunge la Corte però deve essere correttamente intesa e mitigata nelle sue conseguenze ultime, atteso che la Corte perviene ad una simile affermazione operando una previa *actio finium regundorum* tra la giurisdizione del giudice nazionale e quella del giudice comunitario. La Corte, infatti, ha escluso la possibilità che il beneficiario di un aiuto di Stato oggetto di una decisione della Commissione direttamente indirizzata soltanto allo Stato membro in cui era residente questo beneficiario, che avrebbe potuto senza alcun dubbio impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine

perentorio all'uopo prescritto dall'art. 263, par. 6, TFUE, possa utilmente contestare la legittimità della decisione dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di tale decisione. Sotto questa angolazione può dirsi che il giudicato del giudice nazionale non poteva formarsi sul punto, perché era già decorso il termine a favore dell'interessato per contestare l'atto comunitario dinanzi all'unica sede competente ossia quella della Corte di Giustizia.

Nel 2008 la Corte affronta di nuovo la questione con la sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06 (Kempter), lasciando intravedere un panorama nel quale – in presenza di determinate condizioni - la mancata attivazione doverosa del meccanismo del rinvio pregiudiziale espone il procedimento di formazione del giudicato a un vizio così radicale, tale da impedire che si realizzi la qualità stessa di intangibilità del giudicato, ma fissando nel contempo le specifiche condizioni richieste perché operi tale principio. La Corte, in particolare, afferma che: *“nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione”*.

La regola ivi formulata, però, non risulta applicabile al caso di specie, dal momento che la decisione assunta da questo Consiglio con la pronuncia n. 4641/2015 è successiva rispetto a tutte le pronunce richiamate dagli odierni appellanti, eccezion fatta per la sentenza del 19 aprile 2016, causa C-441/14 (Dansk industri), che tratta della diversa e inconferente questione della discriminazione per età (in particolare, come precisato al punto 1, tale ultima sentenza esamina la diversa specifica questione dell'*“interpretazione, da un lato, dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettera a), nonché dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16), e, dall'altro, del principio della non discriminazione in ragione dell'età nonché dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento”*, intendendosi per parità di trattamento, come chiarito ai punti 3 e 4, l'assenza di *“discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, [l']handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni*

*di lavoro*”). In definitiva, tutte le pronunce citate nel presente appello ben potevano essere utilizzate dalle stesse parti nel giudizio conclusosi con la decisione n. 4641/2015 di questo Consiglio, mentre la pronuncia “Dansk industri” riguarda specificamente tutt’altra tematica – ivi incluso il passaggio di cui al punto 22, menzionato nell’atto di appello –, mentre fa per il resto applicazione di una pregressa “*giurisprudenza costante*” della Corte (v. punto 29).

La sentenza della Corte di giustizia, sez. II, 3 settembre 2009, causa C2/08 (Fallimento Olimpiclub Srl), si occupa invece di chiarire l’operatività dell’art. 2909 c.c. nell’ipotesi in cui una parte rivendichi all’interno del rapporto tributario la presenza di precedenti giudicati favorevoli adottati sulla scorta di un’interpretazione contrastante con il diritto comunitario. Al riguardo la Corte osserva che il diritto comunitario osta all’applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l’art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull’imposta sul valore aggiunto concernente un’annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta. Non viene, quindi, scardinato in via generale il principio della vincolatività del giudicato esterno, bensì è imposta una lettura restrittiva della portata del vincolo posto dall’art. 2909 c.c. nel caso in cui il giudicato si riferisca ad una annualità fiscale precedente e vengano in considerazione nella causa annualità fiscali successive.

L’ultimo *decisum* della Corte di Giustizia su questo tema delicato è rappresentato da Corte Giust., 10 luglio 2014, C-213/13 (Impresa Pizzarotti & C. SpA). Con tale pronuncia la Corte non si discosta dal proprio precedente orientamento, ricordando in primo luogo che “*in assenza di una normativa dell’Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell’intangibilità del giudicato rientrano nell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell’autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività (v., in tal senso, sentenza Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punto 24 e giurisprudenza ivi citata)*” e ribadendo espressamente ai punti 59,60 e 61 che “*il diritto dell’Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto (v., in tal senso, sentenze Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punti 46 e 47; Kapferer, EU:C:2006:178, punti 20 e 21; Fallimento*

*Olimpiclub*, EU:C:2009:506, punti 22 e 23; *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punti da 35 a 37, nonché *Commissione/Slovacchia*, C-507/08, EU:C:2010:802, punti 59 e 60). Il diritto dell'Unione non esige, dunque, che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione. La sentenza *Lucchini* (C-119/05, EU:C:2007:434), citata dal giudice del rinvio, non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, è stato in una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato, che la Corte ha statuito, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva (v., in tal senso, sentenza *Fallimento Olimpiclub*, EU:C:2009:506, punto 25." In relazione alla peculiare situazione processuale che caratterizzava il caso Pizzarotti, prospettata dal giudice remittente in termini di «giudicato a formazione progressiva», viene, infine, affermato dalla Corte il principio per cui: “*In tema di appalti pubblici se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione nella materia de qua o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima*”.

Può concludersi che, nella fattispecie all'esame del Consiglio di Stato nel presente giudizio, non ricorrono, dunque, i presupposti per rimettere in discussione il giudicato formatosi sulla sentenza di questa Sezione del Consiglio di Stato n. 4641/2015 in quanto: non si rinvencono norme procedurali interne che consentano in via generale di rimettere in discussione il *decisum* passato in giudicato; non si verte nel caso di un giudicato a formazione progressiva, con regole da completare in sede di ottemperanza né il presente ricorso è stato proposto in tale ultima sede; non si ricade in materia di aiuti di Stato né di annualità fiscali successive; si tratta di un giudicato esterno (del tutto diverso era il caso considerato dalla ordinanza di rinvio pregiudiziale Cons. St., Sez. VI, 17 gennaio 2017, n. 167, concernente la differente ipotesi di previo

giudicato solo interno al processo); infine, non sussiste né viene prospettato un contrasto fra la citata sentenza n. 4641/2015 e pronunce della Corte di Giustizia che siano state emanate successivamente alla sua decisione, essendo richiamate solo pronunce della Corte precedenti salvo l'isolato e del tutto inconferente riferimento alla sentenza del 19 aprile 2016, causa C-441/14 (Dansk industri).

Poiché non sussistono le condizioni richieste dal diritto dell'Unione per rimettere eventuali questioni alla Corte di Giustizia superando il giudicato esterno formatosi sulla sentenza n. 4641/2015, diverrebbe superfluo, per tale assorbente rilievo, verificare se una eventuale rimessione alla Corte possa o meno trovare ostacolo – alla luce della c.d. teoria dei controlimiti elaborata dalla giurisprudenza costituzionale – anche nel fatto che nella materia è intervenuta una sentenza della Corte costituzionale (nella specie la sentenza n. 37/2015) che vincola il giudice nazionale. La cd. teoria dei controlimiti - secondo la quale in costanza di una sentenza della Corte costituzionale che lo vincola, il giudice nazionale non può prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti a essa riservata (v. *ex multis* C. Cost., sentenza n. 238 del 2014, laddove si afferma, anche in presenza di norme internazionali da immettere ed applicare nell'ordinamento interno (comprese persino le norme internazionali consuetudinarie), “*spetta al giudice nazionale, ed in particolare esclusivamente a questa Corte, una verifica di compatibilità costituzionale, nel caso concreto, che garantisca l'intangibilità di principi fondamentali dell'ordinamento interno ovvero ne riduca al minimo il sacrificio*” dovendo valutarsi se vi sia un contrasto con i «*principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale e quindi, con i principi che sovrintendono alla tutela dei diritti fondamentali*» (§ 3.1. del Considerato in diritto) e si precisa che “*non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione*» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali “controlimiti” all'ingresso delle norme dell'Unione europea (ex plurimis: sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso

*sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988)” (§ 3.2. del Considerato in diritto) - , può, infatti, venire in considerazione solo in ipotesi, diverse da quella in esame, nelle quali sia altrimenti in astratto obbligatorio il rinvio pregiudiziale in base al diritto dell’Unione. Ad ogni buon conto per completezza può, comunque, rilevarsi che nel caso di specie anche la c.d. teoria dei controlimiti può essere a ragione invocata ed applicata, in quanto con la cennata sentenza n. 37/2017 la Corte costituzionale ha sancito la radicale illegittimità della norma che attribuiva valenza giuridica al titolo oggi reclamato dagli appellanti, per violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., ossia anche per contrasto con il principio di parità di trattamento. Si osserva, incidentalmente, che il principio di non discriminazione non appare, peraltro, alla luce dei principi enunciati dalla citata sentenza della Corte costituzionale, propriamente richiamabile nella prospettiva indicata dagli appellanti, dal momento che le situazioni descritte dagli stessi appellanti non sono tra di loro sovrapponibili: a differenza dei casi esaminati dalla Corte di Giustizia, la posizione degli appellanti non può, infatti, in alcun modo essere qualificata in termini di “precariato”, atteso che si tratta di soggetti assunti quali funzionari con contratto a tempo indeterminato, che secondo quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale, si sono visti attribuire mansioni dirigenziali con un meccanismo, del tutto contrario all’ordinamento.*

Merita, infine, di essere ricordato come la fattispecie in esame non gode di quelle caratteristiche esaminate dall’Adunanza Plenaria nella pronuncia n. 11/2016, nella quale il massimo consesso della giustizia amministrativa ha affermato la necessità di conformare il giudicato alle regole eurounitarie in forza di pronunce della Corte di Giustizia. Infatti, nel caso in esame, da un lato, non si rinvengono decisioni della Corte di Giustizia successive al giudicato e in contrasto con quest’ultimo; dall’altro, non si è in presenza di un margine di flessibilità lasciato all’amministrazione nell’esecuzione della regola descritta dal giudicato amministrativo.

In definitiva, questo Collegio non può che rilevare che: a) le parti appellanti avrebbero potuto nel giudizio concluso con la decisione n. 4641/2015 di questo Consiglio far valere le loro doglianze di carattere comunitario, ma sono rimaste al riguardo inerti; b) il giudizio conclusosi con la detta sentenza si è caratterizzato per l’adozione da parte della Corte costituzionale di una decisione che ha sancito la radicale illegittimità per violazione per violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., ossia anche per contrasto con il

principio di parità di trattamento, della norma che attribuiva valenza giuridica al titolo oggi reclamato dagli appellanti; c) la sentenza di questa Sezione n. 4641/2015, ha fatto doverosa applicazione del principio di diritto affermato dal giudice delle leggi; d) le questioni proposte nell'odierna sede dagli appellanti per le ragioni sopra indicate non possono essere esaminate sia per la presenza di un giudicato esterno sia per la cd. teoria dei controlimiti; e) l'amministrazione non poteva in alcun modo discostarsi dalla regola vincolante fissata dalla sentenza n. 4641/2015.

7.2. Infondato risulta essere anche il "terzo" motivo di appello (da pag. 38 dopo l'asterisco a pag. 39, fino all'asterisco), dal momento che la decisione di non considerare nel successivo svolgimento della procedura concorsuale i titoli consistenti nello svolgimento di mansioni dirigenziali, è assolutamente vincolata in quanto discende in via diretta dall'esecuzione del giudicato rappresentato, dalla sentenza n. 4641/2015, sicché i partecipanti al **concorso** non possono utilmente contestarla nel presente giudizio, mentre non hanno interesse a contestare per il resto la prosecuzione di un **concorso** per il quale hanno presentato domanda di partecipazione.

7.3. Del pari infondati si rivelano il terzo e il settimo motivo del ricorso di prime cure – anch'essi riproposti nell'ambito del "terzo" motivo di gravame –, dal momento che una piana lettura e interpretazione dell'art. 4-*bis* del d.l. 78/2015, esclude che lo stesso rechi un obbligo in capo alle agenzie fiscali di annullare le procedure concorsuali bandite e non ancora concluse. La norma, infatti, si limita ad autorizzare le Agenzie ad annullare le dette procedure, espressione quest'ultima che non può essere intesa come obbligo o imposizione alle stesse di provvedere nel senso della caducazione delle stesse.

7.4. Il "quarto" e penultimo motivo gravame (da pag. 39, dopo l'asterisco, a pag. 40, fino all'asterisco) ripropone, in chiave critica rispetto alla sentenza appellata, il quarto e quinto motivo di ricorso di primo grado.

Il quarto motivo del ricorso di prime cure con il quale si lamenta la mancata applicazione della direttiva 1999/70 e del principio di non discriminazione desumibile degli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza, è del tutto infondato, dal momento che il giudicato rappresentato dalla sentenza n. 4641/2015 impedisce – per le ragioni già diffusamente esposte - di rimettere in discussione la via indicata all'amministrazione con la più volte citata pronuncia di questo Consiglio. E ciò, da un lato, a prescindere dalla menzionata difformità

esistente tra la posizione degli appellanti e quella valutata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema dei cd. precari; dall'altro, dalla circostanza che la Corte costituzionale con la sentenza n. 37/2015, ha individuato - proprio in ragione della posizione abusiva rivestita dagli appellanti - una violazione del principio di parità di trattamento nella normativa di favore prevista per gli stessi in relazione all'accesso agli incarichi dirigenziali, a scapito come è evidente non solo dei cittadini italiani, ma anche di quelli di altri Stati membri dell'Unione Europea .

7.5. In relazione al quinto motivo del ricorso di primo grado, proprio la presenza di un chiaro giudicato sull'impossibilità di valutare tra i titoli le esperienze dirigenziali acquisite dagli odierni appellanti esclude qualsiasi situazione di incertezza. Senza dire che, anche ove quest'ultima vi fosse stata, l'amministrazione non avrebbe avuto una valida ragione per disapplicare la disciplina contenuta nel d.p.r. n. 487/1994.

7.6. Quanto, infine, al sesto motivo del ricorso di primo grado inerente alla violazione del diritto alla partecipazione al **concorso** per alcuni ricorrenti transitati dall'Agenzia del territorio presso l'Agenzia delle entrate, a seguito della disposta incorporazione dell'Ente, i quali non potrebbero godere della riserva dei posti prevista per gli "interni", dall'art. 1, comma 2, del bando, con conseguente disparità di trattamento, deve rilevarsi che dall'art. 4-*bis* del d.l. 78/2015 non si evince alcuna prescrizione che imponga di tener conto delle sopravvenute modifiche istituzionali e organizzative.

8. L'odierno gravame merita, pertanto, di essere respinto. Nella complessità e novità delle questioni in fatto e in diritto trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Troiano, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Luigi Massimiliano Tarantino**

**IL PRESIDENTE**  
**Paolo Troiano**

**IL SEGRETARIO**