

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Processo amministrativo - Sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale - Prospective overruling - Revirement giurisprudenziale - Ratio - Presupposti - Individuazione.**

**Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2021, n. 5556**

*“[...] Affinché un sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale, mediante il ricorso al c.d. prospective overruling invocato in appello, possa trovare applicazione in maniera non retroattiva, come, invece, dovrebbe avvenire in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, occorre infatti che l’innovazione giurisprudenziale incida su una regola del processo, sia imprevedibile ovvero segua ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente, nonché comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144; l’Adunanza Plenaria n. 13 del 2017 ha esteso l’operatività dell’istituto anche in relazione a disposizioni regolanti una decadenza procedimentale dell’Amministrazione). La ratio giustificatrice del prospective overruling risiede, dunque, nella tutela del ragionevole affidamento prestato su precedenti orientamenti espressi dalle Corti supreme, evitando di ricondurre ad una scelta processuale assunta dal singolo sulla base di un favorevole diritto vivente al tempo affermatosi, effetti preclusivi, discendenti da una sopravvenuta e imprevedibile diversa interpretazione del pertinente parametro normativo.*

*In altri termini, il soggetto che abbia esercitato il proprio diritto nel termine previsto dalla legge, come all’epoca costantemente interpretata, non potrebbe trovarsi ex post decaduto in ragione di un imprevedibile revirement giurisprudenziale tendente a mutare, in senso sfavorevole, il termine processuale all’uopo applicabile.*

*Soltanto in tale ipotesi i principi costituzionali ed euro-unitari invocati dagli appellanti imporrebbero di assicurare l’effettività dei mezzi di azione e di difesa, apprestando una tutela a salvaguardia della posizione della parte incorsa in una (imprevedibile) decadenza processuale [...]”.*

**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 (per brevità, anche GAE) del personale docente, per effetto del d. m. 1 aprile 2014, n. 235, al quale ha fatto seguito il d. m. 3 giugno 2015 n. 325.

Per tale ragione, i ricorrenti hanno agito dinnanzi al Tar Lazio impugnando con ricorso principale, integrato da successivi motivi aggiunti:

- il DM n. 325/15, nella parte in cui confermava, all'art. 5, le disposizioni contenute nel DM. n. 235/2014 e, agli artt. 1 e 2, pur prevedendo l'inclusione dei docenti che avevano conseguito il titolo abilitativo entro il 30 giugno 2015 e quindi (secondo la prospettazione attorea) una sostanziale riapertura delle graduatorie in favore dei soggetti abilitatisi entro tale data, non contemplava la possibilità di far effettuare equivalente dichiarazione e/o di presentare domanda di inserimento in graduatoria ai ricorrenti, nella loro qualità di docenti in possesso di diploma magistrale abilitante poiché conseguito entro l'a.s. 2001/2002;
- il silenzio rigetto rispetto alla diffida presentata per ottenere l'inserimento nella III fascia delle GAE per le classi di concorso Scuola Primaria (EEEE) e Scuola dell'Infanzia (AAAA);
- i successivi Decreti del Ministero dell'Istruzione, nelle parti in cui (al pari di quanto avvenuto per il decreto censurato in via principale) non contemplavano la possibilità di far effettuare equivalente dichiarazione e/o di presentare domanda di inserimento in graduatoria ai ricorrenti, nella loro qualità di docenti abilitati perché in possesso di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002;
- le GAE definitive di III fascia ripubblicate dai vari Dirigenti *pro tempore* degli Uffici Scolastici Regionali e Provinciali ai sensi del citato DM 325/2015 e dei successivi DD.MM. n. 495 del 22 giugno 2016, n. 400 del 12 giugno 2017, n. 506 del 19 giugno 2018 e n. 374 del 24 aprile 2019, nelle parti in cui non contemplavano la possibilità per i ricorrenti di presentare domanda di inserimento in graduatoria quali di docenti in possesso di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002;
- quale atto presupposto, il Decreto Ministeriale n. 235 del 1.4.2014, nella parte in cui non consentiva ai ricorrenti l'iscrizione nella graduatoria ad esaurimento di III fascia per la classe di concorso Scuola Primaria (EEEE) e Scuola dell'Infanzia.

2. Il Tar per il Lazio, non definitivamente pronunciando - dopo avere emesso un'ordinanza cautelare (n. 4607 del 2016), con cui sospendeva il provvedimento impugnato, ai fini dell'inserimento dei ricorrenti in GAE., in attesa della definizione da parte dell'Adunanza Plenaria della questione rimessa dal Consiglio di Stato, sez. VI, con ordinanza n.364 del 29 gennaio 2016 - ha respinto i motivi di ricorso, ha preso atto della rinuncia al ricorso e ai motivi aggiunti presentata da alcuni ricorrenti, nonché ha rinviato per l'esame dei motivi aggiunti proposti il 12 luglio 2019 alla pubblica udienza del 6 ottobre 2020.

In particolare, il primo giudice ha assunto una decisione in forma semplificata ex art. 74 c.p.a., ritenendo il ricorso infondato secondo quanto affermato dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 11 del 20 dicembre 2017 e nn. 4 e 5 del 27 febbraio 2019, con le quali si era

chiarito non soltanto che la pretesa dei diplomati magistrali con titolo conseguito entro il 2001/2002 di essere inseriti in GAE avrebbe dovuto essere fatta tempestivamente valere con presentazione di istanza di inserimento in GAE e comunque mediante impugnazione, al più tardi, del DM del 16 marzo 2007, ma anche che il diploma magistrale conseguito nel 2001/2002 non era da ritenersi idoneo all'insegnamento.

3. La sentenza di prime cure è stata impugnata con quattro autonomi ricorsi in appello, iscritti ai numeri di r.g. 2642 del 2020, 2947 del 2020, 2948 del 2020 e 3075 del 2020, articolati in plurime censure impugnatorie.

4. il Ministero intimato si è costituito in giudizio in resistenza agli appelli.

5. Le parti hanno ulteriormente argomentato a sostegno delle rispettive conclusioni con il deposito di memorie difensive e note di udienza.

6. Con atto del 9 aprile 2021 la Sig.ra Mariella Calaciura ha rinunciato agli atti del ricorso in appello n.r.g. 2948/2020.

7. Le cause, a seguito di alcuni rinvii di udienza, motivati (altresì) dalla necessità di una trattazione unitaria di controversie vertenti su questioni analoghe, sono state trattate in decisione nell'udienza pubblica dell'8 giugno 2021.

8. Gli appelli in epigrafe, in quanto proposti avverso la medesima sentenza, devono essere riuniti, ai fini di una loro decisione unitaria, nell'ambito del *simultaneus processus*, come imposto dall'art. 96, comma 1, c.p.a.

9. Pregiudizialmente, nel rito, deve darsi atto della rinuncia della Sig.ra Mariella Calaciura agli atti del ricorso in appello n.r.g. 2948/2020, con conseguente improcedibilità (*in parte qua*) dell'appello, limitatamente alla posizione della ricorrente.

Il processo amministrativo, connotato dalla natura soggettiva della giurisdizione esercitata, risponde al principio dispositivo, risultando nella disponibilità della parte l'introduzione del giudizio, così come la sua prosecuzione.

Ai sensi dell'art. 84, commi 3 e 4, c.p.a., infatti, “3. *La rinuncia deve essere notificata alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza. Se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono, il processo si estingue.* 4. *Anche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa*”.

Ne deriva che, anche in assenza delle condizioni previste dall'art. 84, comma 3, c.p.a. – rappresentate dalla notifica tempestiva della rinuncia e dalla mancata opposizione delle parti

interessate alla prosecuzione del giudizio – il giudice può, comunque, valorizzare il comportamento delle parti al fine di ravvisare una sopravvenuta carenza di interesse alla decisione -nel merito- dell'impugnazione proposta, con conseguente integrazione di una fattispecie di improcedibilità del ricorso ex art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a.

L'applicazione di tali coordinate interpretative al caso di specie conduce a dichiarare l'improcedibilità dell'appello, limitatamente alla posizione della Sig.ra Mariella Calaciura, potendosi desumere dalla volontà della parte processuale – di rinunciare agli atti del ricorso in appello –, espressa attraverso il proprio difensore, la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione sulla relativa impugnazione (*ex multis*, cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 28 novembre 2019, n. 8115).

La rinuncia, invece, non influisce sulla posizione delle altre parti che, avendo proposto l'impugnazione e non avendovi rinunciato, hanno manifestato l'interesse ad una decisione sul merito delle questioni dedotte in giudizio.

Il ricorso collettivo, difatti, ancorché unitario sotto il profilo documentale, si traduce in una pluralità di azioni impugnatorie, proposte a tutela di posizioni soggettive che, sia pure tra loro omogenee e connotate dall'assenza di una situazione di conflitto d'interessi (anche potenziale), risultano comunque autonome e scindibili, tale per cui l'iniziativa processuale di ciascun ricorrente non può giovare né pregiudicare la posizione degli altri ricorrenti.

Come precisato da questo Consiglio, ogni ricorrente deve ritenersi titolare di poteri di impulso processuale in relazione all'azione dallo stesso proposta, *“sicché le iniziative di ordine processuale assunte da uno dei ricorrenti non sono in grado di pregiudicare la posizione degli altri nè tanto meno di estinguere il giudizio anche per essi”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 678).

La rinuncia all'appello presentata da un ricorrente, dunque, afferendo alla sfera individuale del singolo rinunciante e non dando luogo ad eventi processuali suscettibili di influire sull'intero giudizio, non può pregiudicare la posizione processuale e sostanziale dei ricorrenti non rinuncianti, in relazione ai quali l'impugnazione proposta deve ritenersi procedibile.

10. Possono, dunque, esaminarsi le censure impugnatorie in relazione alle parti che hanno insistito nelle rispettive conclusioni, in tale modo manifestando un persistente interesse alla decisione.

In via preliminare, si rileva che, attesa la connessione oggettiva sussistente tra le impugnazioni riunite - non solo in ragione della loro afferenza alla medesima sentenza, ma anche alla luce delle ragioni di doglianza all'uopo formulate -, si provvederà ad esaminare congiuntamente i motivi di impugnazione, svolti nei vari ricorsi in appello, incentrati su analoghe censure.

Sempre in via preliminare, si osserva che *“la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un’ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del principio dell’effetto sostitutivo dell’appello, anche in questo caso, ravvisato l’errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado [...] nei casi in cui non si applica l’art. 105 Cod. proc. amm., la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulla domande o sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell’art. 101, comma 2, tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando, altrimenti, la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse dell’appello proposto senza assolvere all’onere di riproposizione”* (Consiglio di Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2018, n. 10).

Per l’effetto, si provvederà nel prosieguo della trattazione a statuire anche sui motivi di ricorso asseritamente non esaminati nella sentenza impugnata, espressamente riproposti in appello, al fine di pervenire ad una loro decisione in sede di gravame.

11. Con un primo ordine di censure gli appellanti deducono l’erroneità della sentenza di prime cure per non avere dichiarato la cessata materia del contendere e, comunque, eccepiscono la cessazione della materia del contendere in ragione della condotta di acquiescenza ascritta all’Amministrazione resistente.

In particolare, secondo la prospettazione attorea, l’Amministrazione avrebbe stipulato in corso di giudizio contratti a tempo indeterminato senza clausola di riserva o condizione risolutiva in relazione all’esito del contenzioso, avrebbe sottoposto i docenti all’anno di formazione e prova, avrebbe adottato il decreto di definitiva conferma in ruolo per effetto del superamento positivo dell’anno di formazione, nonché avrebbe cancellato i docenti dalle GAE e dalle graduatorie di istituto per effetto della immissione in ruolo, in tale modo riconoscendo in via definitiva – e non meramente provvisoria, in relazione all’andamento del giudizio – il bene della vita agognato dalle parti ricorrenti sul piano sostanziale, ormai consolidatosi nei rispettivi patrimoni giuridici individuali.

Al medesimo esito, inoltre, dovrebbe pervenirsi in applicazione del principio dell’assorbimento, in quanto il superamento dell’anno di prova avrebbe fornito la prova inconfutabile che i candidati disponevano della preparazione necessaria, facendo sorgere una situazione tale da meritare un trattamento non dissimile a quello previsto dall’art. 4, comma 2 bis, del d.l. 30 giugno 2005, n. 115.

Peraltro, una diversa decisione violerebbe il legittimo affidamento ingenerato in capo ai ricorrenti dall'operato amministrativo, in specie dall'assunzione a tempo indeterminato (senza riserva) e dalla definitiva conferma in ruolo dopo il superamento del periodo di formazione e prova (anch'essa senza riserva), asseritamente scaturenti da autonome e discrezionali valutazioni dell'amministrazione.

11.1 La Sezione, in relazione alla posizione della ricorrente Di Cunzolo (ricorso in appello n.r.g. 3075 del 2020), ha pure disposto a carico del Ministero, in accoglimento di apposita istanza istruttoria presentata dall'appellante (pag. 5 memoria del 25.1.2021), il deposito di una relazione, con cui chiarire le ragioni per le quali, in sede di sottoscrizione del contratto di lavoro con l'odierna appellante, l'Amministrazione avesse ritenuto di non apporre alcuna clausola di riserva correlata all'esito dell'odierno giudizio.

Tale adempimento è stato evaso dal Ministero intimato con il deposito di una relazione istruttoria (con documenti annessi) in data 31 marzo 2021.

11.2 I motivi di appello, incentrati sull'integrazione di una fattispecie di cessata materia del contendere, sulla violazione del principio del legittimo affidamento e sul principio dell'assorbimento, sono infondati.

11.3 Posto che i ricorrenti motivano le proprie deduzioni sulla base di atti assunti nel corso del giudizio dall'Amministrazione scolastica, giova verificare, preliminarmente, quando le determinazioni sopravvenute alla proposizione del ricorso possano determinare la sua improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse ovvero la dichiarazione di cessata materia del contendere tra le parti.

All'esito, potrà valutarsi se i fatti dedotti dai ricorrenti siano idonei a consentire l'accoglimento delle richieste articolate in appello.

11.4 L'inesauribilità del potere amministrativo, persistente in capo alla parte pubblica anche in pendenza del giudizio, pone l'Amministrazione in condizione di riesaminare i provvedimenti censurati in sede giurisdizionale, pervenendo ad una rinnovata regolazione del rapporto sostanziale. Al fine di ricostruire il regime giuridico delle determinazioni sopravvenute e di verificare gli effetti che tali atti sono suscettibili di produrre sul giudizio pendente, occorre distinguere a seconda che il riesame in sede amministrativa:

- si concluda con un atto favorevole al privato, in quanto idoneo a realizzare l'interesse sostanziale sotteso alla proposizione del ricorso, ovvero dia luogo ad un atto sfavorevole, perché ostativo al conseguimento del bene della vita ambito con l'azione giudiziaria;

- sia imposto da un ordine cautelare emesso in pendenza del giudizio ovvero sia il risultato di una decisione provvedimento autonomamente assunta dall'Amministrazione precedente.

11.5 Al riguardo, di regola, i provvedimenti assunti in corso di giudizio sono idonei a determinare la cessata materia del contendere soltanto ove, autonomamente assunti dall'Amministrazione, determinino la realizzazione piena dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione dell'azione giudiziaria, permettendo al ricorrente in primo grado di ottenere in via amministrativa il bene della vita atteso, sì da rendere inutile la prosecuzione del processo (Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5031).

I provvedimenti sopravvenuti determinano, invece, l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, qualora attuino un assetto di interesse inoppugnabile, ostativo alla realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso, anche in tale caso rendendo inutile la prosecuzione del giudizio - anziché per l'ottenimento - per l'impossibilità sopravvenuta del conseguimento del bene della vita ambito dal ricorrente

Questo Consiglio, in particolare, ha subordinato la dichiarazione di improcedibilità ad una sopravvenienza (fattuale o giuridica) tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per avere fatto venir meno, per il ricorrente, qualsiasi residua utilità, anche soltanto strumentale o morale, derivante da una possibile pronuncia di accoglimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 29 gennaio 2020, n. 742).

Qualora, invece, permanga un interesse della parte all'esame della censura, anche ai soli fini risarcitori, il giudice precedente è tenuto a statuire nel merito, onde evitare un'elusione dell'obbligo di pronunciare sulla domanda (Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1214).

La cessata materia del contendere e l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse trovano, dunque, giustificazione nella natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, che non risulta preordinata ad assicurare la generale legittimità dell'operato amministrativo, bensì tende a tutelare la posizione giuridica del ricorrente, correlata ad un bene della vita coinvolto nell'esercizio dell'azione autoritativa oggetto di censura.

Adendo la sede giurisdizionale, la parte ricorrente, in particolare, fa valere una pretesa sostanziale, avente ad oggetto la conservazione di un bene della vita già compreso nel proprio patrimonio individuale, pregiudicato dall'esercizio del potere amministrativo, ovvero l'acquisizione (o comunque la *chance* di acquisizione) di un bene della vita soggetto a pubblica intermediazione.

Come precisato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, *“nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa*

*sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice. Poiché il ricorso non è mera “occasione” del sindacato giurisdizionale sull’azione amministrativa, il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all’esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell’impulso di parte” (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4).*

La pronuncia giudiziaria risulta utile qualora, nel riscontrare l’illegittimità dell’azione amministrativa, consenta la realizzazione dell’interesse sostanziale di cui è portatrice la parte ricorrente, impedendo la sottrazione o garantendo l’acquisizione (o chance di acquisizione) di utilità giuridicamente rilevanti e salvaguardando, per l’effetto, la sfera giuridica individuale da azioni autoritative difformi dal paradigma normativo di riferimento.

Qualora, invece, tale interesse sia stato già realizzato ovvero non possa più essere soddisfatto, il giudizio non può concludersi con l’esame, nel merito, delle censure svolte nell’atto di parte, la cui fondatezza non potrebbe, comunque, arrecare alcuna utilità concreta in capo al ricorrente.

11.6 Tali principi processuali trovano applicazione anche qualora i provvedimenti sopravvenuti siano adottati nell’ambito di un giudizio in cui sia stato emesso un ordine cautelare teso a imporre l’adozione di atti favorevoli al ricorrente o la riedizione del potere secondo criteri conformativi enucleati nel provvedimento giurisdizionale interinale da eseguire.

Anche in tali ipotesi, 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 dell’ordine giudiziale, pronunciato al fine di cautelare – nelle more della definizione della controversia nel merito – la situazione giuridica soggettiva vantata dalla parte ricorrente.

In particolare:

- nella prima ipotesi l’Amministrazione detta una *regula iuris* del rapporto amministrativo tendenzialmente stabile, definita nel perseguimento dell’interesse pubblico affidato alla sua cura, autonomamente e indipendentemente dall’esecuzione di un’ordinanza cautelare all’uopo emessa, condividendo le censure contestate dal ricorrente e riscontrate in sede cautelare, al fine di attuare un nuovo assetto di interessi, sostitutivo di quello censurato in giudizio, idoneo a governare il rapporto amministrativo corrente con la controparte;
- nella seconda ipotesi, il provvedimento sopravvenuto viene assunto al solo fine di ottemperare ad un comando giudiziale, 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.

Il 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, qualora l'Amministrazione adotti il provvedimento in mera esecuzione dell'ordinanza cautelare e tale provvedimento sia favorevole al ricorrente, si assiste ad una doverosa ottemperanza dell'ordine giurisdizionale, che non influirà sulla procedibilità del ricorso, ma consentirà soltanto la cautela della situazione giuridica soggettiva azionata in attesa dell'approfondito esame, proprio della sede di merito, delle questioni sollevate dalle parti, componenti il *thema decidendum* ancora da risolvere in sede giurisdizionale.

Diversamente, qualora il provvedimento sopravvenuto sia stato soltanto occasionato dall'ordinanza cautelare, condividendo l'Amministrazione la necessità di rimuovere i vizi di legittimità rilevati ad un sommario esame proprio della sede cautelare, alla stregua di quanto *supra* precisato, 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, per effetto di una determinazione amministrativa assunta autonomamente in pendenza del giudizio (Consiglio di Stato Sez. VI, 19 settembre 2018, n. 5466).

11.7 Alla stregua delle considerazioni svolte, è possibile soffermarsi sul caso di specie.

Premesso che le parti ricorrenti richiamano determinazioni sopravvenute a loro favorevoli e, dunque, non sussistono i presupposti per la dichiarazione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse - fattispecie, come *supra* osservato, configurabile soltanto in presenza di atti sopravvenuti, ostativi alla piena realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso di primo grado -, il Collegio, valutati i documenti in atti, non ritiene integrata una fattispecie di cessata materia del contendere.

Nel caso di specie, il superamento del periodo di formazione e prova, la stipula dei contratti e l'immissione in ruolo con cancellazione della GAE, da un lato, non potrebbero comunque ovviare all'assenza di un titolo idoneo all'inserimento nelle medesime graduatorie, 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, non emergendo dagli atti di causa -anche a seguito dell'istruttoria disposta dalla Sezione con ordinanza n. 1833/2021- una condotta provvedimentale dell'amministrazione volta a ritirare i provvedimenti impugnati in prime cure o a

sostituirli con un nuovo atto idoneo a legittimare l'inserimento dei ricorrenti nelle graduatorie in parola.

La circostanza per cui gli appellanti, nelle more del giudizio, siano stati assunti, ammessi al periodo di formazione e prova e, infine, immessi in ruolo (con conseguente cancellazione dalle graduatorie ad esaurimento e di istituto in cui erano inseriti) non è, dunque, dipesa dalla manifestazione di una rinnovata volontà dispositiva, promanante dall'organo ministeriale competente, volta a riconoscere la valenza abilitante del diploma posseduto dagli appellanti ai fini dell'inserimento nelle graduatorie per cui è causa.

L'amministrazione, in particolare, in esecuzione del provvedimento cautelare favorevole ai ricorrenti (cfr. ordinanza n. 4607/16 cit. e ancora prima l'ordinanza n. 1241 del 2016 di questo Consiglio, resa sull'appello cautelare avverso l'ordinanza di diniego n. 4577/2015), si è limitata a dar corso al normale iter riservato ai docenti inseriti nelle GAE (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.

11.8 Ad una diversa soluzione non può addivenirsi neppure valorizzando il fatto che in taluni contratti, atti di sottoposizione al periodo di formazione e prova o decreti di immissione in ruolo non sia stata apposta la condizione di riserva riferita all'esito del presente giudizio.

Diversamente da quanto sostenuto dagli odierni appellanti, una chiara volontà provvedimentale favorevole agli istanti, tesa a modificare la disciplina ministeriale censurata in prime cure con il riconoscimento della valenza abilitante del diploma posseduto dagli appellanti ai fini dell'inserimento nelle graduatorie alle quali ambiscono, non potrebbe desumersi, in negativo, dalla circostanza per cui l'Amministrazione, nel dare seguito ad un assetto di interessi imposto in un ordine cautelare emesso in costanza di giudizio, abbia ommesso di formulare espressamente una clausola di riserva, volta a subordinare l'efficacia degli atti così assunti all'esito del processo *inter partes* pendente.

Rilevato che l'inserimento dei ricorrenti con riserva nelle GAE discende direttamente dall'ordine cautelare da eseguire, in assenza di ulteriori elementi, l'omessa formulazione di una clausola di riserva in sede amministrativa, per ogni successivo atto esecutivo posto in essere, non manifesta univocamente la volontà spontanea di accogliere l'avversa pretesa, essendo compatibile con la dovuta ottemperanza dell'ordine giudiziale: per propria natura, gli atti esecutivi di un ordine cautelare risentono degli effetti espansivi discendenti dalla caducazione del provvedimento

giurisdizionale in cui trovano la loro ragione giustificatrice, non richiedendo l'espressa formulazione di clausole espresse.

Né potrebbe farsi riferimento a condotte inerti, quali la mancata sottrazione del bene della vita concesso interinalmente in esecuzione di un ordine cautelare nelle more divenuto inefficace, facendosi questione di una condotta neutra, di mero silenzio, non espressiva di alcuna univoca volontà dispositiva; del resto, le ipotesi di silenzio significativo devono ritenersi tipiche (cfr. art. 20 L. n. 241 del 1990), in applicazione del principio di certezza dei rapporti giuridici pubblicistici, che esige la manifestazione di un'espressa volontà amministrativa a definizione del procedimento (cfr. art. 2 L. n. 241 del 1990), con conseguente inidoneità dell'inerzia, al di fuori delle fattispecie regolate dal legislatore, ad esprimere la *regula iuris* del rapporto sostanziale.

L'univoca volontà di attribuire al privato il bene della vita preteso in giudizio, a prescindere dall'esito del processo pendente, richiederebbe, dunque, un *quid pluris* rispetto all'adozione di provvedimenti carenti di clausola di riserva, ma attuativi di un assetto di interesse conforme all'ordine cautelare.

In particolare, occorrerebbe che l'Amministrazione desse atto dell'esistenza del giudizio e che, ciò nonostante, a prescindere dal suo esito, manifestasse la volontà di attribuire il bene della vita *ex adverso* ambito, nell'esercizio di una propria autonoma e spontanea decisione discrezionale - incompatibile con la volontà di resistenza in giudizio -, pure sciogliendo espressamente in senso favorevole al privato una riserva comunque presupposta dall'esecuzione dell'ordine cautelare.

Tali circostanze non sono riscontrabili nel caso di specie.

Dal tenore degli 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 al quale mirano gli appellanti, ovvero il loro diritto ad essere inseriti nelle G.A.E. a pieno titolo in virtù del possesso di un diploma avente valenza abilitante; non emerge neppure che gli stessi siano stati assunti a prescindere dalle misure cautelari disposte 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 dei decreti ministeriali impugnati (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”).*

Tali atti di micro organizzazione, afferenti ad un rapporto di lavoro sottratto alla giurisdizione amministrativa – sul quale, si ripete, questo Consiglio non può pronunciare – non influiscono, dunque, sulla disciplina ministeriale impugnata in primo grado - costituente l’oggetto del presente giudizio -, non implicando la spendita di potere amministrativo idoneo a modificare i titoli di accesso alle graduatorie ad esaurimento.

La sottoscrizione di contratti di lavoro, la sottoposizione del docente al periodo di formazione e prova e l’immissione in ruolo (con cancellazione dalle GAE e dalle graduatorie di istituto), in particolare, non possono conferire alla parte privata il possesso di un titolo legittimante all’inserimento nelle graduatorie *de quibus* di cui sono privi *ex lege*, sicché l’adozione di tali atti, in assenza del relativo presupposto giustificativo, non implica la modifica della disciplina ministeriale censurata in primo grado, bensì la sua inosservanza.

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.

11.9 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, consolidandone la posizione, anche alla stregua del principio dell’assorbimento desumibile dall’art. 4 comma 2 bis del decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115 convertito con legge 17 agosto 2005, n.168.

Al riguardo, si rileva che il principio dell’assorbimento configura un istituto eccezionale, da interpretare in senso restrittivo e inapplicabile a fattispecie diverse da quelle per cui è espressamente tipizzato: il consolidamento della posizione di vantaggio conseguita in esecuzione di un ordine cautelare deroga i principii di strumentalità ed interinalità della tutela cautelare, avente la tipica funzione di proteggere la sfera giuridica della parte processuale nelle more della definizione del giudizio, senza pregiudicare la soluzione nel merito della controversia.

Come precisato da questo Consiglio, infatti, *“sulla base dei principi generali del processo amministrativo, all’esito favorevole delle prove selettive sostenute dagli ammessi con riserva non può conseguire alcuna declaratoria di cessata materia del contendere.*

*Né, nel caso di specie, può trovare applicazione il c.d. principio dell’assorbimento positivizzato dall’art. 4, comma 2-bis, del decreto legge 30 giugno 2005 n. 115, secondo cui “conseguono ad ogni effetto l’abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d’esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l’ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela”.*

*La disposizione impugnata ha lo scopo di evitare che il superamento delle prove di un esame di abilitazione venga reso inutile dalle vicende processuali successive al provvedimento, con il quale un giudice o la stessa amministrazione, in via di autotutela, abbiano disposto l’ammissione alle prove di esame o la ripetizione della valutazione.*

*La disposizione, in tal modo, ha esteso agli esami di abilitazione professionale un principio già elaborato dalla giurisprudenza amministrativa per gli esami di maturità.*

*La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 108 del 2009, nel disattendere la sollevata questione di legittimità costituzionale, ha posto in rilievo che la disposizione, come già evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, non si applica ai concorsi pubblici, ma solo agli esami di abilitazione, atteso che questi ultimi sono volti ad accertare l’idoneità dei candidati a svolgere una determinata attività professionale ed accertata questa idoneità, tale attività deve potersi liberamente esplicare.*

*L’accertamento deve essere compiuto da un organo imparziale e dotato di adeguate competenze e, mentre è necessario che l’accertamento vi sia, non è decisivo che esso abbia luogo nel corso dell’ordinario procedimento amministrativo di esame o a seguito di un provvedimento giurisdizionale o di autotutela amministrativa, sicché la disposizione impugnata evita che gli effetti di un simile accertamento, già compiuto, vengano travolti dal risultato del processo, eventualmente avviato in conseguenza della conclusione negativa di un precedente accertamento.*

*Sul primo accertamento negativo, in definitiva, la legge fa prevalere quello successivo, avente esito positivo; si tratta di una scelta operata dal legislatore in sede di bilanciamento di interessi contrapposti”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 1 settembre 2020, n. 5336).

Nella specie, dunque, non potrebbe applicarsi il principio dell’assorbimento, non facendosi questione dell’idoneità professionale di ciascun docente o comunque del superamento delle prove di abilitazione all’esito di un ordine cautelare di riammissione (circostanza regolata dall’art. 4 comma

2 bis D.L. 30 giugno 2005, n. 115 conv. con L. 17 agosto 2005), bensì della valutazione di un titolo, ovvero alla sussistenza di un requisito necessario per poter accedere alle graduatorie, con conseguente inconsistenza del rilievo operato dalle parti appellanti (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 una fattispecie assimilabile a quella in esame, la giurisprudenza della Sezione (Cons. St. 173/2021) ha già rimarcato che: *“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”* (ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 29 ottobre 2019, n. 7410).

11.10 Né potrebbe diversamente argomentarsi sulla base della disciplina operante per le graduatorie provinciali scolastiche che, ai sensi dell’art. 16, comma 3, O.M. n. 60 del 2020, consente ai soli soggetti immessi in ruolo con riserva di fare domanda di inclusione nelle corrispettive GPS.

Trattasi di previsioni non interferenti con le questioni oggetto dell’odierno giudizio.

Difatti, un ipotetico rigetto della domanda di inclusione nelle GPS, opposto dall'Amministrazione nei confronti di docenti titolari di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 - inseriti nelle GAE in virtù di un favorevole ordine cautelare e successivamente immessi in ruolo senza clausola di riserva, per scorrimento delle medesime graduatorie in cui le parti private erano state interinalmente inserite -, motivato sulla base della mancata espressa formulazione (all'atto dell'immissione in ruolo) di una clausola di riserva correlata all'esito del giudizio, non potrebbe implicare la volontà dell'Amministrazione di modificare la disciplina ministeriale censurata in prime cure, riguardante i titoli di inserimento nelle GAE, né potrebbe determinare un consolidamento della posizione del docente, comunque immesso in ruolo sulla base di un inserimento nelle GAE (come osservato) precario, determinato da un'ordinanza cautelare suscettibile di essere travolta in caso di esito sfavorevole del giudizio di merito.

In siffatte ipotesi, il rigetto della domanda di inclusione nelle GPS, piuttosto, porrebbe differenti questioni interpretative e di legittimità - concernenti l'art. 16, comma 3, O.M. n. 60 del 2020 e le eventuali decisioni (applicative) di diniego assunte dall'Amministrazione in relazione a docenti comunque privi di una posizione consolidata -, la cui trattazione, tuttavia, esula dal perimetro oggettivo del presente giudizio.

11.11 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 dei decreti ministeriali impugnati, rispetto ai quali l'amministrazione non risulta avere mai espresso una differente volontà provvedimentale 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.

11.12 Sotto altro profilo, il fatto che la situazione favorevole venutasi a concretizzare non origina da determinazioni amministrative autonomamente assunte dal Ministero a modifica (in senso favorevole ai ricorrenti) della disciplina censurata in prime cure, ma trova il suo antecedente necessario nelle misure cautelari del giudice amministrativo adottate 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 provvedimentale dell'amministrazione che, come detto, non è in concreto riscontrabile.

Del resto, una diversa soluzione che andasse nel senso prospettato dagli appellanti, che insistono 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.

12. Con un secondo ordine di censure alcuni appellanti deducono la nullità della sentenza impugnata ai sensi dell'art. 105 c.p.a., per violazione degli artt. 2, 3, 43, 71 e 73 c.p.a., nonché del diritto di difesa.

12.1 In particolare, i ricorrenti rappresentano di avere proposto in primo grado motivi aggiunti notificati in data 12.7.2019, diretti a censurare le graduatorie di merito definitive pubblicate tra il 4 e il 7 luglio ai sensi del D.M. n. 374 del 2019: con tale nuova impugnazione gli istanti avrebbero introdotto nuove ragioni a sostegno delle domande proposte, relative sia a questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità unionale della normativa interna - in ragione dell'assenza nell'ordinamento interno di misure di prevenzione o repressione dell'abusiva reiterazione dei contratti a termine nel comparto scolastico al di fuori del meccanismo dello scorrimento delle graduatorie provinciali per titoli di cui all'art. 1, comma 605, lett. c), L. n. 296/06 -; sia alla violazione dei principi di effettività ed equivalenza della tutela giudiziaria, che discenderebbe da un'interpretazione volta a privare i ricorrenti della possibilità di impugnare i decreti di inserimento o aggiornamento delle GAE.

Al fine di discutere le questioni di compatibilità unionale e costituzionali, anche alla stregua della disciplina sopravvenuta dettata dal D.L. n. 87/2018 e delle pronunce dell'Adunanza Plenaria nn. 4 e 5 del 2019, i ricorrenti in primo grado deducono, dunque, di avere presentato dinnanzi al Tar un'istanza di cancellazione della causa dal ruolo; il TAR, tuttavia, ha ritenuto di decidere comunque la causa, in tal modo impedendo l'esame delle censure introdotte con l'atto notificato in data 12.7.2019, con conseguente emersione di una violazione del diritto di difesa delle parti ricorrenti suscettibile di determinare la nullità della sentenza gravata, da annullare con rinvio al primo giudice.

Nella specie, inoltre, emergerebbe una lesione del diritto di difesa anche perché il Tar avrebbe ommesso di valutare la memoria depositata in data 24.2.2017, con cui i ricorrenti chiedevano di dichiarare l'acquiescenza dell'Amministrazione e il consolidamento della posizione di vantaggio conseguita dai ricorrenti che avevano stipulato contratti a tempo indeterminato senza clausola risolutiva espressa.

La violazione dei diritti di difesa avrebbe comportato anche la violazione dei principi dell'equo processo, nonché di equivalenza, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, pure sanciti in ambito euro-unitario.

12.2 Le censure sono infondate.

12.3 La violazione del diritto di difesa e dei principi processuali invocati dai ricorrenti è riscontrabile qualora la controversia sia definita senza assicurare alla parte l'esercizio dei poteri o delle garanzie espressamente riconosciute dall'ordinamento ai fini di difesa nell'ambito del giudizio.

Come statuito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, *“La “lesione del diritto di difesa” fa riferimento, invece, ad un vizio (non genetico, ma) funzionale del contraddittorio, che si traduce nella menomazione dei diritti di difesa di una parte, che ha, tuttavia, preso parte al giudizio, perché nei suoi confronti il contraddittorio iniziale è stato regolarmente instaurato, ma, successivamente, nel corso dello svolgimento del giudizio, è stata privata di alcune necessarie garanzie difensive. Le ipotesi sono tipiche e presuppongono la violazione di norme che prevedono poteri o garanzie processuali strumentali al pieno esercizio del diritto di difesa. Ad esempio, seguendo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza amministrativa: a) la mancata concessione di un termine a difesa (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3787); b) l'omessa comunicazione della data dell'udienza (Cons. Stato sez. V, 10 settembre 2014 n. 4616; Cons. Stato sez. V, 28 luglio 2014 n. 4019; Cons. Stato sez. IV 12 maggio 2014 n. 2416; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1831); c) l'erronea fissazione dell'udienza durante il periodo feriale (Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601); d) la violazione dell'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm. per aver il giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio e non prospettata alle parti (ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2974; Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2921; Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2016 n. 478; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3992; Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2015, n. 1438); e) la definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall'art. 60 Cod. proc. amm. (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7982; Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601); f) la sentenza pronunciata senza che fosse dichiarata l'interruzione nonostante la morte del difensore (Cons. giust. amm. sic. 10 giugno 2011, n. 409)”* (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2018, n. 11).

La mancata concessione di un termine a difesa risulta, dunque, idonea ad integrare una violazione del diritto di difesa qualora privi la parte dell'esercizio di un potere processuale riconosciuto dall'ordinamento e attinente alla propria difesa nell'ambito del giudizio, influenzando in tale modo, altresì, sulla perimetrazione del *thema decidendum* o del *thema probandum* ovvero sulla possibilità

di esaminare gli atti processuali o di argomentare a sostegno delle proprie conclusioni (e/o a confutazione delle altrui deduzioni).

Come statuito da questo Consiglio con sentenza n. 4793 del 2019, qualora la parte ricorrente manifesti, anche in sede di udienza pubblica, l'esigenza di ampliare il *thema decidendum* mediante la proposizione di motivi aggiunti avverso atti sopravvenuti incidenti sul medesimo rapporto amministrativo dedotto in giudizio, salve richieste manifestamente dilatorie e idonee a concretizzare un abuso dello strumento processuale, il giudice procedente deve accogliere la richiesta, rinviando la causa ad un'udienza prossima alla scadenza dei termini di proposizione dei motivi aggiunti.

Una diversa decisione si tradurrebbe nella violazione del diritto di difesa, in quanto priverebbe la parte, per effetto del rigetto della richiesta di rinvio e della decisione della controversia, di un potere processuale espressamente riconosciuto dall'ordinamento a tutela della propria posizione giuridica (ex art. 43, comma 1, c.p.a.).

12.4 Avuto riguardo al caso di specie e, in particolare, agli eventi processuali occorsi in primo grado, tuttavia, non emerge una violazione dei diritti di difesa delle parti ricorrenti, tenuto conto che il Tar si è limitato:

- a definire i soli motivi di doglianza già svolti nei precedenti atti di impugnazione, ritualmente introdotti nel *thema decidendum* del giudizio di prime cure in vista dell'udienza del 16 luglio 2019, in relazione ai quali risultavano rispettati i termini a difesa per la controparte;
- a rinviare la causa alla pubblica udienza del 6 ottobre 2020 per l'esame dei motivi aggiunti proposti il 12 luglio 2019.

In tale maniera, il Tar non si è spogliato dell'intera controversia – il che avrebbe effettivamente impedito l'esame dei motivi aggiunti e, dunque, l'esercizio di un potere processuale riconosciuto dall'ordinamento in favore degli odierni appellanti -, bensì ha fissato apposita udienza onde consentire l'esame dei proposti motivi aggiunti.

Per l'effetto, non si è verificata alcuna lesione del diritto di difesa dei ricorrenti – con conseguente irrilevanza delle questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità unionale presupponenti una violazione processuale invero inesistente –, avendo gli odierni appellanti avuto la possibilità di avvalersi, in primo grado, di un rimedio giudiziario all'uopo regolato dal codice del processo amministrativo, proponendo una nuova impugnazione scrutinabile nel merito nell'ambito del giudizio pendente.

12.5. Né potrebbe giungersi ad una diversa conclusione, rilevando che le censure svolte con i motivi aggiunti del luglio 2019 non sono state esaminate dal Tar nella sentenza gravata, nonostante si trattasse di eccezioni di illegittimità costituzionale e di incompatibilità unionale riferibili a

disposizioni normative rilevanti anche ai fini della disamina del ricorso principale e dei precedenti motivi aggiunti decisi in prime cure.

Al riguardo, in primo luogo, si osserva che i motivi aggiunti del 2019 ponevano (altresì) questioni rilevabili d'ufficio, afferenti alla legittimità di disposizioni primarie sulla cui base le parti private avevano pure articolato le originarie doglianze (dedotte sin dal ricorso principale).

Pertanto, trattandosi di questioni rilevabili d'ufficio, le parti ricorrenti avrebbero ben potuto eccepire l'incostituzionalità delle disposizioni *de quibus* o la loro incompatibilità con l'ordinamento unionale, sia con i precedenti motivi aggiunti (come in effetti in parte avvenuto con i motivi aggiunti depositati in data 8 ottobre 2018), sia con memorie difensive tempestivamente depositate in vista dell'udienza pubblica del 16 luglio 2019 (all'esito della quale è stata emessa la sentenza gravata), in tale modo consentendo una rituale introduzione delle relative questioni nell'ambito del *thema decidendum* da definire con la pronuncia appellata.

Le eccezioni (di incostituzionalità o di incompatibilità unionale) proposte (soltanto) con motivi aggiunti del luglio 2019, una volta decorsi i termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a (in relazione all'udienza pubblica del 16 luglio 2019), non avrebbero potuto, invece, essere esaminate nell'ambito della sentenza gravata.

Difatti, pure intendendo gli ultimi motivi aggiunti quale memoria difensiva, recante nuove questioni rilevabili d'ufficio, suscettibili (in ipotesi) di influire anche sulla decisione del ricorso principale e dei precedenti motivi aggiunti, il Tar non avrebbe potuto pronunciare sulle relative eccezioni, in quanto contenute in un atto processuale tardivamente depositato (dovendo, dunque, rimettersi il relativo esame alla successiva udienza di discussione, all'uopo fissata per il giorno 6 ottobre 2020).

In ogni caso, come osservato sopra, in ragione dell'effetto devolutivo dell'atto di appello e della tassatività delle fattispecie di rimessione della causa al primo giudice ex art. 105 c.p.c., il vizio di omessa pronuncia – in ipotesi riferibile tanto alle nuove eccezioni di incostituzionalità e di incompatibilità unionale opposte con i motivi aggiunti del luglio 2019 o dell'ottobre 2018, quanto alle domande proposte con memoria depositata in data 24.2.2017 in relazione alla presunta acquiescenza ministeriale, discendente dalla sottoscrizione dei contratti senza clausola di riserva (oltre che dalla sottoposizione dei docenti al periodo di formazione e prova e dalla loro immissione in ruolo, sempre in assenza di riserve) – non sarebbe idoneo a determinare l'annullamento della sentenza con rinvio al Tar (non configurando una fattispecie di violazione del diritto di difesa della parte), bensì imporrebbe di decidere in sede di gravame le censure asseritamente non esaminate in primo grado (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 10 del 2018).

Pertanto, ove pure si configurasse un'omessa pronuncia sulle eccezioni e domande in primo grado, la violazione dell'art. 112 c.p.c. - espressivo di un principio generale processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, applicabile anche in sede amministrativa in virtù del rinvio operato dall'art. 39, comma 1, c.p.a. - non sarebbe, comunque, idonea a determinare l'annullamento con rinvio della sentenza gravata, dovendo questo Consiglio provvedere, per la prima volta in sede di appello, all'esame delle censure non deliberate in prime cure, nei limiti della loro riproposizione nel presente grado di giudizio.

Un tale dovere, comunque, con riferimento alle questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità unionale, discenderebbe dalla natura giuridica delle relative eccezioni, non riservate all'iniziativa di parte, come tali ammissibili anche ove proposte in appello ex art. 104, comma 1, c.p.a. (rimanendo impregiudicata ogni valutazione sulla loro rilevanza ai fini della decisione).

12.6 Alla stregua delle considerazioni svolte, le domande di annullamento della sentenza gravata con rinvio al primo giudice per violazione del diritto di difesa dei ricorrenti non meritano favorevole accoglimento, tenuto conto che:

- il Tar non ha impedito alle parti private di impiegare i rimedi offerti dall'ordinamento per la tutela giurisdizionale della propria posizione giuridica, in quanto non ha pronunciato in via definitiva sul ricorso, ma ha (pure) rinviato la causa a nuova udienza per l'esame dei motivi aggiunti proposti nel luglio 2019;

- l'omessa pronuncia su questioni tempestivamente introdotte in giudizio, componenti il limitato *thema decidendum* di primo grado non sarebbe, comunque, causa di annullamento con rinvio della sentenza appellata, imponendo l'esame da parte del Collegio delle questioni non decise in prime cure e specificatamente riproposte in appello.

In ogni caso, le eccezioni di illegittimità costituzionale e di incompatibilità unionale riproposte nel presente grado di giudizio dagli odierni appellanti, dovrebbero comunque essere esaminate nella presente sede, trattandosi di questioni rilevabili d'ufficio, come tali proponibili anche in secondo grado.

Per l'effetto, precisato che le censure incentrate sull'asserita integrazione di una fattispecie di improcedibilità o cessata materia del contendere sono state già trattate nell'ambito del precedente paragrafo, nel prosieguo si provvederà ad esaminare le ulteriori questioni specificatamente riproposte dai ricorrenti nel presente grado di giudizio, in relazione alle quali è stata pure denunciata l'omessa pronuncia del primo giudice.

13. Con altro ordine di doglianze, gli originari ricorrenti deducono l'erroneità della sentenza di prime cure, per non avere ritenuto ricevibili e fondati i ricorsi (principale e per motivi aggiunti) proposti dinnanzi al Tar.

13.1 In particolare, secondo la prospettazione attorea:

- la dichiarazione di irricevibilità del ricorso proposto in prime cure si porrebbe in contrasto con i principi unionali di effettività ed equivalenza, nonché di leale collaborazione e, più in generale, ad un processo equo - con violazione degli art. 1, 2 e 29 del c.p.a., degli artt. 41, 47 e 52 della CDFUE e degli artt. 4 e 19 del Trattato sull'Unione Europea -, tenuto conto che in fattispecie analoghe la giurisprudenza amministrativa aveva ravvisato la tempestività dell'impugnazione avverso l'atto di aggiornamento delle GAE, ritenuto idoneo a produrre una lesione autonoma e attuale della sfera giuridica dei ricorrenti; la condotta del Ministero, che non aveva approvato l'atto di normazione subprimaria regolante le modalità di ingresso in graduatoria dei docenti, non aveva comunque posto i ricorrenti nelle condizioni di presentare tale domanda; la *ratio* sottesa alla L. n. 296/06 non tendeva, peraltro, ad introdurre un termine di decadenza dall'esercizio del diritto all'inserimento nelle GAE;

- il DM n. 253/14 dovrebbe essere qualificato come atto regolamentare o generale, con la conseguenza che il suo annullamento -nella parte in cui non consentiva l'ingresso nelle GAE dei diplomati magistrali-, disposto con la sentenza n. 1973/2015 di questo Consiglio, avrebbe prodotto un'efficacia *erga omnes*, a vantaggio anche della posizione degli odierni ricorrenti; ne deriverebbe pure la nullità degli atti impugnati per elusione o violazione del giudicato, con conseguente diritto di tutti i docenti in possesso del diploma magistrale ante 2001/2002 di ottenere l'inserimento nelle GAE; ogni DM di aggiornamento delle GAE recherebbe, inoltre, un pregiudizio autonomo ai ricorrenti, facendo decorrere dal momento della relativa pubblicazione il termine ex art. 29 c.p.a.; in ogni caso, essendo stata proposta anche un'azione di ottemperanza al giudicato della sentenza n. 1973 del 2015, avrebbe dovuto operare il termine decennale; una diversa interpretazione, tendente a limitare l'efficacia del pregresso giudicato di annullamento tra le parti del relativo giudizio si sarebbe, invece, posta in contrasto con i principi di effettività e di equivalenza della tutela giurisdizionale, del giusto processo, consacrati negli artt. 24, 11 e 113 della Cost., negli artt. 6 e 13 della CEDU. negli artt. 47 e 52 della CDFUE. e recepiti dagli artt. 1 e 29 del c.p.a., nonché dell'efficacia *erga omnes* delle sentenze di annullamento degli atti a contenuto generale, desumibile dagli artt. 2909 del c.c. e 324 del c.p.c;

- non avrebbe potuto ravvisarsi un onere di gravare il decreto ministeriale del 2007, facendosi questione di un atto che si limitava ad istituire i corsi di Laurea Magistrale presso le Università italiane, quindi senza recare alcuna lesione alle legittime istanze dei ricorrenti;
- in ogni caso, il mutamento giurisprudenziale inaugurato dall'Adunanza Plenaria non avrebbe potuto operare retroattivamente, rispetto ad un diritto vivente affermato dalla Sezione nel triennio precedente; il Tar avrebbe comunque dovuto concedere la rimessione in termini per rimediare alla decadenza in ipotesi occorsa, altrimenti violandosi l'effettività della tutela giurisdizionale e i principi dell'equo processo e della certezza del diritto, secondo i molteplici parametri sovranazionali (cfr. artt. 47 e 52 della CDFUE., artt. 4 e 19 del TUE) e costituzionali (cfr. artt. 24, 111 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU. e all'art. 1 del Prot. 1) all'uopo invocabili;
- dovrebbe riconoscersi la natura abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, ai sensi di quanto previsto dall'art. 15 DPR. n. 323/98 e dall'art. 4 D.L. n. 87/2018; la valenza abilitante del diploma magistrale sarebbe desumibile anche dagli artt. 194 e 401 d. lgs. n. 297/94, che avrebbero superato il precedente regime fondato sugli artt. 9 e 14 della legge n. 444 del 1968; il che sarebbe confermato dall'art. 4, commi da 1-quinquies a 1-nonies, del d.l. n. 87/2018, dal DM 353 del 22.05.2014 e dal DM 374 del 1° giugno 2017 in tema di graduatorie di circolo e di istituto;
- l'art. 1, comma 605, della l. n. 296/2006 non avrebbe previsto alcuna domanda da presentare ai fini dell'inserimento nelle GAE, risultando sufficiente il conseguimento del titolo abilitante prima della soppressione delle graduatorie permanenti;
- il Tar avrebbe omesso di pronunciare su apposito motivo di ricorso diretto a denunciare le illegittime modalità telematiche di presentazione della domanda di inserimento in GAE, per violazione dell'art. 51, comma 1, Cost. e dell'art. 4, commi 1 e 2, del DPR 487/1994, dovendo ritenersi ammissibile anche la redazione in carta semplice delle domande di partecipazione alle procedure indette dalla PA.

13.2 La Sig.ra Di Cunzolo denuncia, altresì, l'erroneità della sentenza gravata, per avere il Tar rigettato il ricorso in ragione dell'asserita mancata presentazione dell'istanza di inserimento nella II fascia delle GAE; quando, invece, l'odierna appellante avrebbe impugnato tempestivamente tutti i provvedimenti di mancato accoglimento dell'apposita istanza di inserimento nella III fascia delle Graduatorie ad esaurimento presentata nel luglio 2015.

13.3 Le parti appellanti hanno, altresì, posto alcune questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità unionale, denunciando:

- la violazione dell'art. 1 della l. n. 241/90, degli artt. 2 e 97 Cost., nonché dei principi di buona fede, affidamento, correttezza e di leale collaborazione, tenuto conto che, in seguito alle numerose sentenze di annullamento del Consiglio di Stato (e segnatamente la 1973 del 2015), i docenti avevano maturato un legittimo affidamento nella generalizzata applicazione delle reiterate pronunce del medesimo giudice amministrativo, aventi efficacia *erga omnes*;
- la violazione del divieto, sancito dal diritto europeo, di ricorrere *ad indefinitum* alla reiterazione del rapporto di lavoro a termine; nella legislazione italiana esisterebbe, infatti, un solo strumento per prevenire l'abuso dei contratti a termine degli insegnanti, individuabile nello scorrimento delle graduatorie per titoli e servizio utilizzabili ai fini delle assunzioni a tempo indeterminato; con la conseguenza che l'indirizzo accolto dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, sfavorevole all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento da parte dei docenti in possesso di diploma magistrale, conseguito entro l'anno 2001/2002, comporterebbe la violazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro del 18.3.1999 sul lavoro a tempo determinato poiché, se non fosse possibile l'inserimento nelle GAE, l'ordinamento interno non prevedrebbe alcuna efficace misura preventiva o sanzionatoria rispetto all'illegittima reiterazione dei contratti a termine con riferimento ai precari storici in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/02;
- la violazione della clausola 4, paragrafo 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, in quanto si discriminerebbero irragionevolmente i lavoratori assunti con contratti a termine da quelli assunti a tempo indeterminato in relazione alle condizioni relative alla cessazione di un contratto a tempo determinato; difatti, l'art. 131 L. n. 107/15 precluderebbe l'assunzione a termine del docente che abbia superato il trentaseiesimo mese di servizio e l'art. 20 del D. Lgs. 75/2017 precluderebbe l'assunzione di docenti in servizio alla data di entrata in vigore della L. n. 124/15;
- la violazione degli artt. 3 e 4 della direttiva 2005/36/CE sul riconoscimento delle qualifiche professionali, in quanto non si considererebbe il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/02 come titolo idoneo all'inserimento in GAE;
- la violazione dell'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione Europea e gli artt. 12 e 39 CE, poiché si introdurrebbe un ostacolo discriminatorio alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione Europea, precludendo ai cittadini dell'Unione Europea che hanno conseguito il diploma magistrale in altro Stato dell'Unione Europea di ottenere l'inserimento in GAE per la sola circostanza di non avere fatto valere in Italia il loro titolo nel 2007;
- la violazione del principio di uguaglianza tra lavoratori assunti a tempo determinato dalle P.A., in quanto precluderebbe ai soli diplomati magistrali l'inserimento in GAE, la partecipazione al piano

straordinario di reclutamento previsto dall'art. 1 della l. n. 107/2015, nonché la partecipazione alla così detta "fase transitoria di reclutamento" prevista dal d.lgs. 59/2017;

- la violazione del principio di uguaglianza tra i dipendenti degli Enti Locali, in quanto mentre gli altri dipendenti della Provincia autonoma di Trento potrebbero beneficiare delle misure preventive e repressive previste dalla normativa di attuazione della direttiva 1999/70, gli appellanti ne resterebbero esclusi;

- la violazione del principio dell'equo processo e della certezza del diritto, in quanto si consentirebbe alla Pubblica Amministrazione di vanificare le sentenze con le quali questo Consiglio aveva annullato il DM. n. 235/2014 e aveva riconosciuto la natura abilitante del diploma conseguito entro l'a.s. 2001/02;

- la violazione del principio del legittimo affidamento dei diplomati magistrali che, confidando sulla natura abilitante del diploma conseguito e sul necessario adeguamento del MIUR alle sentenze caducatorie emesse da questo Consiglio, si sarebbero dimessi dalle scuole paritarie presso cui lavoravano per prendere servizio alle dipendenze dello Stato Italiano;

- la violazione degli artt. 6 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 21 (Non discriminazione), 33 (protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale), 47 (equo processo) e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che hanno reso parte integrante del diritto dell'Unione tutti i diritti fondamentali garantiti dalla C.E.D.U.

14. Le questioni afferenti alla tempestività del ricorso di primo grado e alla valenza abilitante in ipotesi riconoscibile al diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 sono state già affrontate e definite dalla Sezione in numerosi precedenti, (cfr. 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 (cfr. da ultimo anche 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 le censure attoree, 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.

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

- non risulta condivisibile la tesi per cui il termine per proporre ricorso giurisdizionale (e, ancora prima, per presentare la domanda di inserimento nelle graduatorie) decorra non dalla piena conoscenza del provvedimento e dei suoi effetti lesivi (o, con riferimento alla presentazione della

domanda di inserimento, dal possesso effettivo del titolo abilitante), ma dal momento in cui, in sede giurisdizionale, viene accertata l'illegittimità dell'atto lesivo;

- fatta eccezione per l'ipotesi degli atti plurimi con effetti inscindibili (che qui non vengono in considerazione), deve escludersi che l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo possa giovare ai cointeressati che non abbiano tempestivamente proposto il gravame e, per i quali, pertanto, si è già verificata una situazione di inoppugnabilità, con conseguente "esaurimento" del relativo rapporto giuridico;

- il *dies a quo* per proporre impugnazione andrebbe individuato (anche a voler prescindere dalla preclusione comunque derivante dalla mancata tempestiva presentazione della domanda di inserimento) nella pubblicazione del d.m. 16 marzo 2007, con il quale, in attuazione dell'art. 1, comma 605, l. 296/2006 (legge finanziaria per il 2007), veniva disposto il primo aggiornamento delle graduatorie permanenti, che la stessa legge finanziaria per il 2007 aveva "chiuso" con il dichiarato fine di portarle ad esaurimento;

- 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 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);

- 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;

- 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);

- 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, (O.M. 153/99) ed ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c-bis) d.l. 97/2004 conv. da l. 143/04 (O.M. 25 e 80 del 2005) che richiedevano, ai fini del rilascio del titolo, il superamento di una procedura selettiva di tipo concorsuale.

15. In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono può rilevarsi che:

a) il ricorso di primo grado (pure prescindendo dalla preclusione derivante dalla mancata tempestiva presentazione della domanda di inserimento) avrebbe dovuto essere proposto entro il termine decadenziale di sessanta giorni dalla pubblicazione del d.m. 16 marzo 2007;

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

c) il D.M. 235/2014 (così come il D.M. 325/2015 e i successivi atti ministeriali di aggiornamento delle GAE) 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;

e) l'abilitazione all'insegnamento nella scuola materna ed elementare, ex artt. 194 e 197 d.lgs. 297/1994 e d.P.R. 323/1998, 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).

16. Tali considerazioni conducono alla conferma della sentenza gravata, risultando le doglianze articolate dagli odierni appellanti tardivamente proposte in primo grado e, comunque, infondate.

17. In ordine ai profili di rito, correlati alla tardività del ricorso di primo grado, si ribadisce che, come rilevato dall'Adunanza Plenaria n. 11 del 2017, il d.m. 16.3.2007 individuava, effettuando una ricognizione delle disposizioni legislative in materia, i requisiti di accesso alle graduatorie, senza contemplare il diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

Trattasi, pertanto, del momento nel quale la lesione della posizione dei ricorrenti è (in ipotesi) maturata, poiché il d.m. 16 marzo 2007 è l'ultimo provvedimento di integrazione ed aggiornamento delle GAE prima che esse fossero definitivamente chiuse, per espressa disposizione di legge, a nuovi accessi.

Per l'effetto, i ricorrenti, non avendo impugnato tale d.m. 16 marzo 2007 (né tantomeno presentato domanda di inserimento nei termini da esso previsti), devono ormai ritenersi decaduti dall'azione giudiziaria.

A tale ultimo riguardo, da un lato, deve disattendersi la censura articolata dalla ricorrente Di Cunzolo, incentrata sulla pretesa erroneità della sentenza gravata, per non avere il Tar ravvisato la presentazione dell'istanza di inserimento nella II fascia delle GAE nel luglio 2015, tenuto conto che tale istanza risultava comunque tardiva rispetto ai termini definiti dal d.m. 16 marzo 2007; dall'altro, si osserva che, comunque, anche prescindendo dalla mancata presentazione della domanda di inserimento in graduatoria, risulterebbe comunque tardivo il ricorso giurisdizionale.

Gli odierni appellanti hanno, infatti, omesso di impugnare tempestivamente un atto immediatamente lesivo (d.m. 16.3.2007), che, non contemplando il titolo posseduto dagli istanti ai fini dell'inserimento in graduatoria, impediva agli stessi di conseguire il bene della vita ambito (inserimento nelle GAE).

17.1 L'irricevibilità del ricorso di prime cure (oltre che dei successivi motivi aggiunti) non potrebbe, peraltro, ritenersi incompatibile con i principi unionali e costituzionali invocati dai ricorrenti (cfr. principi ad un equo processo, di effettività ed equivalenza ovvero di buona amministrazione ex artt. 41 e 47 CDFUE), derivando dall'applicazione di una regola generale del processo amministrativo, incentrata sulla perentorietà dei termini di decadenza dall'azione di annullamento, posta a garanzia delle esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti pubblicistici, operante anche in relazione ad atti di macro-organizzazione quali quello in esame (decreto ministeriale ostativo all'inserimento dei ricorrenti nelle GAE).

In particolare, spetta agli Stati membri stabilire, per le normative nazionali ricomprese nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, i termini di ricorso, in funzione, segnatamente, della rilevanza che le decisioni da adottare rivestono per gli interessati, della complessità dei procedimenti e della legislazione da applicare, del numero di soggetti che possono essere coinvolti e degli altri interessi pubblici o privati che devono essere presi in considerazione.

Al riguardo, la Corte di Giustizia *“ha riconosciuto la compatibilità con il principio di effettività della fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto a tutela sia dell'interessato sia dell'amministrazione coinvolta, anche se, per definizione,*

lo spirare di detti termini comporta il rigetto, totale o parziale, dell'azione intentata (v., in tal senso, sentenza del 20 dicembre 2017, *Caterpillar Financial Services*, C-500/16, EU:C:2017:996, punto 42). In particolare, la Corte non considera una difficoltà eccessiva l'imposizione di termini di ricorso che iniziano a decorrere soltanto a partire dalla data alla quale l'interessato sia venuto a conoscenza dell'annuncio o, quantomeno, sarebbe dovuto venirne a conoscenza (v., in tal senso, sentenze del 27 febbraio 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, punti 55 e 57; del 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, punto 45, nonché dell'8 settembre 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, EU:C:2011:557, punto 96)" (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in causa C-280/18, 7 novembre 2019, punti 54 e 55).

Anche la Corte costituzionale ha valorizzato la rilevanza, nell'ambito del processo amministrativo, della sottoposizione del diritto di azione a termini perentori, a pena di decadenza, in quanto funzionale alla garanzia della stabilità degli effetti giuridici, in conformità con l'interesse pubblico di pervenire in tempi brevi alla definitiva certezza del rapporto giuridico amministrativo (Corte costituzionale, sentenza n. 94 del 2017).

Ne deriva che l'azione giudiziaria deve essere comunque proposta entro il termine di decadenza dettato dall'ordinamento interno, non implicando un tale onere un sacrificio eccessivo per la parte, incompatibile con i principi costituzionali ed unionali invocati dai ricorrenti.

Avuto riguardo all'ordinamento italiano, ai sensi del combinato disposto degli artt. 29 e 41 c.p.a., il termine per la proposizione dell'azione di annullamento è di sessanta giorni decorrente dalla pubblicazione, notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto lesivo.

La decorrenza del *dies a quo* di impugnazione, invece, non potrebbe essere ancorata al momento in cui in sede giurisdizionale (o di ricorso straordinario) venga accertata l'illegittimità dell'atto lesivo, tenuto conto che *“Una posizione così radicale è del tutto estranea al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'individuazione del dies a quo del termine per proporre ricorso giurisdizionale. Nell'ambito di tale dibattito, anche le posizioni più sensibili ad assicurare l'effettività del diritti di azione e di difesa del privato, non si spingono sino al punto di pretendere il riconoscimento in sede giurisdizionale della fondatezza della pretesa vantata da soggetti in posizione analoga per far decorrere il termine per impugnare l'atto amministrativo, limitandosi semmai a sostenere la necessità che il privato abbia (almeno) la possibilità di percepire l'illegittimità dell'effetto lesivo. Ma tale possibilità di conoscenza certamente prescinde dall'esistenza di precedenti giurisprudenziali specifici che abbiano già dichiarato l'illegittimità di quell'atto nell'ambito di diversi giudizi instaurati da altri cointeressati”* (Consiglio di Stato, Ad. Plen, n. 11 del 2017 cit.).

17.2 Ciò precisato, deve ritenersi che la decadenza degli odierni appellanti dall'azione giudiziaria risponda ad una regola processuale propria del giudizio amministrativo, legittimamente posta dal legislatore nazionale.

Non potrebbe pervenirsi ad una diversa valutazione invocando il legittimo affidamento riposto dai ricorrenti in differenti e pregressi indirizzi giurisprudenziali, in ipotesi idonei ad orientare la condotta individuale nell'assunzione di decisioni che soltanto *ex post*, sulla base di un imprevedibile mutamento giurisprudenziale, si sarebbero rivelate pregiudizievoli, determinando l'irricevibilità dei ricorsi nelle more proposti.

Al riguardo, in particolare, gli appellanti deducono che la dichiarazione di irricevibilità dei ricorsi di primo grado contrasterebbe con un precedente indirizzo della Sezione, sulla cui perdurante affermazione gli stessi ricorrenti avrebbero riposto fiducia; con la conseguenza che il sopravvenuto mutamento di giurisprudenza, inaugurato dall'Adunanza Plenaria nel 2017, non potrebbe operare retroattivamente, influenzando sui ricorsi preventivamente proposti.

La prospettazione attorea non risulta fondata.

Affinché un sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale, mediante il ricorso al c.d. *prospective overruling* invocato in appello, possa trovare applicazione in maniera non retroattiva, come, invece, dovrebbe avvenire in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, occorre infatti che l'innovazione giurisprudenziale incida su una regola del processo, sia imprevedibile ovvero segua ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente, nonché comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144; l'Adunanza Plenaria n. 13 del 2017 ha esteso l'operatività dell'istituto anche in relazione a disposizioni regolanti una decadenza procedimentale dell'Amministrazione).

La ratio giustificatrice del *prospective overruling* risiede, dunque, nella tutela del ragionevole affidamento prestato su precedenti orientamenti espressi dalle Corti supreme, evitando di ricondurre ad una scelta processuale assunta dal singolo sulla base di un favorevole diritto vivente al tempo affermatosi, effetti preclusivi, discendenti da una sopravvenuta e imprevedibile diversa interpretazione del pertinente parametro normativo.

In altri termini, il soggetto che abbia esercitato il proprio diritto nel termine previsto dalla legge, come all'epoca costantemente interpretata, non potrebbe trovarsi *ex post* decaduto in ragione di un imprevedibile *revirement* giurisprudenziale tendente a mutare, in senso sfavorevole, il termine processuale all'uopo applicabile.

Soltanto in tale ipotesi i principi costituzionali ed euro-unitari invocati dagli appellanti imporrebbero di assicurare l'effettività dei mezzi di azione e di difesa, apprestando una tutela a salvaguardia della posizione della parte incorsa in una (imprevedibile) decadenza processuale.

17.3 Nel caso di specie, tuttavia, al momento in cui gli odierni ricorrenti hanno assunto la propria decisione processuale – di non proporre ricorso avverso il d.m. 16.3.2007, in ipotesi confidando nella riapertura dei termini di impugnazione a fronte di successivi atti di aggiornamento delle graduatorie in esame –, non sussisteva alcuna giurisprudenza consolidata idonea ad ingenerare in capo agli appellanti un ragionevole affidamento sulla ricevibilità di futuri ricorsi, proposti entro il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione, anziché del d.m. 16.3.2007, di ciascuno dei futuri atti di aggiornamento delle GAE.

Un tale orientamento è stato accolto soltanto successivamente, a fronte di alcune sentenze intervenute anni dopo la pubblicazione del d.m. 16.3.2007, quando ormai era maturata per gli odierni appellanti la decadenza dalla tempestiva azione di annullamento.

Come rilevato dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2019, *“È stato solo quando la Seconda Sezione Consultiva del Consiglio di Stato (parere n. 3813 in data 11 settembre 2013) – ai limitati e diversi fini dell’inserimento nelle graduatorie di circolo e di istituto – ha accolto il ricorso straordinario proposto da alcuni diplomati magistrali, riconoscendo in motivazione efficacia abilitante ex se allo stesso diploma magistrale, che si è aperta una prospettiva di tutela fino a quel momento inaspettata ed è iniziata la folta serie di ricorsi (spesso collettivi) dei diplomati magistrali. Tali ricorsi, non essendoci un atto lesivo da impugnare (visto che nessuna domanda era mai stata presentata), sono stati allora proposti contro i decreti ministeriali di “aggiornamento” della graduatoria: il d.m. 235 del 2014 (il primo aggiornamento dopo il parere del Consiglio di Stato del 2013) e ora, addirittura, il d.m. 400 del 2017, di cui si rivendica l’autonoma impugnabilità, anche da parte dei diplomati che non hanno gravato il precedente d.m. 235 del 2014. 27. Si tratta di un tipo di iniziativa giudiziale fondata su presupposti che, se fossero accettati, darebbero vita a risultati paradossali, forieri di una grave incertezza, e, soprattutto, contrastanti con i principi fondamentali della giustizia amministrativa. Sarebbe, nella sostanza, come ammettere che chi non ha mai partecipato ad una procedura lato sensu concorsuale possa direttamente insorgere contro (neanche la graduatoria, ma) il provvedimento che dispone l’aggiornamento (o lo scorrimento) della graduatoria, pretendendo di esservi inserito, ed assumendo come dies a quo del termine per proporre il ricorso la data di pubblicazione della sentenza favorevole ottenuta da qualche altro soggetto nelle sue stesse condizioni. Con l’aggravante, nel caso delle graduatorie ad esaurimento, che queste vengono*

*aggiornate periodicamente, il che implica che ogni successivo aggiornamento determinerebbe la riapertura dei termini per ricorrere”.*

Ne discende che le censure impugnatorie incentrate sulla lesione del legittimo affidamento non possono essere condivise, difettando al tempo in cui è maturata la decadenza dall’azione giudiziaria – avuto riguardo alla pubblicazione del d.m. 16.3.2007 – un indirizzo della giurisprudenza amministrativa consolidato e costantemente affermato, volto ad ammettere (e ritenere ricevibile) l’impugnazione degli atti di aggiornamento delle graduatorie *de quibus* che il Ministero avrebbe potuto assumere nel tempo.

In definitiva, i ricorrenti, quando sono decaduti dall’azione, non potevano prestare affidamento in alcun orientamento giurisprudenziale loro favorevole, con la conseguenza che, da un lato, difettano i presupposti per invocare l’istituto della *prospective overruling* o della rimessione in termini, dall’altro, risultano irrilevanti le questioni di legittimità e di compatibilità unionale al riguardo poste in appello, presupponendo le stesse una lesione di un affidamento incolpevole nella specie invero inesistente.

17.4 Peraltro, giova anche evidenziare che il sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale favorevole alle tesi attoree – si ripete irrilevante, in quanto non affermatosi al momento della maturazione della decadenza processuale – non poteva neppure ritenersi consolidato, tale da assurgere a diritto vivente, sia in relazione ai profili di rito (concernenti la ricevibilità dei ricorsi proposti contro gli atti di aggiornamento delle graduatorie in esame), sia con riguardo ai profili di merito (circa la valenza abilitante del diploma magistrale *de quo*).

Difatti, come rilevato dall’Adunanza Plenaria n. 4 del 2019, “È dirimente, in senso ostativo all’applicazione del *prospective overruling*, la considerazione che in questo caso è carente il presupposto fondamentale dell’istituto, ovvero l’esistenza di un orientamento consolidato, costituente diritto vivente, che viene imprevedibilmente modificato dalla nuova esegesi. L’esegesi imprevedibile, che supera un consolidato diritto vivente, è semmai quella inaugurata dalla sentenza della Sesta Sezione n. 1973 del 2015, che, fornendo una interpretazione innovativa e originale di consolidati principi processuali, ha ritenuto che il termine per impugnare un provvedimento legittimo possa decorrere dal momento di una pronuncia resa in sede giurisdizionale o di ricorso straordinario che accerti l’illegittimità dell’atto. È la stessa ricorrente originaria, del resto, quando invoca la rimessione in termini, a riconoscere che, fino al 2015, non era conoscibile l’illegittimità della sua esclusione dalle GAE. Fino a quel momento, quindi, non poteva esistere alcuna aspettativa (se non quella contraria all’inserimento nelle GAE). L’orientamento inaugurato nell’aprile del 2015 dalla Sesta Sezione, peraltro, non è mai diventato

*diritto vivente: a tali fini, infatti, non possono ritenersi sufficienti sei sentenze, che spesso si sono limitate a richiamare, per relationem, l'unico "vero" precedente (cioè la sentenza n. 1973 del 2015), e si sono succedute in un breve intervallo temporale di pochi mesi, da aprile 2015 a dicembre 2015 (dopo Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1973, le sei sentenze sono: Cons. St., sez. VI, 21 luglio 2015, n. 3628; 27 luglio 2015, nn. 3673 e 3675; 3 agosto 2015, n. 3788, 10 settembre 2015, n. 4232; 2 dicembre 2015, n. 5439)".*

Ne deriva che non risultava neppure ravvisabile un indirizzo costantemente seguito dalla giurisprudenza amministrativa su cui la parte privata avrebbe, in ipotesi, potuto prestare affidamento in ordine alla soluzione delle questioni di rito e di merito implicate nell'odierno giudizio.

18 In ogni caso, le doglianze attoree, oltre che irricevibili, sono, comunque, infondate anche nel merito.

Nel richiamare le considerazioni alla base delle pronunce dell'Adunanza Plenaria (del 2017 e del 2019) e dei precedenti della Sezione intervenuti *in subiecta materia*, condivisi dal Collegio e rilevanti anche ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a., deve affermarsi il principio di diritto secondo cui 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.

19. Tale conclusione, in primo luogo, non può essere contestata facendo leva sull'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, trattandosi, come osservato, di decisioni non produttive di effetti *erga omnes*.

Di conseguenza, gli atti censurati in prime cure non possono ritenersi nulli ex art. 21 septies L. n. 241/90, tenuto conto che le sentenze del Consiglio di Stato di annullamento del D.M. 235/2014, avendo efficacia soltanto *inter partes*, non potevano esprimere un giudicato suscettibile di conformare l'assetto di interessi divisato nei rapporti tra l'Amministrazione e i soggetti estranei ai giudizi in cui sono stati resi, quali sono gli odierni ricorrenti; sicché alcuna violazione o elusione del giudicato potrebbe essere contestata nella presente sede dalle parti appellanti, le quali, non sarebbero neppure legittimate ad agire in ottemperanza sulla base di pronunce non incidenti sulla propria sfera giuridica.

Gli stessi atti non possono neppure ritenersi illegittimi, attenendo alle sole procedure di aggiornamento nelle graduatorie e non anche alle procedure di inserimento nelle graduatorie

medesime, posto che per l'inserimento occorre partecipare alle procedure selettive bandite e ciò vale anche per i diplomati magistrali che avessero conseguito il diploma entro l'a.s. 2001/2002.

20. Non potrebbe pervenirsi ad una decisione diversa neppure valorizzando il disposto degli artt. 1 d.l. n. 97/2004, convertito in legge n. 143/2004 e 4, comma 1-*quinquies* del d.l. n. 87 del 2018 conv. dalla l. n. 96 del 2018.

Ed, invero, l'art. 1 d.l. n. 97/2004 -che alla lettera a) prevede che è sufficiente per accedere alla graduatoria il titolo abilitante comunque posseduto e riconosciuto valido - non fa alcun riferimento al valore abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002. Pertanto, nel momento in cui si esclude (alla luce dell'esegesi del quadro normativo) che il solo diploma magistrale abbia *ex se* valore abilitante per l'accesso in GAE, la norma non ha alcuna rilevanza. Essa, invero, non fornisce, ma presuppone la definizione di titolo abilitante, che va, quindi, ricercata altrove.

Allo stesso modo, neppure l'articolo 4, comma 1-*quinquies*, d.l. n. 87 del 2018 cit. ha riconosciuto valore abilitante *ex se* al diploma magistrale; avendo detta norma al contrario ribadito la necessità di superare un concorso per accedere ai posti di insegnamento, essa si inserisce nel solco del principio di diritto enunciato con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2017, così confermandone la correttezza.

21. Parimenti, non può diversamente argomentarsi, rilevando che il diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 consentirebbe l'iscrizione nelle graduatorie di istituto di II fascia (cfr. DM n. 308 del 2014 e DM n. 353 del 2014).

Invero, l'inclusione nelle graduatorie di istituto di II fascia è finalizzata a garantire la possibilità di conferimento di supplenze o incarichi a tempo determinato (cfr. artt. 5 e 7 D.M. 13/06/2007, n. 131), mentre l'inclusione nelle GAE consente l'accesso diretto ad una assunzione a tempo indeterminato.

Pertanto, la circostanza che il diploma magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, consenta l'iscrizione nella seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto non è elemento dirimente per pretendere che lo stesso sia sufficiente anche per l'iscrizione in GAE, attesa la diversa finalità, anche in punto di accesso stabile ai ruoli, tra le diverse graduatorie in considerazione.

La necessità di un titolo (abilitante) ulteriore rispetto al mero possesso del titolo di studio trova, in particolare, pure giustificazione nella considerazione che l'inserimento in graduatoria è destinato a consentire per mero scorrimento lo stabile ingresso nel ruolo docente e tale ingresso, dunque, non può prescindere da una seria ricognizione dell'esperienza maturata o del percorso formativo seguito dopo il diploma.

Per tali ragioni, non rileva ai fini dell'odierno giudizio il d.P.R. 25 marzo 2014 (che ha recepito il parere del Consiglio di Stato n. 3818/13), in quanto in esso si riconosce esclusivamente il valore abilitante del titolo ai fini dell'inserimento nella II fascia delle graduatorie d'istituto e non anche ai fini dell'inserimento nelle GAE, le sole a rilevare nell'odierno giudizio.

Anche la clausola di riserva contenuta nell'art. 1, comma 605 l. 296/2006 deve intendersi riferita solo a quei titoli abilitanti che, secondo la normativa vigente, costituivano requisiti di accesso alle graduatorie, essendo volta a preservare le aspettative di coloro i quali avessero, confidando nel sistema pregresso, già affrontato un percorso di studi per munirsi del titolo necessario all'inserimento in GAE. Non a caso, infatti, la clausola di riserva si riferiva anche a coloro che, alla data di entrata in vigore della legge, frequentavano i corsi abilitanti che secondo la normativa previgente consentivano l'accesso alle graduatorie.

Per le stesse ragioni, similmente a quanto osservato per le graduatorie di circolo e di istituto, la valenza abilitante del diploma magistrale non potrebbe desumersi neppure dal DM n. 967 del 2014, regolante i soli percorsi di formazione della specializzazione per le attività di sostegno didattico, senza dunque influire sulla distinta disciplina delle graduatorie ad esaurimento, dal cui inserimento soltanto consegue la possibilità per il docente di accedere direttamente ad una assunzione a tempo indeterminato.

22. Tali univoci approdi non sono incompatibili con la disciplina dettata dall'art. 59 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73 e dall'ordinanza ministeriale 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 non potrebbe desumersi la natura abilitante del titolo posseduto dai ricorrenti.

L'Ordinanza 10 luglio 2020, n. 60 individua i requisiti necessari per l'inserimento dei docenti nelle graduatorie per il conferimento delle supplenze (cfr. art. 4, commi 1, 2, 6 bis e 6 ter, L. n. 124/99) e, dunque, disciplina una fattispecie distinta dall'inserimento nelle G.A.E. (finalizzate al definitivo inserimento del docente nell'organico della scuola).

L'art. 59 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, comunque inidoneo ad incidere sulla disciplina normativa previgente, nel regolare la copertura dei posti vacanti anche mediante scorrimento delle attuali graduatorie provinciali per le supplenze:

- da un lato, reca disposizioni operanti solo in via straordinaria (esclusivamente per l'anno scolastico 2021/2022), come tali non espressive di un principio generale idoneo a ricondurre alle graduatorie provinciali una finalità analoga (di reclutamento con immissione in ruolo) a quella

propria delle graduatorie ad esaurimento, permanendo una differenziazione tra le due fattispecie in raffronto;

- dall'altro, individua 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", con la conseguenza che 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.

Si conferma, dunque, che, tipicamente, avuto riguardo alla funzione ordinaria assegnata alle relative graduatorie, solo l'inclusione nelle GAE consente l'accesso diretto ad una assunzione a tempo indeterminato, con conseguente impossibilità di assoggettare al medesimo trattamento giuridico fattispecie non analoghe; per l'effetto, non potrebbe desumersi dalla legittimazione all'inclusione nelle GPS una legittimazione all'inserimento, sulla base del medesimo titolo (diploma magistrale *de quo*), nelle diverse graduatorie ad esaurimento.

23. Parimenti, non potrebbe essere utilmente invocato dai ricorrenti l'articolo 1, comma 1 bis, d.l. n. 97/04 conv. dalla l. n. 143/2004, che consente il reinserimento in GAE di coloro i quali, in precedenza iscritti, vi fossero stati cancellati.

In primo luogo, risulta dirimente la considerazione, sopra esplicitata, che il diploma magistrale non costituisce titolo valido per l'iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento; in ogni caso, la norma *de qua* attiene a fattispecie diversa, relativa a soggetti che in precedenza erano comunque inseriti nelle graduatorie e ne erano stati cancellati, non potendo, dunque, legittimare inserimenti *ex novo* nelle graduatorie in esame.

Come rilevato dall'Adunanza Plenaria del 2017 cit., risulta evidente la differenza esistente tra la posizione di chi, già inserito nella graduatoria (e per effetto di tale inserimento titolare di un affidamento meritevole di tutela), viene cancellato perché omette di presentare domanda di conferma e la posizione di chi non ha mai presentato una domanda di inserimento in graduatoria.

Ai primi è la stessa legge a consentire la presentazione di una domanda di reinserimento, con espressa previsione della possibilità di recuperare il punteggio maturato all'atto della cancellazione (articolo 1, comma 1-bis del decreto legge n. 97/2004). Nessuna disposizione legislativa può invece legittimare la presentazione di una domanda di inserimento tardiva, non potendosi, del resto, in questo caso configurare alcun affidamento meritevole di tutela in capo a chi non ha mai nemmeno chiesto per tempo di essere inserito.

24. Parimenti, non risulta rilevante ai fini dell'odierno giudizio, non esprimendo una volontà dispositiva dell'Amministrazione enucleata in atti amministrativi tipici, la lettera inviata ad un diplomato magistrale in data 3 marzo 1997 dall'allora Ministro della pubblica istruzione, con cui si offrivano generiche rassicurazioni in ordine al fatto che il diploma magistrale avrebbe conservato valore abilitante all'insegnamento.

Non rileva neanche, come pure evidenziato dall'Adunanza Plenaria n. 4/19, la nota in data 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 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.

25 L'insussistenza in capo ai ricorrenti del titolo legittimante all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento priva i ricorrenti anche della legittimazione a contestare le modalità di presentazione della domanda (in forma esclusivamente telematica), tenuto conto che, anche ove tale doglianza si rivelasse fondata, permarrebbe l'impedimento all'inserimento in graduatoria, in ragione della carenza dei requisiti prescritti dal quadro normativo di riferimento.

26. La disciplina nazionale in parola non si espone neppure alle critiche di incostituzionalità ed incompatibilità unionale svolte dalle parti, incentrate su censure generiche o irrilevanti ai fini della decisione, con conseguente non conferenza delle questioni di legittimità costituzionale e dei quesiti interpretativi di compatibilità unionale posti dagli odierni appellanti.

27. In particolare, non è ravvisabile alcuna violazione dei principi affermati dalla c.d. sentenza *Mascolo* (Corte Giust. UE, 28 novembre 2014, cause riunite nn. 22/2013, da C-61/13 a C-63/13 e 418/2013), in ordine all'interpretazione dell'accordo quadro sul rapporto di lavoro a tempo determinato di cui alla direttiva 1999/70/CE.

27.1 In primo luogo, si rileva che la sentenza "*Mascolo*" è intervenuta più propriamente in relazione alla disciplina dei contratti a tempo determinato (art. 4 della legge 124/99), afferendo, dunque, a questioni irrilevanti ai fini dell'odierno giudizio.

La *causa petendi* delle domande proposte in prime cure non riguarda, infatti, la sottoposizione dei docenti ad un'abusiva reiterazione di contratti a termine -circostanza, peraltro, non provata e rimessa alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, inerendo allo svolgimento di un

rapporto di lavoro privatizzato-, bensì afferisce alla valenza da riconoscere al diploma magistrale conseguito entro l'a.s.c 2001/2002 ai fini dell'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, con la conseguenza che, ai fini della soluzione della presente controversia, non rileva verificare l'eventuale titolarità in capo ai docenti di plurimi contratti di lavoro a tempo determinato, in ipotesi reiterati in maniera illecita dalla parte datoriale.

27.2 In ogni caso, si osserva che l'Adunanza Plenaria, 20 dicembre 2017, n. 11 ha chiarito che *“la normativa in esame, così come interpretata e ricostruita non solleva ...dubbi di illegittimità costituzionale o di contrarietà con l'ordinamento dell'Unione Europea”*, evidenziando in proposito che: *“nella situazione in esame appare ragionevole ed ispirato a consistenti ragioni di interesse pubblico il ripristino a regime del sistema di reclutamento degli insegnanti attraverso selezione concorsuale per esami, con salvaguardia delle sole più antiche posizioni di “precariato storico”, per evidenti ragioni sociali. Ragioni, quelle appena indicate, che giustificano pienamente l'attuale disciplina anche in rapporto al diritto comunitario, con particolare riguardo alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio in data 28 giugno 1999, che esclude ogni discriminazione dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato e postula estensione ai primi degli istituti propri del rapporto dei secondi (...). Come chiarito dalla giurisprudenza, tuttavia, spetta al giudice nazionale una delicata valutazione – da condurre caso per caso – al fine di verificare la sussistenza, o meno, di “ragioni oggettive”, che a norma della medesima direttiva possono giustificare un trattamento differenziato dei lavoratori a tempo determinato (Corte di Giustizia, Valenza e a. – da C-302/11 a C-305/11). Per l'individuazione di tali ragioni, in effetti, non si rinvencono parametri di riscontro nella direttiva 1999/70/CE, ma la Corte di Giustizia (Grande sezione, sentenza del 4 luglio 2006, causa C-212/04 –Adeneler) ha precisato che il significato e la portata della relativa nozione debbono essere determinati in funzione dell'obiettivo perseguito dall'accordo-quadro e, in particolare, del contesto in cui si inserisce la clausola 5, n. 1, lettera a) dello stesso (...). È di tutta evidenza che le disposizioni normative in esame rispondono pienamente alla disciplina comunitaria, in quanto, appunto, volte ad eliminare il precariato (pur nel rispetto di parametri di gradualità, introdotti a tutela di situazioni a lungo protrattesi nel tempo e destinate alla stabilizzazione), con tendenziale, generalizzato ritorno ai contratti di lavoro a tempo indeterminato, previa selezione concorsuale per merito, nel già ricordato interesse pubblico alla formazione culturale dei giovani, che la scuola deve garantire attraverso personale docente qualificato. Ove le tesi difensive fossero accolte, viceversa, non potrebbe che formarsi un nuovo consistente precariato, che allungherebbe i tempi del sistema previsto a regime, o lo renderebbe*

*addirittura non perseguibile. ....è sufficiente rilevare che non può essere ammessa la riapertura delle graduatorie ad esaurimento, per ragioni non puntualmente previste a livello legislativo, senza che ciò determini dubbi di legittimità costituzionale o comunitaria”.*

In questa sede deve, inoltre, rilevarsi che:

- nella stessa sentenza *Mascolo* la Corte di Giustizia ha ritenuto aleatoria la possibilità per un docente che abbia effettuato supplenze, ai sensi dell’articolo 4 della legge n. 124/1999, in una scuola statale di ottenere la trasformazione dei suoi contratti di lavoro a tempo determinato successivi in un contratto o in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con immissione in ruolo per effetto dell’avanzamento in graduatoria; con la conseguenza che tale possibilità non potrebbe comunque essere considerata una sanzione a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo ai fini di garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (punti 116 e 117);

- in ogni caso, dall’accordo quadro in esame e dalla sentenza *Mascolo* non è possibile evincere un dovere di stabilizzazione in favore degli appellanti in termini di effetti reali (cfr. anche Corte Cost. n. 187 del 2016), ovvero desumere l’illegittimità delle norme che escludono determinare categorie dall’inserimento nelle G.A.E., tenuto conto che, come già evidenziato, alla chiusura delle G.A.E. si affianca la scelta di affrontare il fenomeno del precariato attraverso l’indizione di procedure concorsuali straordinarie (cfr. l. n. 107 del 2015).

Tale pronuncia (*Mascolo*) si limita a prevedere che “*quando, come nel caso di specie, il diritto dell’Unione non prevede sanzioni specifiche nell’ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell’accordo quadro*” (punto 77).

27.3 In riferimento a quest’ultima precisazione, va ricordato, dovendosi sul punto escludere ogni contrasto con i principi generali di uguaglianza e di non discriminazione tra dipendenti pubblici e privati, che la diversità di tutele tra lavoro pubblico e privato - dove l’illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato comporta, in caso di violazione delle prescrizioni dettate dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, la conversione del rapporto (*ex plurimis*, Cass., 23 agosto 2006, n. 18378) - è stata ritenuta legittima non soltanto dalla Corte costituzionale (sentenza n. 89 del 2003), ma anche dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea, che ha ritenuto la disciplina nazionale astrattamente compatibile con il diritto europeo, purché sia assicurata altra analoga misura sanzionatoria effettiva, proporzionata e dissuasiva (Corte di Giustizia 12 dicembre 2013, *Papalia*, C-50/13, cfr. anche

sentenze del 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04 e del 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino*, C-53/04).

Nell'ordinamento italiano, l'effettività dell'apparato che sanziona l'abuso nel rinnovo dei contratti a tempo determinato è assicurato non solo dalla responsabilità amministrativa cui sono sottoposti i dirigenti che violano la disciplina imperativa delle collaborazioni flessibili con la pubblica amministrazione, ma anche dallo speciale regime risarcitorio (cfr. Cass., sez. un., 15 marzo 2016 n. 5072).

28. Parimenti, sono argomentate sulla base di un presupposto insussistente (la presenza di un diritto vivente favorevole ai ricorrenti, idoneo ad ingenerare un ragionevole affidamento sulla ricevibilità e fondatezza dei ricorsi proposti), le censure concernenti:

-la violazione dell'art. 1 della l. n. 241/90, degli artt. 2 e 97 Cost., nonché dei principi di buona fede, affidamento, correttezza e di leale collaborazione, per effetto dell'asserito affidamento ingenerato nei ricorrenti dalle favorevoli (alle tesi attoree) sentenze di annullamento del Consiglio di Stato, in specie in relazione alla generalizzata applicazione delle reiterate pronunce del medesimo giudice amministrativo, aventi efficacia *erga omnes*;

- la violazione del principio dell'equo processo e della certezza del diritto, in conseguenza della vanificazione in sede amministrativa delle sentenze con le quali questo Consiglio aveva annullato il DM. n. 235/2014 e aveva riconosciuto la natura abilitante del diploma conseguito entro l'a.s. 2001/02;

- la violazione del principio del legittimo affidamento dei diplomati magistrali che, confidando sulla natura abilitante del diploma conseguito e sul necessario adeguamento del MIUR alle sentenze caducatorie emesse da questo Consiglio, si sarebbero dimessi dalle scuole paritarie presso cui lavoravano per prendere servizio alle dipendenze dello Stato Italiano.

Al riguardo, si rinvia alle considerazioni *supra* svolte in ordine, da un lato, alla efficacia soltanto *inter partes* dei precedenti citati dai ricorrenti, dall'altro, all'inesistenza di un indirizzo favorevole agli appellanti al tempo in cui è maturata la decadenza dall'azione giudiziaria e, comunque, all'inesistenza di un indirizzo consolidato favorevole ai ricorrenti idoneo a configurare un diritto vivente fonte di affidamento qualificato in relazione alle questioni di rito e di merito oggetto di giudizio.

29. Si ravvisa parimenti l'irrilevanza delle questioni concernenti la violazione della clausola 4, paragrafo 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, in ragione di un'asserita irragionevole discriminazione tra i lavoratori assunti con contratti a termine e lavoratori assunti a tempo indeterminato, in relazione alle condizioni di cessazione del rapporto di lavoro, motivata

sulla base della disciplina dettata dall'art. 1, comma 131, L. n. 107/15 e dall'art. 20 del D. Lgs. 75/2017.

Parimenti, sono irrilevanti le questioni riguardanti la violazione del principio di uguaglianza tra lavoratori assunti a tempo determinato dalle P.A., per effetto della preclusione, per i soli diplomati magistrali dell'inserimento in GAE, della partecipazione al piano straordinario di reclutamento previsto dall'art. 1 della l. n. 107/2015 e alla così detta "*fase transitoria di reclutamento*" di cui al d.lgs. 59/2017.

Premesso che l'art. 1, comma 131, L. n. 107/2015 è stato abrogato dall'art. 4-bis, comma 1, D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96, nella specie le disposizioni concernenti la costituzione o la durata massima di eventuali rapporti di lavoro a tempo determinato suscettibili di interessare anche i ricorrenti o l'ammissione dei medesimi ad eventuali procedure di reclutamento straordinario non rilevano al fine di statuire sulla legittimità degli atti censurati in prime cure e, in specie, per ricostruire la valenza del titolo di studio posseduto dagli appellanti (diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002) ai fini dell'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Per l'effetto, posto che le questioni di compatibilità unionale o di legittimità costituzionale, incentrate su disposizioni che non possono costituire il parametro di legittimità degli atti amministrativi impugnati dinanzi al Tar, non rilevano ai fini della decisione, le contestazioni al riguardo svolte dagli appellanti non possono trovare ingresso nel presente giudizio.

Peraltro, richiamate le considerazioni sopra svolte in ordine alla giurisprudenza unionale in materia di contrattazione a termine, si osserva che la previsione di un limite alla reiterazione dei contratti a termine risponde proprio all'esigenza -alla base della pronuncia *Mascolo* cit.- di vietare l'abusivo ricorso ad una successione di contratti a tempo determinato, risultando, dunque, coerente con un precetto posto dal diritto unionale; parimenti, la previsione di piani straordinari di assunzione è volta a fornire una soluzione, sia pur graduale, del fenomeno del precariato, contemperando la pressante esigenza di stabilizzazione di esso con la regola generale del pubblico concorso; a tali fini risulta differente la posizione dei soggetti iscritti a pieno titolo nelle graduatorie ad esaurimento, avuto riguardo all'esigenza di salvaguardare le "*sole più antiche posizioni di "precariato storico" per evidenti ragioni sociali*" (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 dicembre 2017, n. 11).

30. Quanto alla doglianza incentrata sulla violazione del principio di libera circolazione e della direttiva 2005/36/CE, essa è già stata respinta da questa Sezione (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 12 marzo 2018, n. 1524).

La normativa europea evocata – che ha ad oggetto il riconoscimento delle qualifiche professionali già acquisite in uno o più Stati membri dell’Unione europea e che permettono al titolare di tali qualifiche di esercitare nello Stato membro di origine la professione corrispondente - è irrilevante rispetto alla disciplina applicabile in questa sede, in cui si tratta della validità da riconoscere in Italia ad un titolo professionale formato per intero nell’ordinamento interno.

Questo Consiglio (cfr. sentenze n. 1516/2017 e n. 7789/2019) ha ulteriormente chiarito che i sistemi generali di riconoscimento intraeuropeo dei diplomi non regolano le procedure di selezione e reclutamento per l’assegnazione di un posto di lavoro, risultando precipuo oggetto della disciplina comunitaria l’imposizione delle qualifiche ottenute in uno Stato membro per consentire agli interessati di candidarsi ad un posto di lavoro in un altro Stato, ma pur sempre nel rispetto delle relative procedure di selezione e reclutamento ivi vigenti (cfr. Corte di Giustizia, causa C - 586/08, *Rubino*).

Di conseguenza, una volta ritenuta la necessità del possesso dei titoli di studio prescritti dalla normativa nazionale per l’idoneità all’insegnamento, non è ricavabile dalla direttiva europea il divieto di richiedere - nella specie, ai fini dell’iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento - ulteriori titoli, tra i quali non è annoverabile, come sopra visto, il diploma magistrale conseguito entro l’anno scolastico 2001/2002.

31. Parimenti irrilevante risulta la questione di compatibilità unionale incentrata sull’introduzione di un ostacolo discriminatorio alla libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione Europea, in ragione dell’impossibilità di ottenere l’inserimento in GAE per i cittadini dell’Unione Europea che hanno conseguito il diploma magistrale in altro Stato dell’Unione Europea e che non abbiano fatto valere in Italia il loro titolo nel 2007.

Il presente giudizio – alla stregua della prospettazione attorea recata negli atti di appello – non è stato introdotto da soggetti che hanno conseguito il titolo magistrale in altro Stato membro e che intendono ottenerne il riconoscimento nell’ordinamento italiano, ma da soggetti titolari di un diploma magistrale conseguito in Italia, invocato nell’ambito del medesimo ordinamento nazionale ai fini dell’inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Pertanto, non appare conferente il parametro invocato dai ricorrenti, presupponendo una circostanza – il conseguimento di un titolo estero da riconoscere in Italia – che non concorre a formare la *causa petendi* delle domande proposte nell’odierno giudizio, le uniche esaminabili nella presente sede processuale.

32. Non potrebbe neppure essere predicata una violazione del principio di uguaglianza tra i dipendenti degli enti locali e i dipendenti della Provincia autonoma di Trento, i soli a potere

asseritamente beneficiare delle misure preventive e repressive previste dalla normativa di attuazione della direttiva 1999/70.

Si ribadisce, al riguardo, che i ricorrenti hanno censurato in prime cure gli atti ministeriali ostativi al loro inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, in ragione del disconoscimento della valenza abilitante del diploma magistrale posseduto dalle parti private, non rilevando pertanto, ai fini dell'odierna controversia, l'eventuale titolarità di un rapporto di lavoro a tempo determinato con un ente locale.

In ogni caso, si rinvia alle considerazioni *supra* svolte sulla giurisprudenza europea formatasi in materia di abusiva reiterazione dei contratti a termine (in specie, sentenza *Mascolo*), con riguardo, altresì, all'insussistenza di un obbligo unionale di stabilizzazione in termini di effetti reali in favore del personale assunto con contratti a tempo determinato.

33. Infine, non è dato comprendere in che termini la normativa interna, nell'interpretazione accolta dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio nelle pronunce del 2017 e del 2019, si porrebbe in contrasto con gli artt. 6 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 21 (Non discriminazione), 33 (protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale), 47 (equo processo) e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tale richiesta, laddove in ipotesi correlata al supposto contrasto della normativa interna con l'ordinamento euro-unitario nei termini innanzi esaminati, deve in ogni caso essere disattesa, non essendo ravvisabile, per le ragioni già esposte, alcuna interferenza tra i principi europei e le disposizioni interne applicabili nel caso in esame, con conseguente irrilevanza della questione posta dagli odierni ricorrenti (vedasi anche la recente sentenza della Corte di Cassazione, n. 3830/2021, punti 24 e 25).

34. Giova evidenziare, da ultimo, come le conclusioni svolte, che si pongono nell'alveo dell'orientamento di questo Consiglio, consolidatosi a seguito dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2017, siano state confermate anche della Corte di Cassazione (n. 3830/2021), secondo cui, in tema di reclutamento dei docenti nella scuola pubblica, *“il solo possesso del diploma magistrale non era mai stato titolo sufficiente per la partecipazione ai concorsi per titoli previsti dal D.Lgs. n. 297 del 1994, e non a caso, quanto al reclutamento, il D.P.R. 1998 aveva limitato alla partecipazione ai concorsi per titoli ed esami il riconoscimento del titolo. Ciò perchè il valore da conservare era quello "attuale" e, quindi, la conservazione, disposta per non mortificare le aspettative nate nel previgente sistema, non poteva che operare nei limiti che la disciplina abrogata assicurava. Analogo discorso va fatto in relazione alle graduatorie permanenti, che costituiscono un'evoluzione di quelle per titoli e, come già detto, richiedevano ulteriori requisiti oltre al solo possesso del*

*diploma magistrale (art. 2 del regolamento n. 123/2000). La clausola di riserva contenuta nella L. n. 296 del 2006, pertanto, non può essere estesa fino a ricomprendervi un titolo che, seppure abilitante all'insegnamento, non era stato ritenuto sufficiente per l'iscrizione nelle graduatorie, atteso che la clausola in parola era chiaramente finalizzata, non ad estendere la platea dei soggetti aventi titolo all'iscrizione, bensì "a preservare le aspettative di coloro i quali avessero, confidando nel mantenimento del sistema pregresso, già affrontato un percorso di studi per munirsi del titolo necessario all'inserimento nelle GAE" (C.d.S. Ad. Plen. N. 11/2017). Anche in tal caso la disposizione deve essere letta nel suo complesso e, pertanto, l'espressione "docenti già in possesso del titolo di abilitazione" non può essere avulsa dall'intero contesto nè si può svalutare il tenore letterale dell'incipit della clausola che non si esprime in termini attributivi di un diritto in precedenza non riconosciuto, bensì "fa salvi" gli inserimenti delle categorie di docenti poi tassativamente indicate, ossia di quei docenti che, ove la trasformazione non fosse avvenuta, avrebbero avuto il titolo necessario per richiedere l'iscrizione in occasione delle operazioni di periodico aggiornamento".*

Per l'effetto, la Corte di Cassazione ha ritenuto *"di dovere enunciare il medesimo principio di diritto già affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 11/2017, n. 4/2019 e n. 5/2019 secondo cui "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 del personale docente ed educativo istituite dalla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 605".*

35. In definitiva, gli appelli vanno dichiarati, in parte, improcedibili (con riferimento alla posizione dell'appellante che ha reso la dichiarazione di rinuncia alla coltivazione del giudizio di appello) e, per il resto, vanno respinti, con conferma della sentenza impugnata.

Le spese di lite del grado di appello, considerata la particolarità delle questioni trattate, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, in parte li dichiara improcedibili, limitatamente alla posizione della parte rinunciante alla coltivazione del giudizio di appello, per il resto li respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese processuali del grado di appello.

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

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore