

(ordinanza n. 364/2016 del 29.1.2016)” (si veda, in parte motiva, Cons. Stato, Sez. VI, 9.03.2016, n. 953).

Del resto, anche la stessa giurisprudenza di legittimità richiamata da parte odierna appellata nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, nel delineare il riparto di giurisdizione, aveva in realtà avuto modo di ritenere anche – in condivisione degli orientamenti in materia espressi dal Consiglio di Stato – che: “...in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a rapporti di lavoro pubblico privatizzato, spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ed i modi di conferimento della titolarità degli stessi (Cass., S.U., n. 3052 del 2009; Cass., S.U. n. 22733 del 2011; Cass., S.U., n. 25210 del 2015). E ciò sul rilievo che possono darsi situazioni nelle quali la contestazione in giudizio della legittimità degli atti, espressione di poteri pubblicistici, previsti dal D. Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1, implica la deduzione di una posizione di interesse legittimo, nella quale il rapporto di lavoro non costituisce l'effettivo oggetto del giudizio, ma, per così dire, lo sfondo rilevante ai fini di qualificare la prospettata situazione soggettiva dei ricorrenti, derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto (Cass., S.U., n. 21592 del 2005; Cass., S.U., n. 23605 del 2006; Cass., S.U., n. 25254 del 2009; Cass., S.U., n. 11712 del 2016.)...Con le ordinanze n. 27991 e n. 27992 del 2013, queste Sezioni Unite hanno invece rilevato che diversa è la fattispecie allorché l'oggetto del giudizio sia l'accertamento della legittimità della regolamentazione stessa della graduatorie ad esaurimento quale adottata con atto ministeriale. In tal caso, infatti, viene contestata la legittimità della regolamentazione, con disposizioni generali ed astratte, delle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione in parte qua, e non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previa disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, anche eventualmente di natura normativa subprimaria. La giurisdizione allora non può che essere del giudice amministrativo. Come la giurisdizione del giudice ordinario...è recessiva in favore di quella generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di impugnazione di atti organizzativi a contenuto generale con cui le pubbliche amministrazioni definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, ovvero individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di



conferimento della titolarità dei medesimi o determinano le dotazioni organiche complessive ai sensi del D. Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1 (cfr. Cass., S.U., n. 22779 de 2010). a maggior ragione sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ove l'oggetto del giudizio sia l'impugnazione di una atto regolamentare di normazione subprimaria; in tal senso, v. Corte Cost. n. 41 del 2011, che, adita con incidente di costituzionalità dal TAR Lazio nel corso di un contenzioso analogo, ha osservato che il remittente giudica della legittimità degli atti amministrativi che fissano i criteri di formazione delle graduatorie..." (si veda, in parte motiva, Cass., S.U., 13.09.2017, n. 21196; in termini, Cass., S.U., Ord. 15.12.2016, n. 25839).

I principi espressi dalla giurisprudenza testé richiamata sono pienamente applicabili nella presente fattispecie, nella quale, infatti:

- il *petitum* sostanziale indotto dall'odierno appellato con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado ed i fatti materiali dallo stesso allegati in relazione alle particolari caratteristiche del rapporto di lavoro consistevano, in sintesi, nella allegazione di non poter avere accesso alla totalità delle graduatorie di II fascia degli Istituti scolastici dell'ambito territoriale della provincia di Siena relativamente alle materie di insegnamento A048 e A049 (scienze motorie), in ragione di una preclusione normativa di carattere generale, vale a dire in quanto il D.M. 1 giugno 2017, n. 374 di aggiornamento della II e III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto del personale docente, non consentiva tale accesso alle graduatorie di II fascia degli Istituti scolastici, stante la mancata attivazione di percorsi formativi abilitanti per la categoria di docenti di appartenenza (diplomati ISEF, ricondotti alla più generale categoria degli insegnanti tecnico-pratici, "ITP");

- nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado non è stato neppure allegato che venisse in questione la legittimità di uno specifico atto di gestione del rapporto di lavoro assunto con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato, non essendo allegato nemmeno che il ricorrente avesse presentato domanda di inserimento in una specifica graduatoria di II fascia di uno o più determinato/i istituto/i scolastici dell'ambito territoriale della provincia di Siena, e neppure di esserne stato escluso con qualsivoglia provvedimento di un Dirigente Scolastico di alcun Istituto;

- nel medesimo ricorso non si è fatta questione della corretta collocazione in una determinata posizione in una qualsivoglia graduatoria di II fascia di un Istituto scolastico determinato, ma della preclusione, di ordine generale, ad essere inserito in una qualsiasi graduatoria di II fascia di qualunque istituto dell'ambito territoriale della provincia di Siena, derivante da un atto normativo di natura regolamentare, vale a dire il citato D.M. 1 giugno



2017, n. 374 di aggiornamento della II e III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto del personale docente;

- non è stata impugnata alcuna graduatoria di II fascia di alcun Istituto scolastico dell'ambito territoriale della provincia di Siena, né ne è stata domandata la disapplicazione;

- il medesimo D.M. 1 giugno 2017, n. 374 di aggiornamento della II e III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto del personale docente è stato poi fatto oggetto di censure (sia pure in forma di richiesta disapplicazione e non di annullamento, stante anche la ormai intervenuta scadenza del termine decadenziale di 60 giorni previsto dalla legge per la sua impugnazione avanti al Giudice amministrativo) con riferimento alla illegittima regolamentazione dei criteri generali di formazione delle graduatorie, assumendosi che il decreto era illegittimo in quanto impediva l'accesso alle graduatorie di cui si discute per non essere mai stati previsti specifici percorsi formativi abilitanti con riferimento alla categoria degli insegnanti tecnico-pratici; ed è questa anzi la ragione su cui poggia interamente la domanda proposta dal ricorrente;

- pertanto, la contestazione investiva direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici ed i modi di conferimento della titolarità degli stessi; non rilevando quindi le graduatorie come atti di gestione in sé, ma come proiezione applicativa di un non corretto esercizio del potere di organizzazione;

- essendo poi la ragione ultima di non accessibilità alle graduatorie di II fascia di circolo e di istituto rappresentata dalla mancata istituzione di specifici percorsi formativi abilitanti con riferimento alla categoria degli insegnanti tecnico-pratici, non pare dubbio che la *causa petendi* della proposta azione afferisca alla deduzione di illegittimità di atti organizzativi a contenuto generale con cui le pubbliche amministrazioni definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, rispetto ai quali la giurisdizione ordinaria è da ritenersi recessiva, in relazione al disposto dell'art. 2, comma 1, del D. Lgs. n. 165/2001, e rispetto alla quale il ricorrente verteva in posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo;

- non è dubbio, infatti, che, ove si accedesse alla prospettazione dell'odierno appellato, per cui l'Amministrazione sarebbe tenuta alla attivazione di specifici percorsi formativi abilitanti con riferimento alla categoria docente di appartenenza, derivandone, in difetto, il proprio diritto alla immissione nelle graduatorie II fascia di circolo o di istituto, ciò equivarrebbe a censurare, inducendone *de plano* la modificazione (che infatti è stata in



concreto domandata dal ricorrente, con la domanda di ordine all'Amministrazione di inserirlo nelle graduatorie) delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici e di conferimento della titolarità di detti uffici adottate dall'Amministrazione scolastica, con conseguente rideterminazione organica complessiva della medesima Amministrazione.

Si osserva anzi che, finanche ove si volesse, in denegata ipotesi, qualificare la posizione dell'odierno appellato come diritto soggettivo, vi sarebbe ragione di ritenere ugualmente la giurisdizione del Giudice amministrativo, se non con riferimento alla giurisdizione generale di legittimità, alternativamente, in relazione alla giurisdizione esclusiva dell'AGA.

Posto, infatti, che la ragione ultima, o *causa petendi* della proposta azione è, come già considerato, la mancata attivazione di specifici percorsi formativi abilitanti con riferimento alla categoria docente di appartenenza, dovrebbe allora ritenersi applicabile l'art. 7, comma 1, del D. Lgs. n. 104/2010, secondo cui: *“Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*.

Dunque, anche a volere ritenersi che verrebbe in rilievo la valutazione di legittimità di un atto assunto dalla P.A. con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato (l'esclusione dalle graduatorie II fascia di circolo o di istituto dell'ambito territoriale provinciale di Siena), nondimeno, un tale “atto” di gestione (o eventualmente, “comportamento”, se si assuma che verrebbe in rilievo un comportamento omissivo di non ammissione del ricorrente nelle graduatorie), sarebbe, nella stessa prospettazione fatta dall'odierno appellato, quantomeno mediamente riconducibile al mancato esercizio di un potere amministrativo – di cui si è assunta la illegittimità – rappresentato dalla mancata attivazione di specifici percorsi formativi abilitanti con riferimento alla categoria docente di appartenenza; e quindi, sarebbe un “atto” (o un “comportamento”) pur sempre ricadente nella giurisdizione del giudice amministrativo, se pure in sede di giurisdizione esclusiva.

Parimenti, sussiste la giurisdizione dell'AGA con riguardo alla domanda, pure proposta e accolta dal Giudice di primo grado, di accertamento del possesso di un titolo abilitante all'insegnamento sin dal momento del conseguimento del titolo medesimo, in quanto fondata sugli identici presupposti di quella di inserimento nelle graduatorie di circolo e di istituto.



D'altronde, la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo è dimostrata anche dalla circostanza che lo stesso primo Giudice ha richiamato, a fondamento della propria decisione, giurisprudenza amministrativa (peraltro nel merito in realtà inconferente, come si vedrà di seguito sub 3) in tema di legittimità dei criteri generali stabiliti dall'Amministrazione con atti di natura generali (Decreti Ministeriali) in tema di requisiti di partecipazione ai concorsi pubblici.

Inoltre, l'orientamento espresso dal Tribunale di Siena, è del tutto singolare, ritenendo la prevalente giurisprudenza di merito, appunto, la giurisdizione del Giudice amministrativo (tale è, ad esempio, l'orientamento del Tribunale di Firenze: si allega, in proposito, la sentenza del medesimo Tribunale n. 573/2018 del 20.09.2018, doc. n. 1).

Infine, sussiste la giurisdizione dell'AGA anche con riguardo alla domanda, ulteriormente proposta e accolta dal Giudice di primo grado, di accertamento che il diploma di insegnante tecnico-pratico (Isef) del quale è in possesso, rappresenterebbe un titolo che consente la partecipazione anche alla procedura concorsuale straordinaria prevista entro il mese di febbraio 2018, indicata nell'art. 17 del D. Lgs. n. 59/2017, sia perché fondata sugli stessi presupposto, sia, *a fortiori*, in quanto una tale domanda, afferendo ai presupposti stessi di partecipazione ad una procedura concorsuale, che per definizione è finalizzata all'assunzione, rientra certamente nell'ambito delle *"controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni"*, di cui all'art. 63, comma 4, del D. Lgs. n. 165/2001.

Infatti, parte ricorrente nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado ha inteso riferirsi alla previsione normativa secondo cui: *"Sino ad esaurimento ai sensi dell'articolo 1, comma 105, della legge 13 luglio 2015, n. 107, il 50 per cento dei posti di docente vacanti e disponibili nelle scuole secondarie è coperto annualmente ai sensi dell'articolo 399 del decreto legislativo 16 aprile 1994 n. 297, attingendo alle graduatorie ad esaurimento di cui all'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ferma restando la procedura autorizzatoria di cui all'articolo 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni"* (comma 1); *"Il 50 per cento dei posti di docente vacanti e disponibili nelle scuole secondarie è coperto annualmente, ferma restando la procedura autorizzatoria di cui all'articolo 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, mediante scorrimento delle graduatorie di merito delle seguenti procedure concorsuali: ...b) concorso bandito, in ciascuna regione, ai sensi del comma 3, al quale, al netto dei posti utilizzati per la procedura di cui alla lettera a), è destinato il 100% dei posti di cui all'alinea per gli anni scolastici 2018/2019 e 2019/2020,*



nonché l'80% per gli anni scolastici 2020/2012 e 2012/2022, il 60% per gli anni 2022/2023 e 2023/2024, il 40% per gli anni 2024/2025 e 2025/2026, il 30% per gli anni 2026/2027 e 2027/2028 e il 20% per i bienni successivi, sino ad integrale scorrimento di ciascuna graduatoria di merito regionale" ...3. La procedura di cui al comma 2, lettera b), bandita in ciascuna regione e per ciascuna classe di concorso e tipologia di posto entro febbraio 2018, è riservata ai docenti in possesso, alla data di entrata in vigore del presente decreto, di titolo abilitante all'insegnamento della scuola secondaria o di specializzazione di sostegno per i medesimi gradi di istruzione, in deroga al requisito di cui all'articolo 5, comma 1, lettera b) e articolo 5, comma 2, lettera b). Ciascun soggetto può partecipare alla predetta procedura in un'unica regione per tutte le classi di concorso e tipologie di posto per le quali sia abilitato o specializzato. Sono altresì ammessi con riserva al concorso per i posti di sostegno i docenti che conseguono il relativo titolo di specializzazione entro il 30 giugno 2018, nell'ambito di procedure avviate entro la data di entrata in vigore del presente decreto. Gli insegnanti tecnico-pratici possono partecipare al concorso purché siano iscritti nelle graduatorie ad esaurimento oppure nella seconda fascia di quelle di istituto, alla data di entrata in vigore del presente decreto".

Non è dubbio, quindi, che si sia in presenza di un vero e proprio concorso, in quanto così la procedura è definita dalla stessa legge.

Tanto è comunque confermato anche dal D.D.G. n. 85/2018, attuativo della norma di legge (che si produce quale doc. n. 2), trattandosi di atto normativo conoscibile anche di ufficio), che prevede lo svolgimento di una prova orale di natura didattico metodologica (artt. 6, 7 e 8) e la valutabilità anche dei titoli che vengono valutati da apposita Commissione con punteggio massimo fino a 40 punti per la prova orale e fino a 60 punti per i titoli (art. 9), che all'evidenza configura una procedura concorsuale di valutazione per merito comparativo tra i candidati nei quali si riflette (quantomeno per ciò che attiene alla valutazione della indispensabile prova orale) esercizio di discrezionalità valutativa dell'Amministrazione, trattandosi oltretutto di procedura per l'accesso al pubblico impiego, dunque sotto tutti tale profili sicuramente qualificabile come concorso pubblico.

L'intera vertenza è pertanto da ritenersi devoluta alla cognizione del Giudice amministrativo e già per tale ragione la sentenza appellata dovrà essere integralmente riformata, con conseguente affermazione della inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per difetto di giurisdizione dell'AGO.



2) In subordine: nullità della sentenza appellata per la mancata integrazione del contraddittorio, necessario ex art. 102 c.p.c., nei confronti di tutti i controinteressati. Conseguente remissione della causa al Giudice di primo grado ai sensi dell'art. 354 comma 1 c.p.c.

Pur assorbente essendo la ragione indicata sub 1) a giustificare il rigetto di tutte le domande *ex adverso* proposte, si osserva che la sentenza appellata è da ritenersi affetta da nullità per la mancata integrazione – necessaria – del contraddittorio nei confronti di tutti i controinteressati ai sensi dell'art. 102 c.p.c.

Si indica, quale parte del provvedimento che si intende impugnare, la sentenza appellata nella sua totalità, come già indicata sub 1), venendo anche sotto tale profilo in rilievo una omissione (sul piano processuale) della attività decisoria e di governo del processo, che sarebbe stata invece necessaria, del primo Giudice.

Si indicano di seguito le circostanze dalle quali deriva la violazione di legge (ed in specie, dell'art. 102 c.p.c.).

Che vi siano soggetti controinteressati è postulato dallo stesso ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, che era anche formalmente proposto *"...contro tutti i docenti inseriti che sarebbero pregiudicati, in termini di graduatoria, per effetto dell'auspicato accoglimento del presente ricorso"* (pag. 1); ma il primo Giudice non ha disposto la notifica del ricorso stesso ad alcun controinteressato.

Per ciò che attiene alla domanda di riconoscimento di un titolo che consenta la partecipazione anche alla procedura straordinaria prevista entro il mese di febbraio 2018, indicata nell'art. 17 del D. Lgs. n. 59/2017, che come osservato, consiste in una procedura concorsuale, si osserva quanto segue.

In tal senso si ritiene dalla costante giurisprudenza di legittimità che *"Nell'impiego pubblico contrattualizzato al bando di concorso deve essere riconosciuta una duplice natura giuridica: quella di provvedimento amministrativo, nella parte in cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica di cui regola il successivo svolgimento, e quella di atto negoziale per gli aspetti sostanziali, in ragione della proposta di assunzione condizionata negli effetti all'espletamento della procedura concorsuale ed all'approvazione della graduatoria (Cass., S.U., 4.11.2009, n. 23377 e Cass., S.U., 2.10.2012 n. 16728)"* (si veda, in parte motiva, anche da ultimo, Cass., Sez. Lav., 20.03.2017, n. 7129).

Il bando di concorso o selezione contiene infatti in sé una proposta di conclusione del contratto, la cui efficacia e validità è condizionata alla approvazione della graduatoria; ma



se la graduatoria emanabile all'esito della procedura concorsuale dovesse, in accoglimento della domanda proposta dal ricorrente, essere modificata, dichiarandosi egli vincitore, non potrebbe essere più ritenuto per tale quantomeno l'ultimo soggetto utilmente collocabile nella graduatoria stessa, con conseguente caducazione della assunzione ottenuta da quest'ultimo e dei relativi emolumenti economici, dal momento che, essendo il bando la *lex specialis* della selezione, nel quale si manifesta la volontà dell'Amministrazione e che pone le condizioni alle quali l'Amministrazione si vincola alla conclusione del contratto, integra il novero di tali condizioni anche il numero di posti messi a concorso o a selezione, numero che, evidentemente, non può essere superato.

Nel caso di specie, il carattere limitato dei posti assegnabili in esito alla procedura concorsuale nell'art. 17 del D. Lgs. n. 59/2017 emerge dal medesimo disposto normativo, che fa riferimento alla assegnazione del 50% dei posti di docente vacanti e disponibili presso le istituzioni della scuola secondaria.

Ed ancora: *“La Corte, esaminato il ricorso, rileva che, in violazione dell'art. 102 c.p.c., alla controversia sono rimasti estranei i soggetti sulla cui sfera giuridica la decisione giudiziale è destinata ad esplicare effetti immediati e diretti, e cioè i partecipanti alla selezione per l'assegnazione del posto rivendicato dalla Cantamessa e collocati in posizione utile nella graduatoria approvata in data..., la cui conformità alle norme è oggetto di contestazione. Non può trovare consenso la tesi che nega in radice che il giudizio civile, in quanto verte non sull'atto, ma sul rapporto controverso, possa implicare la necessaria presenza di soggetti controinteressati, cioè portatori di un interesse contrario rispetto a quello sostanziale del ricorrente, com'è invece caratteristica dei ricorsi di tipo impugnatorio. La più persuasiva delle confutazioni è fornita proprio dalla controversia in esame, configurante una situazione di conflitto tra i più pretendenti ad una utilità che, accordata ad uno, è definitivamente perduta per gli altri in base a statuizione resa all'esito di un giudizio cui non hanno partecipato. Del resto, sia con riguardo al lavoro subordinato privato, sia con riguardo al lavoro contrattuale alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (D. Lgs. n. 15/2001), risulta consolidato l'orientamento della giurisprudenza della Corte, secondo cui, in presenza di selezioni concorsuali e di contestazioni sulla legittimità del procedimento da parte di un soggetto che domandi l'accertamento giudiziale del suo diritto ad essere inserito nel novero dei prescelti per il conseguimento di una determinata utilità (promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazioni di sede, etc.) il giudizio deve svolgersi in contraddittorio degli altri partecipanti al concorso coinvolti dai necessari raffronti, e, pertanto, il giudice, ove riscontri la non integrità del*



contraddittorio, deve ordinarne la integrazione nei confronti di tutti i controinteressati...Va comunque, con specifico riferimento al lavoro pubblico assoggettato allo statuto di cui al D. Lgs. n. 165/2001, richiamato il disposto dell'art. 63, comma 2, il quale, nella parte in cui riconosce al giudice ordinario il potere di adozione di tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati, compensa l'esclusione di ogni "riserva" all'amministrazione degli atti inerenti al rapporto di lavoro ed il riconoscimento della loro normale fungibilità con atti del giudice, mediante l'esplicita attribuzione di effetti costitutivi od estintivi del rapporto di lavoro alle sentenze che riconoscono il diritto all'assunzione o accertino che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali. Una simile previsione conferma, al di là dell'ipotesi specificamente prevista, la configurabilità di rapporti sostanziali di carattere plurisoggettivo, i quali, dedotti in giudizio, rendono necessario il litisconsorzio. Nel caso di specie ricorre appunto l'ipotesi per cui la realizzazione dell'utilità pretesa dalla Cantamessa (assegnazione di sede) richiede la produzione di effetti, in via diretta ed immediata, nella sfera giuridica di soggetti portatori di un interesse contrario. Va fatta quindi applicazione del principio di diritto secondo cui, allorquando si sia verificata la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non rilevata dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, né da quello d'appello che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., comma 1, resta viziato l'intero procedimento e si impone, anche di ufficio, in sede di giudizio per cassazione, l'annullamento anche di ufficio delle pronunce emesse..." (si veda, in parte motiva, Cass., Sez. Lav., 5 giugno 2008, n.14914).

Si è ugualmente ritenuto che: "La giurisprudenza di questa Corte è orientata nel senso che in materia di pubblico impiego privatizzato, nelle controversie relative all'espletamento di procedure concorsuali interne per il riconoscimento del diritto all'assegnazione del posto messo a concorso, sono contraddittori necessari i partecipanti nei cui confronti la decisione è destinata a produrre effetti diretti in ragione della comunanza della situazione giuridica, complessa ma unitaria, e della domanda, implicita, di riformulazione della graduatoria, che esplica i suoi effetti nei confronti di tutti i partecipanti coinvolti dai necessari raffronti, atteso, tra l'altro, il potere del giudice. D. Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 63, comma 2, di adottare tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi, e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati, ed esclude invece che ricorra una ipotesi di litisconsorzio necessario ove sia richiesto solo il risarcimento del danno, giacché in questo caso, la controversia è circoscritta al singolo



rapporto (Cass. n. 14914/2008, in senso conf. 6342/2004). Nel caso di specie, la ricorrente ha chiesto l'accertamento del proprio diritto alla nomina quale dirigente amministrativo sostenendo che l'amministrazione avrebbe dovuto attingere, "per scorrimento" integrale, alla graduatoria nella quale si era classificata in posizione utile e non avrebbe dovuto invece utilizzare anche due ulteriori graduatorie. Risulta quindi palese che, l'accoglimento di tale domanda determinerebbe una situazione incompatibile con l'assunzione quali dirigenti dei candidati collocati nelle graduatorie la cui utilizzazione è contestata e che pertanto ci si trova in presenza di quella situazione giuridica, complessa ma unitaria, nella quale il riconoscimento di un diritto ad una delle parti implica necessariamente il disconoscimento del diritto di un'altra parte. Inoltre, benché per la particolarità della fattispecie, non si possa propriamente parlare di riformulazione della graduatoria, l'accoglimento della domanda determinerebbe un risultato concretamente equivalente" (si veda, in parte motiva, Cass., Sez. Lav., 7 luglio 2009, n. 15912).

Si è del pari affermato dalla Suprema Corte di legittimità che, nei confronti dei lavoratori risultati vincitori, è evidente che *"la decisione è destinata a produrre effetti diretti in ragione della comunanza della situazione giuridica determinata dall'obbligazione, complessa ma unitaria, assunta dal soggetto, che ha indetto la selezione, nei confronti di tutti coloro che sono inseriti nella graduatoria in parola, essendo in tal caso i singoli adempimenti condizionati al corretto adempimento nei confronti di tutti. Si tratta, pertanto, di soggetti pretermessi che hanno un reale interesse a contraddire in quanto la decisione coinvolge necessariamente le loro posizioni di diritto soggettivo - di selezionati assunti - sicchè la pronuncia giurisdizionale richiesta sarebbe inutiliter data ove resa senza che tali soggetti abbiano partecipato al giudizio per contraddire le ragioni degli attori* La verificata sussistenza di un reale interesse a contraddire in capo ai soggetti pretermessi impone, in attuazione dei principi del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., nel contemperamento dei vari interessi, di dare prevalenza alle esigenze di natura pubblicistica del litisconsorzio necessario" (Cass. 16/12/2013, n. 28036).

Ne consegue che *"il giudizio celebrato senza la partecipazione di tutti i litisconsorti necessari è affetto da nullità assoluta, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche di ufficio"* (da ultimo, Cass. civ. Sez. VI - 5, Ord., 06/06/2016, n. 11552).

Ora, con riguardo alla suddetta procedura concorsuale straordinaria prevista entro il mese di febbraio 2018, indicata nell'art. 17 del D. lgs. n. 59/2017, ai sensi del già sopra trascritto art. 1, comma 2, della norma di legge, la immissione in ruolo è riferita al 50 per cento dei posti vacanti e disponibili nelle scuole secondarie e avviene mediante scorrimento



delle graduatorie di merito delle procedure concorsuali ivi contemplate, fra le quali quella di cui al comma 2, lett. b) e comma 3), che consiste in una procedura bandita in ciascuna regione e per ciascuna classe di concorso e tipologia di posto entro febbraio 2018 riservata *“ai docenti in possesso, alla data di entrata in vigore del presente decreto, di titolo abilitante all’insegnamento della scuola secondaria o di specializzazione di sostegno per i medesimi gradi di istruzione...Gli insegnanti tecnico-pratici possono partecipare al concorso purché siano iscritti nelle graduatorie ad esaurimento oppure nella seconda fascia di quelle di istituto, alla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

E’ pacifico che, alla data di entrata in vigore del D. Lgs. n. 59/2017, il Sig. Capitani, quale insegnante tecnico-pratico, non sarebbe stato, in difetto della pronuncia della sentenza appellata, iscritto nelle graduatorie ad esaurimento oppure nella seconda fascia di quelle di istituto.

Pur volendosi in denegata ipotesi per assurdo ammettere che l’odierno appellato sarebbe stato, già al momento di entrata in vigore del D. Lgs. n. 59/2017, in possesso di titolo abilitante alla partecipazione della suddetta procedura concorsuale straordinaria (ma così non è per quanto si dire di seguito, in punto infondatezza nel merito della proposta domanda), appare evidente che la procedura concorsuale in questione è destinata alla immissione in ruolo di un numero ben delimitato di posti, risultante dalla sommatoria, in misura del 50%, dei posti vacanti e disponibili nelle scuole secondarie.

Inoltre, come già considerato sub 1), la procedura concorsuale in discorso consiste in una procedura valutativa per merito comparativo, indetta per ciascuna Regione, che tiene conto con attribuzione di punteggi non solo di titoli, ma anche dell’esito di apposite prove orali discrezionalmente valutabili da apposita Commissione.

Considerato quindi che, allo stato, per le classi di concorso A048 e A049 non risulta ancora attivata, quanto alla regione Toscana, la procedura concorsuale prevista dal D.D.G. n. 85/2018, ma che tuttavia sono già scaduti i termini di presentazione delle relative domande di partecipazione, assumono la qualità di controinteressati nei confronti dell’odierno appellato tutti coloro che hanno presentato, nel termine previsto dallo stesso D.D.G. (22 marzo 2018: art. 4, comma 4, D.D.G. n. 85/2018), sulla base dei requisiti ivi prescritti, domanda di partecipazione a detta procedura concorsuale per le dette classi di concorso A048 e A049, in quanto, se si ritiene che il Sig. Capitani sarebbe munito di titolo idoneo a parteciparvi, potrebbe in ipotesi sopravanzare qualsiasi altro candidato - pur se eventualmente munito di titoli ai quali sia associato un punteggio maggiore di quello dallo stesso ricorrente in ipotesi allegabile - in base all’esito della prova orale, per quale, come



detto, è attribuito un separato punteggio variabile secondo valutazione discrezionale comparativa.

Con la conseguenza che, in un tal caso, non dovrebbe farsi luogo alla immissione in ruolo dell'ultimo partecipante alla procedura che avrebbe riportato un punteggio complessivo inferiore rispetto a quello ottenibile dal Sig. Capitani.

Non essendo come detto al momento attivata la procedura concorsuale in discorso, quanto alla Toscana, per le classi A048 e A049, la identificazione nominativa di tali soggetti controinteressati è difficile, ma, essendo certo che vi siano dei controinteressati, potrebbe eventualmente ricorrersi alla notificazione del ricorso ai controinteressati per pubblici proclami ai sensi dell'art. 151 c.p.c., ammessa in tutte le ipotesi in cui *"lo consigliano circostanze particolari o esigenze di maggiore celerità..."*.

Il difetto di integrità del contraddittorio è poi ravvisabile anche con riferimento alla domanda di inserimento in II fascia negli Istituti di istruzione secondaria, e ciò anche se non venga in rilievo una procedura concorsuale, ma l'accesso ad una graduatoria (che non è una procedura concorsuale).

Infatti, la giurisprudenza di legittimità ritiene, in materia di integrazione del contraddittorio con riguardo alla domanda di inserimento in una graduatoria le stesse conclusioni viste in tema di domanda di partecipazione ad una procedura concorsuale, laddove, per effetto dell'inserimento in graduatoria (come ad esempio la assegnazione di incarico di supplenza), in considerazione del numero limitato di posti per i quali sarebbe ritraibile l'utilità della presenza in graduatoria, detta utilità verrebbe compromessa per un candidato, dalla ammissione di altro candidato, non incluso in essa, che abbia domandato di esservi inserito, con la conseguente esclusione dalla graduatoria del primo e assegnazione di tale utilità al secondo che vi sia iscritto e che, per effetto di tale inserimento, disponendo di punteggio superiore, sopravanzi il primo nella stessa graduatoria (in tal senso, Cass. Sez. I, av. 3.08.2018, n. 20494).

Anche con riguardo ad una partecipazione a graduatoria, cioè, si pone una *"...situazione giuridica, complessa ma unitaria, nella quale il riconoscimento di un diritto ad una delle parti implica necessariamente il disconoscimento del diritto di un'altra parte"*, come ritenuto anche in giurisprudenza.

Con riguardo alla domanda di inserimento in II fascia negli Istituti di istruzione secondaria dell'intero ambito territoriale della provincia di Siena è quindi altrettanto certo che vi sarebbero numerosi controinteressati, in quanto gli incarichi di supplenza in II fascia corrispondono ovviamente ad un numero necessariamente limitato e vengono disposti, per



ciascuna classe di concorso su di una graduatoria elaborata per quella classe di concorso per ciascun Istituto.

Controinteressati sono quindi, in particolare, tutti gli altri docenti che per le classi di concorso A048 e A049 negli Istituti di istruzione secondaria dell'ambito territoriale provinciale di Siena, che, essendo presenti nelle graduatorie II fascia, si vedrebbero sopravanzare, in ragione dell'inserimento in esse dell'odierno appellato con il punteggio dallo stesso posseduto.

A tal fine si produce, a titolo esemplificativo, ritenendosene la indispensabilità ai fini della decisione ai sensi dell'art. 437, comma 2, c.p.c. (e tenuto peraltro conto che, come ritenuto anche dalla giurisprudenza di legittimità sopra menzionata, il difetto di integrità del contraddittorio è rilevabile, anche di ufficio, in ogni stato e grado del processo) la graduatoria virtuale dell'Istituto scolastico "Avogadro". Scuola Polo di appartenenza dell'Istituto scolastico ove l'odierno appellato svolge attualmente la sua attività lavorativa (doc. n. 3), dalla quale risulta che, se fosse inserito nella graduatoria II fascia di detto Istituto, il ricorrente si classificherebbe al quarto posto e sopravanzerebbe in essa i seguenti altri candidati che vi sono presenti per le classi di concorso A048 e A049: Tarantino Daniel, De Matteis Benedetta, Avena Ivana, Di Fabio Jacopo, La Sala Stefania, Cioncoloni Giulia, Montiani Irene, Monaci Marco, Flori Pietro, Giannotti Margherita, Biancolini Sofia, Nottolini Claudio, La Storia Antonietta, che sono quindi controinteressati, ai quali il contraddittorio si sarebbe dovuto necessariamente estendere ai sensi dell'art. 102 c.p.c.

E' poi evidente che la stessa esigenza si pone con riguardo a tutti gli altri colleghi del ricorrente inseriti in graduatoria II fascia di tutti gli istituti scolastici dell'ambito territoriale provinciale di Siena per le classi di concorso A048 e A049: novero di soggetti individuabile dal ricorrente mediante richiesta ed acquisizione delle graduatorie di pertinenza degli istituti compresi nell'ambito territoriale provinciale (ed eventualmente, nel caso di peculiare difficoltà a tale individuazione, potendosi ancora fare ricorso alla notificazione per pubblici proclami ex art. 151 c.p.c.).

Dunque, essendo affetta la sentenza appellata da nullità per difetto di integrità del contraddittorio, dovrà essere subordinatamente dichiarata la nullità della medesima sentenza con conseguente remissione della causa al Giudice di primo grado ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c.

3) In via gradata: infondatezza, nel merito, delle domande *ex adverso* proposte. Violazione dell'art. 2 D.M. 374/2017; del D. Lgs. 7.05.1948 n. 1277; dell'art. 401,



comma 2, del D. Lgs. n. 297/1994; dell'art. 4, comma 5, L. n. 124/1999; della L. n. 143/2004; dell'art. 5, comma 3, D.M. 13.06.2017 attuativo della L. n. 124/1999. Falsa e/o erronea applicazione del D.M. n. 39/1998. dell'art. 2 e 3, comma 2, D.P.R. n. 19/2016 e del D.M. n. 259/2017.

In via gradata, si osserva che le domande proposte dall'odierno appellato sono nel merito del tutto infondate.

Si indica, quale parte del provvedimento che si intende impugnare, la medesima già indicata sub 1) e 2).

Si indicano di seguito le ragioni dalle quali deriva violazione di legge.

Non è conferente la giurisprudenza del TAR e del Consiglio di Stato, sia di merito che cautelare, citata dal primo Giudice.

Lo stesso Consiglio di Stato, in fattispecie analoghe a quella oggetto del presente giudizio, con giurisprudenza costante, ritiene la infondatezza della domanda attorea.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa menzionata dal primo Giudice non attiene all'oggetto del presente giudizio, che attiene alla sussistenza o meno del diritto del ricorrente all'inserimento in graduatoria II fascia degli istituti scolastici dell'ambito territoriale provinciale di Siena per le classi A048 e A049 nel solo possesso di un diploma per l'insegnamento tecnico-pratico, ma attiene alla diversa questione – evincibile dalle stesse motivazioni di tale giurisprudenza trascritte nella sentenza appellata – della legittimità o meno dell'atto amministrativo di natura generale con il quale è stata bandita una procedura concorsuale nella quale, per effetto della previsione del bando di concorso, si richieda, ai fini della partecipazione ad esso, il possesso, oltre che di un titolo di studio per la classe di concorso, anche di un titolo abilitativo: previsione ritenuta dal TAR e dal Consiglio di Stato in sé corretta, ma dalla quale si dovrebbe prescindere finché, per quella specifica classe, non sia stato attivato e compiuto almeno un percorso abilitativo "ordinario".

Ora, nella fattispecie qui in esame, non viene in rilievo la questione di legittimità di un atto amministrativo generale con riguardo alla preclusione da esso derivante alla partecipazione ad un concorso, atteso che le graduatorie II fascia degli istituti e circoli di scuola secondaria, nei quali l'odierno appellato chiede di essere inserito, non sono concorsi, ma appunto graduatorie, che vengono redatte secondo criteri normativamente prefissati in modo rigido e privo di alcuna discrezionalità.

Dunque, le censure svolte dall'odierno appellato nei confronti del decreto del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca 1 giugno 2017, n. 374 di



aggiornamento della II e III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto del personale docente, non concernevano i requisiti di ammissione ad un concorso.

Nel merito, comunque, le domande proposte dall'odierno appellato sono da ritenersi infondate per le seguenti ragioni.

Il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, come detto, è presentato da insegnante teorico-pratico ed è relativo all'esclusione dello stesso dalla graduatoria di 2° fascia in quanto non in possesso di idoneo titolo di accesso in base alla specifica normativa di riferimento di cui al DM 374 del 1 giugno 2017.

In particolare l'art. 2 del DM dispone: *"Titoli di accesso alla II e III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto 1. Ai sensi dell'art. 5, comma 3, del Regolamento hanno titolo a presentare domanda di inserimento nelle graduatorie di circolo e d'istituto di II e III fascia, ciascuno per la relativa fascia di appartenenza, gli aspiranti che abbiano i seguenti requisiti: A) SECONDA FASCIA: aspiranti non inseriti nella corrispondente graduatoria ad esaurimento, che sono in possesso, relativamente alla graduatoria di circolo o d'istituto interessata, di specifica abilitazione o di specifica idoneità all'insegnamento conseguita a seguito di concorsi per titoli e/o per esami anche ai soli fini abilitanti (sono esclusi i concorsi banditi con D.D.G. n. 82/2012, D.D.G. n. 1051/2016, D.D.G. n. 106/2016 e D.D.G. n. 107/2016) ovvero in possesso di uno dei seguenti titoli di abilitazione: 1) diploma rilasciato dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (SSIS); 2) diploma rilasciato a seguito della frequenza dei corsi COBASLID; ...*

9. Al punteggio così assegnato saranno aggiunti gli eventuali ulteriori punteggi per i titoli conseguiti successivamente alla data del 23 giugno 2014 - termine di scadenza della domanda di inserimento nelle graduatorie di circolo e di istituto del precedente triennio 2014/2017 - autocertificati o presentati, ai sensi dell'art. 8, entro il termine di scadenza di presentazione della domanda previsto dal successivo art. 7. Per i docenti di II fascia, che nel corso del triennio si sono inseriti negli elenchi aggiuntivi disposti in attuazione dell'art. 1, comma 1, del D.M. 3 giugno 2015 n. 326 per aver conseguito il titolo di abilitazione in data successiva ai termini di scadenza per la presentazione della domanda di inserimento nelle graduatorie del triennio 2014/17, il termine temporale di riferimento di cui al periodo precedente è quello fissato da ciascuno dei decreti direttoriali che hanno disciplinato termini e modalità di inserimento in ciascuna finestra semestrale del triennio precedente e, in particolare: 1 febbraio 2015 - D.D.G. n. 680 del 6 luglio 2015; 1 agosto 2015 - D.D.G. n. 680 del 6 luglio 2015; 1 febbraio 2016 - D.D.G. n. 89 del 16 febbraio 2016; 1 agosto 2016 - D.D.G. n. 643 dell'11 luglio 2016; 1 febbraio 2017 - D.D.G. n. 3 dell'11 gennaio 2017. 10.

