

PUBBLICO IMPIEGO: Pubblica istruzione - Possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 - Inserimento nelle GAE (graduatorie ad esaurimento) - Esclusione.

Cons. Stato, Sez. VI, 21 giugno 2021, n. 4781

“[...] quanto al contenuto, il D.M. 235/2014 non contiene alcuna disposizione lesiva o escludente nei confronti dei diplomati magistrati non inseriti nelle G.A.E. dal momento che, trattandosi di un decreto che detta criteri e procedure per aggiornare le graduatorie, il D.M. non si rivolge a coloro che, per qualsiasi motivo, non sono stati inseriti in dette graduatorie. Da ciò consegue che coloro che erano in possesso del diploma magistrale avrebbero dovuto far valere tale titolo partecipando ad almeno una delle varie procedure bandite dal Ministero per l'inserimento nelle graduatorie (permanenti prima e ad esaurimento poi) ed eventualmente, a fronte del mancato accoglimento della domanda presentata, avrebbero poi dovuto far valere le loro ragioni impugnando tempestivamente il provvedimento con cui si negava detto inserimento [...].

- il valore legale del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 può essere riconosciuto solo in via “strumentale”, nel senso di consentire a coloro che lo hanno conseguito di partecipare alle sessioni di abilitazioni o ai concorsi, pur se privi del diploma di laurea in scienze della formazione istituito con d.P.R. 31 luglio 1996, n. 471 [...].

- non ha rilievo in senso contrario la previsione di cui all'art. 1 del d.l. 28 maggio 2004, n. 136 [...] secondo la quale è sufficiente per accedere alla graduatoria il titolo abilitante comunque posseduto, in quanto detta disposizione non fa alcun riferimento al valore abilitante del solo diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 [...].”

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2021 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Michele Bonetti, Santi Delia e Adele Berti Suman, in collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma “Microsoft Teams” come previsto dalla circolare del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa 13 marzo 2020, n. 6305.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Gli appellanti sono titolari di diploma di maturità magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, non considerato come titolo idoneo per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento (G.A.E.) del personale docente, per effetto del d. m. 1 aprile 2014, n. 235, al quale ha fatto seguito il d. m. 22 giugno 2016, n. 495.

Per tale ragione, hanno proposto ricorso per vedere annullato il decreto n. 495/2016, nella parte in cui non consente l'inserimento nelle G.A.E. ai diplomati magistrali con titolo conseguito entro l'a. s. 2001/2002.

2 - Il T.A.R. per il Lazio ha respinto il ricorso, uniformandosi ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 20 dicembre 2017, poi ribadita con le sentenze n. 4 e n. 5 del 5 febbraio 2019.

2.1 – La sentenza è stata impugnata dai ricorrenti in primo grado.

Si è costituito in giudizio il Ministero per opporsi all'appello.

Prima di esaminare i motivi di appello, deve rilevarsi la tardività ed inammissibilità delle memorie depositate da parte appellante in data 17 maggio e 18 maggio 2021, nelle parti in cui non contengono una replica alla memoria depositata dal Ministero in data 8 maggio 2021 (*cfr.* Cons. St. 6534/2019: *“Le memorie di replica sono previste e regolate dall’art. 73, comma 1, c.p.a. per il precipuo ed esclusivo fine di consentire di rispondere alle deduzioni contenute nelle nuove memorie depositate dalle controparti in vista dell’udienza di discussione; ne segue che la replica è inammissibile qualora controparte non abbia depositato memoria conclusionale e che il suo oggetto deve restare, comunque, contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria, onde evitare che si traduca in un mezzo per eludere il termine per il deposito delle memorie conclusionali, proponendo tardivamente argomenti che avrebbero dovuto trovare posto nella memoria per l’udienza di discussione”*).

In riferimento a tali memorie, oltre a quanto precede, deve altresì rilevarsi l'inammissibilità della questione relativa al supposto mancato rispetto dei termini a difesa previsti a norma dell'art. 71, comma 5, c.p.a., in quanto solo genericamente formulata nella parte “in fatto” di tali memorie e non seguita da una conforme e specifica istanza rivolta al Collegio al quale ci si rivolge al solo fine di una “*valutazione circa l’opportunità di disporre un rinvio*”.

In ogni caso, in riferimento a tale rilievo, risulta dirimente osservare che l'udienza pubblica è stata fissata ai sensi dell'art. 55, comma 11, c.p.a., con l'ordinanza cautelare favorevole agli appellanti, e non con decreto del Presidente alla stregua dell'art. 71 c.p.a.

Al riguardo, deve rilevarsi che l'art. 55 citato impone al giudice di fissare la data di discussione del ricorso nel merito, in caso di accoglimento della domanda cautelare. Tale norma non individua un termine entro il quale (o a decorrere dal quale) deve essere fissata l'udienza di discussione del merito, né richiama l'art. 71 del c.p.a.

Sul piano generale, deve ricordarsi che la norma in esame mira evidentemente ad evitare che, ottenuta la misura cautelare, il ricorso sia lasciato "pendente" per lungo tempo e, dunque, a garantire che la misura cautelare abbia una vigenza limitata al tempo strettamente necessario alla definizione del merito; ciò in conformità al principio di strumentalità della tutela cautelare rispetto al giudizio di merito ed all'ontologica provvisorietà ed instabilità della misura cautelare (l'art. 55, comma 4, c.p.a. in sintonia con tali assunti prevede l'improcedibilità della domanda cautelare finché non sia presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito).

Per tale ragione, non pare possibile estendere alla fattispecie in esame il termine previsto dall'art. 71, comma 5, c.p.a., che regola la diversa ipotesi in cui sia il Presidente a fissare l'udienza per la discussione del ricorso nel caso in cui non sia stato emesso un provvedimento cautelare che regola provvisoriamente il rapporto tra le parti.

Per altro verso, nel presente giudizio, sono stati comunque garantiti i termini per produrre documenti e presentare memorie e repliche di cui all'art. 73 c.p.a., sicché non può dirsi consumato alcun pregiudizio al diritto di difesa delle parti (senza considerare che, alla stregua dell'art. 60 c.p.a., in ipotesi, il Collegio avrebbe potuto definire il giudizio anche in sede di discussione della domanda cautelare con sentenza in forma semplificata).

3 – Con il primo motivo di appello, si deduce la mancata dichiarazione, da parte del T.A.R., della cessazione della materia del contendere, o sopravvenuta carenza di interesse, in ragione dell'avvenuta stipula del contratto a tempo indeterminato.

A tal fine parte appellante rileva che, grazie all'ordinanza cautelate emessa dal giudice di primo grado, gli appellanti venivano ammessi in G.A.E., stipulavano i contratti di supplenza e, in ordine di punteggio, ottenevano l'affidamento dei contratti di ruolo anche senza riserva, portando a termine l'anno di prova ed ottenendo il decreto di conferma in ruolo.

3.1 – A questo riguardo, il T.A.R. ha ritenuto che: *“Per quanto riguarda lo specifico aspetto della sopravvenuta stipula dei contratti di lavoro ... non possa venire in rilievo una cessazione della materia del contendere, atteso che tali stipulazioni non paiono suscettibili di tradursi in automatica*

soddisfazione della pretesa dei ricorrenti, spettando all'Amministrazione valutare il comportamento da tenere alla luce dell'esito del presente giudizio, in forza di specifica clausola contrattuale ovvero in mancanza di clausola contrattuale, attraverso i poteri di autotutela di cui è titolare”.

3.2 – A sostegno della censura, parte appellante prospetta che:

- gli appellanti hanno ottenuto l’inserimento nella graduatoria ambita e stipulato contratti in ruolo con relativa frequenza dell’anno di prova, spesso neanche con la riserva, ottenendo la valutazione dell’anno di prova e il decreto di conferma in ruolo;
- il parere del Ministero datato 21 giugno 2016 avente ad oggetto “*parere in merito a periodo di formazione e prova docenti assunti a tempo indeterminato a seguito di provvedimento cautelare*”, specifica che “*codesto Ufficio può fornire l’indicazione di completare la fase istruttoria inserendo l’intera documentazione, compresa l’espressione dell’obbligatorio parere del comitato di valutazione, nel fascicolo personale degli interessati. Il conseguente atto formale di conferma o mancata conferma in ruolo verrà adottato solo successivamente ad eventuale pronunciamento giurisdizionale favorevole ai ricorrenti*”;
- nel caso di specie, gli appellanti hanno tutti terminato l’anno di prova, ottenendo parere favorevole a seguito della valutazione da parte di una specifica commissione nonché il decreto di superamento dell’anno di prova e conferma in ruolo;
- gli istanti dovevano, coerentemente, essere “fermati” prima della conferma in ruolo, invece sono stati valutati, esaminati e hanno ricevuto una specifica conferma con decreto senza apposizione di riserva, quando lo stesso Ministero escludeva tale circostanza nel caso di ammissione con riserva.

Secondo l’appellante, le Amministrazioni scolastiche, contrariamente alle indicazioni ministeriali, avrebbero spontaneamente e autonomamente agito, con un comportamento fattivo e non omissivo, confermando l’adeguatezza professionale degli appellanti, andando oltre quanto affermato nei provvedimenti cautelari del T.A.R. che avevano disposto l’inserimento in G.A.E., nonché oltre il parere dell’Avvocatura Generale dello Stato richiamato da plurime circolari ministeriali e procedendo alle ulteriori attività, prodromiche e successive alla conferma in ruolo, in completa autonomia.

3.3 – Sotto altro profilo, parte appellante richiama i precedenti di questo Consiglio, in base ai quali l’operato della P.A. deve avere riguardo anche dell’organizzazione della vita dell’istante (Consiglio di Stato Sez. VI 997/2013: “*l’amministrazione ha consentito l’immatricolazione dell’appellato e che, quest’ultimo, sta seguendo il corso, con tutto quanto ne discende in ordine alla organizzazione di vita; che, pertanto, in ragione dell’avvenuta esecuzione, non sussistono i presupposti per la*

riforma dell'ordinanza impugnata”). Anche nella fattispecie in esame non potrebbe non rilevare il profilo dell'organizzazione di vita dell'istante in quanto i ricorrenti ormai da anni hanno organizzato la propria esistenza personale e professionale in funzione dell'intervenuta stabilizzazione lavorativa, dell'ingresso nelle G.A.E. e del superamento dell'anno di prova con contestuale atto formale di conferma in ruolo.

Inoltre, secondo parte appellante, si sarebbe ingenerato un affidamento, meritevole di considerazione, sorto a seguito di un comportamento dell'amministrazione che ha determinato una posizione di vantaggio in capo a parte ricorrente consistente non solo nella possibilità di essere inserita in graduatoria, ma addirittura nella stipula del contratto a tempo indeterminato e, in alcuni casi, nella conferma in ruolo.

4 – La censura è infondata, non potendosi condividere la prospettazione di parte appellante (come indirettamente confermato dal fatto che parte appellante non ha abbandonato il giudizio o rinunciato al ricorso, come sarebbe stato prospettabile laddove la sua pretesa sostanziale fosse stata effettivamente e pacificamente riconosciuta dall'amministrazione).

In generale, la cessazione della materia del contendere “*può essere pronunciata nel caso in cui il ricorrente abbia ottenuto in via amministrativa il bene della vita atteso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2018, n. 2687), sì da rendere inutile la prosecuzione del processo stante l'oggettivo venir meno della lite (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1135; sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 383; sez. IV, 7 maggio 2015, n. 2317)*” (Consiglio di Stato, Sez. II, 18 febbraio 2020, n. 1227).

L'interesse a ricorrere, la cui carenza è rilevabile d'ufficio dal giudice in qualunque stato del processo, costituisce una condizione dell'azione che deve persistere per tutto il giudizio dal momento introduttivo a quello della sua decisione (*ex multis* Cons. Stato Sez. V, 10.09.2010, n. 6549). E' altrettanto noto che la dichiarazione di improcedibilità della domanda per sopravvenuta carenza di interesse presuppone il verificarsi di una situazione di fatto o di diritto, del tutto nuova rispetto a quella esistente al momento della proposizione del ricorso, tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per avere fatto venire meno per il ricorrente l'utilità della pronuncia del giudice (*ex plurimis* Cons. St., Sez. IV, 9.9.2009, n. 5402; id., 11.10.2007, n. 5355).

Qualora l'Amministrazione adotti in pendenza del giudizio un atto soddisfacente dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso in primo grado, al fine di ricostruire gli effetti sostanziali e processuali riconducibili alla decisione amministrativa sopravvenuta, occorre verificare se l'Amministrazione si sia determinata autonomamente ovvero in mera esecuzione di un ordine giudiziale, pronunciato al fine di cautelare – nelle more della definizione della controversia nel merito – la situazione giuridica soggettiva vantata dalla parte ricorrente. Mentre nella prima ipotesi l'Amministrazione

detta una *regula iuris* del rapporto amministrativo tendenzialmente stabile, definita nel perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, alla stregua di valutazioni ed accertamenti rimessi alla sua potestà provvedimentale, non esaurita per effetto della pendenza del giudizio; nella seconda ipotesi, il provvedimento sopravvenuto viene assunto al solo fine di ottemperare ad un comando giudiziale (di regola, propulsivo), realizzando, per l'effetto, un assetto di interessi per propria natura interinale, destinato ad essere caducato in caso di esito del giudizio favorevole all'Amministrazione procedente.

Tale diverso atteggiarsi della volontà provvedimentale influisce non soltanto sulla stabilità, sul piano sostanziale, del provvedimento sopravvenuto, ma anche e correlativamente sull'andamento, sul piano processuale, del giudizio corrente tra le parti. Difatti, il provvedimento favorevole assunto in mera esecuzione di un ordine giudiziale non influisce sulla procedibilità del ricorso, consentendo al ricorrente soltanto di essere tutelato nella propria posizione giuridica in attesa dell'approfondito esame, proprio della sede di merito, delle questioni sollevate dalle parti, componenti il *thema decidendum* da risolvere in sede giurisdizionale.

Diversamente, qualora il provvedimento sopravvenuto sia assunto spontaneamente e autonomamente dall'Amministrazione procedente, viene integrata una fattispecie di cessata materia del contendere, da dichiarare con sentenza di merito (art. 34, comma 5, c.p.a.), attraverso cui accertare l'avvenuta realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione del ricorso.

4.2 – Tanto precisato, non esaurisce la materia del contendere, né esclude la permanenza dell'interesse alla decisione e la procedibilità del giudizio, il fatto che gli appellanti, nelle more, siano stati assunti, avuto riguardo al fatto che tale evenienza, laddove comunque conseguente ad un provvedimento cautelare del Giudice, è ontologicamente instabile e, dunque, destinata ad essere superata e, se del caso, travolta dalla successiva pronuncia di merito.

Nel caso di specie, il superamento del periodo di prova, la stipula dei contratti e l'immissione in ruolo, da un lato, non possono ovviare all'assenza di un titolo idoneo all'inserimento nelle G.A.E., e cioè alla mancanza di un requisito necessario per l'immissione in servizio in base alla fattispecie che viene in considerazione; dall'altro, tali atti di natura privatistica, non sono in alcun modo il frutto di una rinnovata valutazione degli interessi coinvolti, con il definitivo superamento di quella posta a base dei provvedimenti impugnati giurisdizionalmente, come comprovato dal fatto che l'amministrazione non ha ritirato il provvedimento impugnato, né l'ha sostituito con un nuovo atto, o riconosciuto la valenza del diploma posseduto dagli appellanti ai fini dell'inserimento nelle graduatorie alle quali ambiscono.

L'amministrazione, in esecuzione del provvedimento cautelare favorevole ai ricorrenti, si è invece limitata a dar corso al normale *iter* riservato ai docenti inseriti nelle G.A.E. (tra cui anche quelli inseriti in forza di un provvedimento cautelare del giudice amministrativo), evidentemente destinato ad essere travolto dal definitivo venir meno di tale presupposto a seguito della sentenza di merito, che ha disconosciuto la pretesa all'inserimento in dette graduatorie.

4.3 - Ad una diversa soluzione non può addiversarsi neppure valorizzando il fatto che in taluni contratti non sia stata apposta la condizione di riserva, da intendersi riferita all'esito del presente giudizio (per altro, nel contratto prodotto in causa risulta testualmente pattuito che: *“sono altresì causa di risoluzione l'annullamento della procedura di reclutamento che ne costituisce il presupposto nonché il mancato possesso dei requisiti”*).

Più in generale, dal tenore di tali atti di micro organizzazione, assunti da ciascun dirigente in veste di datore di lavoro – sui quali deve oltretutto escludersi la giurisdizione del giudice amministrativo – non emerge affatto un'autonoma ed esplicita volontà di riconoscere il bene della vita alla quale mirano gli appellanti, ovvero il loro diritto ad essere inseriti nelle G.A.E.; non emerge neppure che gli stessi siano stati assunti a prescindere dai provvedimenti cautelari resi nel presente giudizio; del resto, i singoli dirigenti scolastici non hanno neppure il potere di determinarsi in tal senso, ovvero di esprimere una volontà contrastata con il contenuto del D.M. impugnato (in senso conforme, Cons. St. 173/2021: *“Tale bene giuridico poteva essere riconosciuto, in via amministrativa, soltanto dallo stesso organo che aveva assunto l'atto lesivo, competente ex art. 21 nonies L. n. 241 del 1990 nel riesaminare le proprie precedenti determinazioni, in applicazione del principio del contrarius actus in forza del quale la modifica o il ritiro di un atto deve avvenire nelle stesse forme (anche pubblicitarie) e seguendo le stesse procedure dell'atto modificato o ritirato...Le determinazioni assunte da singole Istituzioni scolastiche, invece, non risultano idonee ad attribuire il bene della vita preteso in primo grado*).

In altre parole, precisato che esula dal presente giudizio ogni domanda avente ad oggetto gli effetti ed i diritti derivanti da tali contratti, la prospettazione di parte appellante, implicando indirettamente (ed inammissibilmente) una valenza provvedimentale agli atti privatistici, si pone in tensione con il dato per cui non è concepibile che, nell'ambito del pubblico impiego, un singolo dirigente si determini autonomamente all'assunzione di un soggetto al di fuori di quelle che sono le modalità e le procedure a tal fine previste dall'ordinamento e, nello specifico, in assenza di un preciso requisito.

Per tale ragione, ai fini del presente giudizio non può essere utilmente apprezzato neppure l'argomento facente leva sul fatto che l'amministrazione, procedendo alle ulteriori attività,

prodromiche e successive alla conferma in ruolo, in completa autonomia avrebbe confermato l'adeguatezza professionale degli appellanti.

Oltretutto, nel caso di specie, la questione per cui è causa attiene alla valutazione di un titolo, ovvero alla sussistenza di un requisito necessario per poter accedere alle graduatorie, e non all'idoneità professionale di ciascun docente, da cui l'inconsistenza del rilievo (in senso conforme cfr. Adunanza Plenaria n. 1 del 2015, secondo cui: *“non è possibile ritenere che il favorevole esito di alcuni esami del corso di studi, cui s'è avuto accesso in relazione al favorevole esito del giudizio di primo grado instaurato contro il diniego di iscrizione motivato con il mancato superamento del test di accesso previsto per i corsi di laurea ad accesso limitato, possa ritenersi assorbente del mancato possesso di quel requisito di ammissione... In realtà, l'interesse alla decisione dell'appello dell'Amministrazione avverso la sentenza di annullamento di un diniego di iscrizione fondato sulla mancanza di un requisito di ammissione permane fin quando sia in corso la procedura, sull'ammissione alla quale (o, meglio, sulla rinnovata attività dell'Amministrazione di ammissione alla quale) il provvedimento giudiziale valido ed efficace abbia avuto carattere decisivo e condizionante”*).

In una fattispecie assimilabile a quella in esame, la giurisprudenza della Sezione (Cons. St. 173/2021) ha già rimarcato che: *“Le istituzioni scolastiche sono tenute ad esaminare le domande di inserimento...in applicazione delle prescrizioni impartite a livello nazionale; sicché l'accoglimento di una domanda al di fuori dei presupposti previsti dal decreto impugnato in prime cure ... non comporta il riesame della regolazione ministeriale, ma la sua ipotetica violazione. Parimenti, nessuna rilevanza ai fini dell'odierno giudizio può essere riconosciuta alla sottoscrizione di contratti di lavoro, avvenuta senza la formulazione di una clausola di riserva. Tali atti, afferenti ad un rapporto di lavoro sottratto alla giurisdizione amministrativa – sul quale, dunque, questo Consiglio non può pronunciare – non influiscono in alcun modo sulla disciplina ministeriale impugnata in primo grado - costituente l'oggetto del presente giudizio”*.

Come già sottolineato, i contratti in questione trovano il loro imprescindibile e necessario antecedente logico nell'ordinanza cautelare emessa a favore dei ricorrenti che ne ha comportato l'inserimento nelle G.A.E.; tale inserimento, per le ragioni già esposte, era temporaneo, dettato dalle esigenze cautelari dei ricorrenti, ontologicamente instabile e destinato ad essere travolto dal successivo giudizio di merito, come è nella logica del rapporto tra tutela cautelare e definizione del giudizio di merito.

La giurisprudenza, in casi simili, si è già espressa nel senso che: *“l'ammissione con riserva, anche quando il concorrente abbia superato le prove e risulti vincitore del concorso, è un*

provvedimento cautelare che non fa venir meno l'interesse alla definizione del ricorso nel merito, poiché tale ammissione è, appunto, subordinata alla verifica della fondatezza delle sue ragioni e, cioè, "con riserva" di accertarne la definitiva fondatezza nel merito, senza, però, pregiudicare nel frattempo la sua legittima aspirazione a sostenere le prove" (Cons. St., sez. III, 16 giugno 2015, n. 3038; *cfr.* anche Cons. Stato, III, 6 maggio 2016, n. 1839, 8 giugno 2016, n. 2448).

4.4 – In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, non è possibile addivenire ad una pronuncia di cessazione della materia del contendere, avuto riguardo al fatto che l'oggetto del presente giudizio attiene alla legittimità del decreto ministeriale impugnato, rispetto al quale l'amministrazione non ha mai espresso una differente volontà provvedimento conforme all'aspettativa dei ricorrenti, tale non potendosi considerare, per le ragioni già esposte, le iniziative assunte dalle singole istituzioni scolastiche.

Resta salva la possibilità per gli appellanti di far valere le loro eventuali ragioni risarcitorie o avverso gli atti di gestione del rapporto di lavoro a loro pregiudizievoli (se del caso ed al ricorrere dei relativi presupposti) avanti il Giudice ordinario.

4.5 - Sotto altro profilo, il fatto che la situazione favorevole venutasi a concretizzare trova il suo antecedente necessario nei provvedimenti cautelari del giudice amministrativo emessi nel corso del contenzioso in essere esclude la sussistenza di un legittimo affidamento dei ricorrenti tutelabile nel presente giudizio, che presupporrebbe una stabilità del rapporto amministrativo derivante da una autonoma determinazione provvedimento dell'amministrazione che, come detto, non è in concreto riscontrabile.

Del resto, una diversa soluzione che andasse nel senso prospettato da parte appellante, che insiste nell'affermare l'ingiustizia derivante dalla propria esclusione dopo aver già preso servizio, nello specifico caso in esame, deve confrontarsi con la sussistenza di altrettanti soggetti, che aspirano anch'essi ad una stabilizzazione professionale e di vita e che ambiscono ad ottenere l'immissione in ruolo nel rispetto delle norme che regolano il sistema di reclutamento degli insegnanti.

5 – Con le restanti censure, parte appellante insiste per l'accoglimento del merito del ricorso, sottoponendo a critica gli argomenti sviluppati dalle pronunce dell'Adunanza Plenaria che hanno esaminato la questione.

5.1 – In particolare, l'appellante censura il passaggio della sentenza impugnata secondo cui *"In tali pronunce è stato invero chiarito non soltanto che la pretesa dei diplomati magistrali con titolo conseguito entro il 2001/2002 di essere inseriti in G.A.E. avrebbe dovuto essere fatta tempestivamente valere con presentazione dell'istanza di inserimento e, comunque, mediante*

l'impugnazione, al più tardi, del D.M. del 16 marzo 2007, ma che il diploma magistrale conseguito nel 2001/2002 non è da ritenersi titolo idoneo all'insegnamento".

Secondo l'appellante, tale argomento non sarebbe in sintonia con l'istituzione delle G.P.S. di cui al Decreto 10 luglio 2020, n. 60 *"procedure di istituzione delle graduatorie provinciali e di istituto di cui all'articolo 4, commi 6-bis e 6-ter, della legge 3 maggio 1999, n. 124 e di conferimento delle relative supplenze per il personale docente ed educativo"*.

Più radicalmente, l'appellante insiste nel far valere che l'articolo 1 al D.L. n. 97/2004 convertito dalla Legge n. 143/2004, integrata dalla Legge n.186/2004 e modificata dalla legge n. 296/2006, rubricato *"titoli di accesso alla graduatoria"* è espressamente previsto, al punto A), che è sufficiente per accedere a tale graduatoria *"il titolo abilitante comunque posseduto"*, che è quindi titolo valido, come il diploma magistrale citato, per il suddetto inserimento.

5.2 – L'appellante sottopone a critica la statuizione della Plenaria anche in riferimento agli effetti derivanti dall'annullamento dei decreti di aggiornamento delle graduatorie ad opera della sentenza della Sesta Sezione n. 1973 del 2015, che secondo parte appellante avrebbe portata *erga omnes*.

5.3 – Gli appellanti insistono inoltre nel prospettare il valore abilitante del titolo dagli stessi posseduto. A tal fine evidenzia che l'art. 53 del R.D. 6 maggio 1923, n. 1054 recita: *"l'istruzione magistrale ha per fine di preparare gli insegnanti delle scuole elementari"*; l'art. 197 del D.L. 16 aprile 1994, n. 297, ribadisce come *"il titolo conseguito nell'esame di maturità a conclusione dei corsi di studio dell'istituto tecnico e dell'istituto magistrale abilita, rispettivamente, all'esercizio della professione ed all'insegnamento nella scuola elementare; restano ferme le particolari disposizioni recate da leggi speciali"*; ne conseguirebbe che il diploma magistrale conferisce ai diplomati la qualifica professionale di insegnante di scuola elementare (ora primaria) e costituisce a tutti gli effetti di legge titolo di abilitazione all'insegnamento. L'art. 2 del D.M. 10 marzo 1997 confermerebbe tale indicazione, dove afferma che *"i titoli di studio conseguiti al termine dei corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale, iniziati entro l'anno scolastico 1997/98, o comunque conseguiti entro l'a.s. 2001/2002, conservano in via permanente l'attuale valore legale"*.

5.4 - A differenza di quanto sostenuto dall'amministrazione, l'art. 1, comma 605, della l. n. 296/2006 non sarebbe preclusivo di nuovi inserimenti nelle G.A.E.; inoltre, l'errore interpretativo della Plenaria sul valore abilitante del titolo sarebbe confermato dalla decisione della Commissione Europea che, in data 31 gennaio 2014 (prima del D.M. 353/14), si è pronunciata sulla petizione avanzata da un docente italiano in merito alla conformità alla Direttiva 2005/36 del diploma di maturità magistrale.

6 - Le questioni portate da parte appellante all'attenzione del Collegio sono state già affrontate e definite dalla Sezione in numerosi precedenti, (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, n. 2985 del 2020; n. 3802 del 2020) che si sono uniformati alle pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2017 e n. 4 e 5 del 2019 (da ultimo confermate dalla Corte di Cassazione, n. 3830/2021), le cui argomentazioni e conclusioni - da intendersi richiamate anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a - non consentono di poter apprezzare favorevolmente i motivi di appello, dovendosi ribadire che il possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 non consente l'inserimento nelle attuali G.A.E. Ne consegue come non possa essere ammessa alcuna riapertura delle graduatorie a favore di coloro che si trovino nella condizione degli appellanti.

6.1 - In questa sede è sufficiente richiamarne i passaggi salienti dei precedenti citati:

- il D.M. 235/2014 disciplina - come emerge chiaramente dal tenore letterale di ciascuno degli articoli di cui si compone - i criteri di massima per la permanenza, l'aggiornamento e la conferma dell'inclusione di coloro che sono già iscritti nella graduatoria. Il decreto si rivolge a soggetti determinati o, comunque, facilmente determinabili e i destinatari del D.M. sono esclusivamente i docenti già inseriti nelle graduatorie, i quali, evidentemente, sono gli unici soggetti che possono ottenere l'aggiornamento della posizione o la conferma della stessa. Ne consegue che i destinatari del D.M. sono determinati sin dal momento della sua adozione e rappresentano una categoria chiusa, atteso che i criteri di aggiornamento hanno efficacia limitata nel tempo perché valgono solo per il triennio 2014-2017;

- sotto altro profilo, il D.M. 235/2014 presenta caratteristiche sono incompatibili con una eventuale sua riconducibilità nell'alveo dei provvedimenti a natura normativa, perché mancano gli elementi essenziali della norma giuridica, ovvero: l'astrattezza (intesa come capacità della norma di applicarsi infinite volte a tutti i casi concreti rientranti nella fattispecie descritta in astratto), la generalità (intesa come indeterminabilità, sia *ex ante* che *ex post*, dei destinatari della norma) e l'innovatività (ovvero la capacità di modificare stabilmente l'ordinamento giuridico). Il suddetto D.M., infatti, ha ad oggetto una vicenda amministrativa specifica e temporalmente circoscritta (l'aggiornamento delle graduatorie per il triennio 2014/2017), ha destinatari determinati e non innova l'ordinamento giuridico, limitandosi a fissare criteri di massima per l'aggiornamento della graduatorie la cui applicazione è limitata nel tempo, oltre alla significativa circostanza che il suo procedimento di approvazione non è quello dei regolamenti ministeriali di cui all'art. 17, comma 4, della l. 23 agosto 1988, n. 400;

- il ridetto D.M. non è neppure iscrivibile nell'ambito della categoria degli atti amministrativi a contenuto generale che, sebbene privi (a differenza dell'atto normativo) dell'astrattezza, si

caratterizzano per la generalità dei destinatari, intesa come indeterminabilità dei destinatari *ex ante*, ma non *ex post*, poiché il D.M. 235/2014, come si è già precisato, si rivolge a destinatari già noti al momento dell'adozione, ovvero tutti coloro e solo coloro che sono già inseriti nelle G.A.E.;

- l'accoglimento della domanda di annullamento del D.M. 235/2014 intervenuto ad opera della sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 1973 del 2015 non ha prodotto effetti *erga omnes*, perché è lo stesso dispositivo della sentenza di annullamento che si premura di specificare che gli effetti dell'annullamento operano solo a vantaggio di coloro che hanno proposto il ricorso (a ciò consegue anche l'inconsistenza della prospettata violazione dei principi dell'affidamento, dell'equo processo e della certezza del diritto, di cui agli artt. 6 e 13 della CEDU, di cui alla memoria tardivamente depositata dall'appellante in data 17 maggio 2021);

- quanto al contenuto, il D.M. 235/2014 non contiene alcuna disposizione lesiva o escludente nei confronti dei diplomati magistrati non inseriti nelle G.A.E. dal momento che, trattandosi di un decreto che detta criteri e procedure per aggiornare le graduatorie, il D.M. non si rivolge a coloro che, per qualsiasi motivo, non sono stati inseriti in dette graduatorie. Da ciò consegue che coloro che erano in possesso del diploma magistrale avrebbero dovuto far valere tale titolo partecipando ad almeno una delle varie procedure bandite dal Ministero per l'inserimento nelle graduatorie (permanenti prima e ad esaurimento poi) ed eventualmente, a fronte del mancato accoglimento della domanda presentata, avrebbero poi dovuto far valere le loro ragioni impugnando tempestivamente il provvedimento con cui si negava detto inserimento. Ciò non è accaduto per la semplice ragione che i ricorrenti non hanno mai partecipato alle procedure bandite per l'inserimento nelle graduatorie, nella convinzione (dagli stessi ammessa) di non aver titolo all'inserimento in base al solo diploma magistrale;

- il valore legale del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 può essere riconosciuto solo in via "strumentale", nel senso di consentire a coloro che lo hanno conseguito di partecipare alle sessioni di abilitazioni o ai concorsi, pur se privi del diploma di laurea in scienze della formazione istituito con d.P.R. 31 luglio 1996, n. 471 (in tal modo, la richiamata disciplina transitoria ha mostrato di tenere in debito conto la posizione di chi avesse conseguito il titolo del diploma magistrale precedentemente alla riforma operata con la l. 19 novembre 1990, n. 341 e non fosse già immesso in ruolo alla data di entrata in vigore del D.M. 10 marzo 1997, consentendogli la partecipazione a procedure selettive riservate ai fini del conseguimento di un titolo idoneo a consentire l'iscrizione nelle graduatorie);

- non ha rilievo in senso contrario la previsione di cui all'art. 1 del d.l. 28 maggio 2004, n. 136, convertito dalla l. 27 luglio 2004, n. 186, secondo la quale è sufficiente per accedere alla

graduatoria il titolo abilitante comunque posseduto, in quanto detta disposizione non fa alcun riferimento al valore abilitante del solo diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002; né, successivamente, l'art. 1-*quinques* del d.l. 12 luglio 2018, n. 87 ha riconosciuto valore abilitante *ex se* al diploma magistrale, ma ha anzi ribadito la necessità di superare un concorso per accedere ai posti di insegnamento;

- l'abilitazione all'insegnamento nella scuola materna ed elementare *ex artt.* 194 e 197 d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 e d. P.R. 23 luglio 1998, n. 323, non ha mai costituito titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie permanenti istituite dall'art. 401 d.lgs. 297/1994, essendo, invece, previsto a tale fine il superamento di procedure di natura concorsuale (concorsi regionali per titoli ed esami) rispetto alle quali il diploma magistrale costituiva requisito di partecipazione (ai sensi dell'art. 402 d.lgs. 297/1994). Ciò vale anche per le procedure riservate al personale in possesso del diploma magistrale e di determinati requisiti di servizio, istituite ai sensi dell'art. 2, comma 4, l. 3 maggio 1999, n. 124/1999, (O.M. 153/99) ed ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *c-bis*) d.l. 97/2004 (O.M. 25 e 80 del 2005) che richiedevano, ai fini del rilascio del titolo, il superamento di una procedura selettiva di tipo concorsuale.

6.2 - La sentenza n. 5 del 2019 ha altresì precisato che non rileva la nota del 31 gennaio 2014 con cui la Commissione europea (in risposta ad una petizione presentata da un diplomato magistrale a fronte del rifiuto del MIUR di certificare la conformità del diploma magistrale alla direttiva 2005/36/CE), pur senza mettere minimamente in discussione quanto affermato dallo Stato italiano in ordine alla necessità di superare un concorso per essere assunti a tempo indeterminato presso una scuola pubblica ha, ciò nonostante, ritenuto, che il diploma magistrale, pur non permettendo di accedere ai posti di insegnamento con contratti a tempo indeterminato nelle scuole pubbliche italiane, attribuisse, comunque, una qualifica professionale suscettibile di essere certificata, ai sensi della direttiva 2005/36/CE, per il riconoscimento all'estero.

6.3 - In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono può concludersi che:

a) non può giovare agli appellanti l'accoglimento della domanda di annullamento del D.M. 235/2014 intervenuto ad opera della sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 1973 del 2015 e di altre sei successive, in quanto tali decisioni non hanno prodotto effetti *erga omnes*;

b) l'impugnato D.M. 495/2016 non è dunque nullo, perché le sentenze del Consiglio di Stato di annullamento del D.M. 235/2014 non hanno efficacia *erga omnes* e non è neppure illegittimo, in quanto, correttamente, attiene alle sole procedure di aggiornamento nelle graduatorie e non, anche, alle procedure di inserimento nelle graduatorie medesime, posto che per l'inserimento occorreva

partecipare alle procedure selettive bandite e ciò vale anche per i diplomati magistrali che abbiano conseguito il diploma entro l'a.s. 2001/2002;

c) il D.M. 235/2014 (così come il D.M. 495/2016) non contiene alcuna disposizione lesiva o escludente nei confronti dei diplomati magistrati non inseriti nelle G.A.E. dal momento che, trattandosi di un decreto che detta criteri e procedure per aggiornare le graduatorie, il predetto D.M. non si rivolge a coloro che, per qualsiasi motivo, non sono stati inseriti in dette graduatorie;

d) il valore legale del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 può essere riconosciuto solo in via "strumentale", nel senso, di consentire a coloro che lo hanno conseguito di partecipare alle sessioni di abilitazioni o ai concorsi pur se privi del diploma di laurea in scienze della formazione e quindi non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo istituite dall'art. 1, comma 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296.

L'orientamento di questo Consiglio, consolidatosi a seguito dell'Adunanza Plenari n. 11 del 2017, è stato da ultimo integralmente confermato anche della Corte di Cassazione (n. 3830/2021) che ha espresso il seguente principio di diritto: *"In tema di reclutamento dei docenti nella scuola pubblica, il possesso del solo diploma magistrale, sebbene conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento istituite dall'art. 1, comma 605, della l. n. 296 del 2006, atteso che il solo possesso del predetto diploma non era mai stato requisito sufficiente per la partecipazione ai concorsi per titoli previsti dal d.lgs. n. 297 del 1994, e, di conseguenza, neppure per l'inserimento nelle graduatorie permanenti, che costituiscono un'evoluzione di quelle per titoli, dovendosi in tal modo escludere che la clausola che consente l'inserimento dei "docenti già in possesso di abilitazione", contenuta nella citata l. n. 296 del 2006, possa essere estesa fino a ricomprendervi un titolo che, seppure abilitante all'insegnamento, non era sufficiente per l'iscrizione nelle graduatorie, considerata la "ratio" della predetta clausola, intesa non già ad estendere la platea dei soggetti aventi titolo all'iscrizione, bensì a preservare le aspettative di chi, confidando nel mantenimento del sistema pregresso, avesse già affrontato un percorso di studi per munirsi del titolo necessario all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento"*.

7 - Tali univoci approdi valgono anche a superare i rilievi facenti leva sull'art. 59 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73 e sull'istituzione delle G.P.S. di cui al Decreto 10 luglio 2020, n. 60 *"procedure di istituzione delle graduatorie provinciali e di istituto di cui all'articolo 4, commi 6-bis e 6-ter, della legge 3 maggio 1999, n. 124 e di conferimento delle relative supplenze per il personale*

docente ed educativo”, da cui, secondo parte appellante, si desumerebbe la natura abilitante del titolo dagli stessi posseduto.

Il Decreto 10 luglio 2020, n. 60 individua i requisiti necessari per l’inserimento dei docenti nelle graduatorie finalizzate alle supplenze, ovvero disciplina una fattispecie distinta dall’inserimento nelle G.A.E., finalizzate al definitivo inserimento del docente nell’organico della scuola.

Le citate pronunce dell’Adunanza Plenaria e della Corte di Cassazione affermano inequivocabilmente che il valore legale del diploma magistrale conseguito entro il 2001/2002 può essere riconosciuto in via “strumentale”, ma non per l’accesso alle G.A.E.

Non può portare ad un esito diverso l’art. 59 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, comunque inidoneo ad incidere sulla disciplina normativa previgente, che per la copertura dei posti vacanti - oltretutto solo in via straordinaria (esclusivamente per l’anno scolastico 2021/2022) - individua in ogni caso anche dei presupposti ulteriori rispetto al diploma magistrale per l’immissione in servizio, richiedendo anche l’aver “*svolto su posto comune o di sostegno, entro l’anno scolastico 2020/2021, almeno tre annualità di servizio, anche non consecutive, negli ultimi dieci anni scolastici oltre quello in corso, nelle istituzioni scolastiche statali valutabili come tali ai sensi dell’articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124*”. Il servizio pregresso è previsto dalla norma come presupposto necessario ai fini dell’accesso alla procedura e non quale mero criterio di graduazione tra gli ammessi come nella logica delle G.A.E.

8 - Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c. , in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2020 n. 2522).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

8.1 – In definitiva l’appello non deve trovare accoglimento; le spese di lite, considerata la complessità delle questioni trattate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l’appello e compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore