

Pubblicato il 17/06/2021

N. 04673/2021REG.PROV.COLL.

N. 05719/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5719 del 2017, proposto da Stefania Abbiati, Cassandra Abbruzzese, Emanuele Agus, Mara Albini, Marcella Sara Alecci, Rosa Alfano, Tiziana Amantini, Letizia Amedei, Ilaria Andreola, Maria Antonietta Angelico, Emanuela Angioni, Alessandra Antonica, Marzia Arena, Arianna Arfani, Fabrizio Artale, Michele Attanasio, Mariapina Attardi, Cristina Autiero, Silvana Aversa, Daniela Azzarelli, Idria Balestra, Chiara Banfi, Valeria Barbaro, Giuseppe Barbato, Silvia Barbato, Cinzia Barchi, Lucia Basilicata, Francesca Mafalda Battaglia, Olimpia Bello, Irene Bellu, Simona Bellucci, Francesca Benedetti, Annarita Berardino, Michela Bergamini, Cinzia Bertolini, Rosa Maria Bianco, Claudia Biginelli, Monica Bona, Alice Bonandin, Marzia Bonito, Giovanna Bonsignore, Loredana Braconi, Chiara Bramati, Roberta Brancaccio, Valeria Brocco, Sara Bruscolini, Erminia Budroni, Stefania Bugatti, Debora Bussi, Daria Cabassi, Patrizia Pia Caggiano, Rosa Caliri, Manuela Cammarata, Cristina Campa, Angela Campanile, Tiziana Campisi, Giuseppina Cangemi, Roberta Capasso, Maria

Rosaria Capodivento, Filomena Carchia, Matra Micaela Cariboni, Benedetto Caricchio, Chiara Carlino, Laura Carlon, Daniela Carrino, Maria Carrubba, Patrizia Carta, Cosima Casavecchia, Raffaella Flora Cascone, Orsola Caso, Caterina Cassetta, Anna Cecere, Sonia Cecere, Monica Ceresoli, Rossella Cetta, Leonida Chilla', Giulia Ciano, Isabella Ciavarella, Roberta Cinesi, Giovanna Ciraci', Rossella Filomena Ciuffreda, Lucia Civale, Immacolata Civale, Giorgia Colla, Emanuela Condina, Tullia Congia, Letizia Corbacio, Antonietta Atanasia Costa, Giovanna Costantino, Giovannella Maria Cotroneo, Maria Teresa Cozza, Cira Cozzo, Rachele Crispino, Valeria Cubeddu, Silvia Cudignoto, Samantha Curcio, Cinzia Maria Cutrì, Elisa Dall'Occhio, Ivana D'Amora, Giuseppina D'Andrea, Valeria D'Argenio, Laura De Giuseppe, Veronica De Nigris, Angela De Rosa, Gilda De Salvo, Chiara Del Bianco, Giuliana Delbene, Rosaria Di Bari, Valentina Di Basilico, Maria Anna Di Castro, Santina Di Donato, Linda Di Fede, Rosa Pina Di Monte, Angela Di Rito, Daria Diacci, Arianna Dinoi, Federica Diodicibus, Ilaria Domenici, Gabriele Donzello, Franca Dore, Elisabetta Elia, Mara Elia, Veronica Esposito, Giulia Fabbri, Giovanna Eleonora Fanara, Giorgia Fanton, Rosanna Fazio, Tatiana Ferrarini, Alessandra Lilia Ferraro, Patrizia Ferraro, Maria Ferraro, Isabella Ferrazzo, Angela Fontana, Enrica Fornasier, Cosima Fortunato, Michele Fragale, Stefania Francavilla, Mariachiara Frandina, Giovanni Franzese, Antonia Freda, Linda Friscina, Manuela Fulgoni, Niki Furegato, Cristina Fusaro, Simona Gabriele, Alessandra Galileo, Chiara Galli, Roberta Gallina, Berhana Gandolfo, Silvia Garofani, Annunziata Garri, Patrizia Gentile, Susi Gessaroli, Gigliola Ghezze, Valentina Ghirardini, Elena Emilia Giai, Daniela Gigante, Ramona Angela Gigliotti, Marcello Giuffrida, Mina Giuliano, Michela Goisis, Valentina Granata, Francesca Grassi, Vanessa Greco, Enrica Grossi, Giovanna Maria Grumo, Annamaria Guariglia, Mariantonietta Guerra, Olga Guerrazzi, Caterina Hreglich, Candida Iorio, Silvia Isabello, Giuseppa La Mela, Gianni La Montagna, Maria Dolores Lai, Stefania Lai, Angela Lamarca, Filomena

Lamberti, Linda Lamontanara, Loredana Lamontanara, Daniella Lancellotta, Carmen Landi, Luigina Landi, Daniela Lantieri, Mattei Laura, Sara Valeria Lazzaroni, Sarina Leocata, Francesca Lidoni, Maria Limblici, Antonietta Lo Gatto, Alessandra Lo Monaco, Maria Cristina Locci, Maria Lodovichi, Lucia Londei, Caterina Londino, Isabella Lonetto, Ida Luciani, Carmela Lullo, Antonella Lupica, Maria Teresa Maccarrone, Rita Mainolfi, Alessia Malizia, Simona Mamone, Eleonora Mancini, Valentina Mancini, Roberta Mancini, Valentina Mancini, Moira Manciocchi, Maria Rosa Nadia Manfreda, Adele Manzi, Antonella Eufrazia Manzi, Salvatore Marchese, Annalisa Marchesini, Marianna Marchi, Mariafelicia Marino, Vitalba Martino, Laura Masi, Luisa Mastella, Cristiana Mazzini, Alessia Mazzoli, Cristina Meazzo, Stefania Medda, Eliana Melegari, Guastini Melissa, Orianna Melotto, Laura Mercuri, Elisabetta Milani, Paola Milia, Marilena Minzatti, Rosa Mirante, Maria Carmela Missineo, Anna Mitrione, Carmela Morganella, Maria Rosaria Morleo, Laura Moro, Giuseppina Mozzillo, Sara Muggeo, Salvuccio Rosario Musarra, Samantha Musarra, Valeria Adriana Narcisi, Margherita Naso, Claudia Vittoria Nigro, Marianna Nistico', Brigida Noto, Paola Novelli, Maria Orlo, Marilisa Ortu, Emanuela Panarello, Alessandra Pantani, Mariangela Papapietro, Elena Parigi, Maria Concetta Parisi, Enrica Pasqual, Fabrizia Pellegrini, Patrizia Peluso, Maura Pesce, Giancarlo Pezzino, Raffaella Piantadosi, Antonella Piantadosi, Simona Piccione, Michelina Anna Picone, Rosa Pirrottina, Paola Pirruccio, Silvia Piscopiello, Elena Pistorello, Carolina Polignino, Rosetta Polizza, Maria Prete, Maria Teresa Prisco, Frnacesco Probo, Angela Puccio, Maria Rosaria Pugliese, Graziana Pulimeni, Giuseppa Quartararo, Ornella Racioppo, Francesca Ragusi, Lucia Ramunno, Patrizia Rapellini, Marilena Ricciardi, Annamaria Rinaldi, Antonio Riviello, Anna Paola Rizzo, Maria Cristina Rocconi, Vitantonio Roma, Eleonora Romano, Simona Romeo, Roberta Romeo, Maria Palma Romilio, Christian Ronconi, Paoluccia Rosa, Roberta Rosaspina, Letizia Rossi, Valentina Rossi, Rossella Ruggiero, Anna Russo,

Ester Sambrotta, Marzia Sanfratello, Eliana Santoiemma, Lucrezia Santoro, Maria Pia Sarti, Maria Antonietta Satta Giannichedda, Monia Savigni, Raffaella Scabbia, Sara Scanu, Loredana Scauzillo, Sabrina Schirru, Carmela Scudiero, Maria Antonietta Seu, Maddalena Sifo, Anna Simbula, Carmen Sorrenti, Franca Spinelli, Anna Spinello, Mariapia Stanco, Maria Rosa Stavolta, Donatella Strocchia, Simona Tacchi, Giuseppina Talarico, Fauzia Tebaldi, Nicoletta Tedesco, Anna Maria Termine, Lucia Tesauri, Caterina Testardo, Maria Todaro, Nike Tola, Sabrina Tordella, Maria Antonella Torino, Carolina Troilo, Maria Stella Urso, Alessandra Usai, Viotti Valentina, Ramona Valentini, Mirella Ventura, Maria Assunta Verazzo, Teresa Verde, Maria Antonia Verdiglione, Debora Vergine, Francesca Vergine, Cecilia Vianello, Giovanna Vicinanza, Ilaria Vignoli, Monica Vitali, Renata Voltolina, Marianna Zabatino, Antonietta Zaccaro, Maria Rosa Zappatore, Antonella Zichella, Fiorella Zingari, Marco Zucchelli, rappresentati e difesi dagli avvocati Michele Bonetti e Santi Delia, con domicilio eletto presso lo studio Michele Bonetti in Roma, via San Tommaso D'Aquino, n. 47;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Elena De Meo e Rosa Sigillò non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 7742/2017;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

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

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

2 - Il T.A.R. per il Lazio non ha accolto il ricorso, rilevando anche l'inammissibilità del ricorso per omessa tempestiva impugnazione del D.M. 235/2014.

3 – Con l'appello gli originari ricorrenti insistono per l'accoglimento del merito del ricorso, deducendo, con il primo motivo, l'erroneità dell'assunto del T.A.R. in merito alla presunta inammissibilità per omessa tempestiva impugnazione del D.M. 235/2014, poiché il D.M. n. 235/2014 sarebbe stato annullato con efficacia *erga*

omnes dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 16 aprile 2015, n. 1973, nella parte in cui non consente l'ingresso nelle G.A.E. dei diplomati magistrali, sicché non sarebbe possibile ravvisare una tardiva impugnazione di un atto già annullato.

3.1 – Secondo l'appellante, stante l'efficacia *erga omnes* della pronuncia n. 1973/15 innanzi citata, il D.M. 495/16 sarebbe nullo per elusione del giudicato; essendo nullo il D.M. 495/16 in parte qua, deve ritenersi illegittimo il diniego ai docenti in possesso di diploma magistrale, conseguito entro l'anno 2001/2002, all'ammissione in G.A.E. non essendoci alcun atto ministeriale utile a frapporre il relativo diniego.

3.2 – Nel merito, con il secondo motivo di appello, gli appellanti insistono nel prospettare il valore abilitante del titolo dagli stessi posseduto.

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

3.3 – Con il terzo motivo di appello, ripropongono la domanda di risarcimento in forma specifica volta all'ammissione in G.A.E., deducendo che il MIUR, prima del 2013, non solo negava l'esistenza del titolo abilitante con riguardo all'ingresso nelle graduatorie ma promuoveva persino dei percorsi abilitanti ad hoc per ottenere

un'abilitazione che, gli stessi partecipanti, di fatto avevano già; inoltre, alle procedure di inserimento ed aggiornamento, gli odierni appellanti non hanno potuto partecipare, in quanto privi di un riconosciuto titolo idoneo per accedervi.

3.4 – In via subordinata, gli appellanti deducono l'illegittimità del D.M. sull'aggiornamento delle Graduatorie di circolo e di Istituto nella parte in cui limita l'ammissione in I fascia ai soli “*soggetti aspiranti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento per il medesimo posto o classe di concorso al quale si riferisce la graduatoria di circolo o d'istituto*”, relegando in II fascia i ricorrenti in possesso di un titolo di abilitazione che consentirebbe l'ammissione in G.A.E. ove queste non fossero chiuse.

4 - Le questioni portate da parte appellante all'attenzione del Collegio sono state già affrontate e definite dalla Sezione in numerosi precedenti, (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, n. 2985 del 2020; n. 3802 del 2020) che si sono uniformati alle pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2017 e n. 4 e 5 del 2019 (da ultimo confermate dalla Corte di Cassazione, n. 3830/2021), le cui argomentazioni e conclusioni - da intendersi richiamate anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a – non consentono di poter apprezzare favorevolmente le censure, 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.

4.1 - In questa sede è sufficiente richiamarne i passaggi salienti dei precedenti citati: - il D.M. 235/2014 disciplina - come emerge chiaramente dal tenore letterale di ciascuno degli articoli di cui si compone - i criteri di massima per la permanenza, l'aggiornamento e la conferma dell'inclusione di coloro che sono già iscritti nella graduatoria. Il decreto si rivolge a soggetti determinati o, comunque, facilmente determinabili e i destinatari del D.M. sono esclusivamente i docenti già inseriti nelle graduatorie, i quali, evidentemente, sono gli unici soggetti che possono ottenere

l'aggiornamento della posizione o la conferma della stessa. Ne consegue che i destinatari del D.M. sono determinati sin dal momento della sua adozione e rappresentano una categoria chiusa, atteso che i criteri di aggiornamento hanno efficacia limitata nel tempo perché valgono solo per il triennio 2014-2017;

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

- il ridetto D.M. non è neppure iscrivibile nell'ambito della categoria degli atti amministrativi a contenuto generale che, sebbene privi (a differenza dell'atto normativo) dell'astrattezza, si caratterizzano per la generalità dei destinatari, intesa come indeterminabilità dei destinatari *ex ante*, ma non *ex post*, poiché il D.M. 235/2014, come si è già precisato, si rivolge a destinatari già noti al momento dell'adozione, ovvero tutti coloro e solo coloro che sono già inseriti nelle G.A.E.;

- l'accoglimento della domanda di annullamento del D.M. 235/2014 intervenuto ad opera della sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 1973 del 2015 non ha prodotto effetti *erga omnes*, perché è lo stesso dispositivo della sentenza di

annullamento che si premura di specificare che gli effetti dell'annullamento operano solo a vantaggio di coloro che hanno proposto il ricorso (a ciò consegue anche l'inconsistenza della prospettata violazione dei principi dell'affidamento, dell'equo processo e della certezza del diritto, di cui agli artt. 6 e 13 della CEDU, di cui alla memoria tardivamente depositata dall'appellante in data 17 maggio 2021);

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

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

consentendogli la partecipazione a procedure selettive riservate ai fini del conseguimento di un titolo idoneo a consentire l'iscrizione nelle graduatorie);

- non ha rilievo in senso contrario la previsione di cui all'art. 1 del d.l. 28 maggio 2004, n. 136, convertito dalla l. 27 luglio 2004, n. 186, secondo la quale è sufficiente per accedere alla graduatoria il titolo abilitante comunque posseduto, in quanto detta disposizione non fa alcun riferimento al valore abilitante del solo diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002; né, successivamente, l'art. 1-*quinqes* del d.l. 12 luglio 2018, n. 87 ha riconosciuto valore abilitante *ex se* al diploma magistrale, ma ha anzi ribadito la necessità di superare un concorso per accedere ai posti di insegnamento;

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

4.2 - La sentenza n. 5 del 2019 ha altresì precisato che non rileva la nota del 31 gennaio 2014 con cui la Commissione europea (in risposta ad una petizione presentata da un diplomato magistrale a fronte del rifiuto del MIUR di certificare la conformità del diploma magistrale alla direttiva 2005/36/CE), pur senza mettere minimamente in discussione quanto affermato dallo Stato italiano in ordine alla necessità di superare un concorso per essere assunti a tempo indeterminato presso

una scuola pubblica ha, ciò nonostante, ritenuto, che il diploma magistrale, pur non permettendo di accedere ai posti di insegnamento con contratti a tempo indeterminato nelle scuole pubbliche italiane, attribuisse, comunque, una qualifica professionale suscettibile di essere certificata, ai sensi della direttiva 2005/36/CE, per il riconoscimento all'estero.

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

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

b) l'impugnato D.M. 495/2016 non è dunque nullo, perché le sentenze del Consiglio di Stato di annullamento del D.M. 235/2014 non hanno efficacia *erga omnes* e non è neppure illegittimo, in quanto, correttamente, attiene alle sole procedure di aggiornamento nelle graduatorie e non, anche, alle procedure di inserimento nelle graduatorie medesime, posto che per l'inserimento occorre partecipare alle procedure selettive bandite e ciò vale anche per i diplomati magistrali che abbiano conseguito il diploma entro l'a.s. 2001/2002;

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

d) il valore legale del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 può essere riconosciuto solo in via "strumentale", nel senso, di consentire a coloro che lo hanno conseguito di partecipare alle sessioni di abilitazioni o ai concorsi pur se privi del diploma di laurea in scienze della formazione e quindi non costituisce titolo

sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo istituite dall'art. 1, comma 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296.

6 – In riferimento alle memorie depositate da parte appellante in data 17 maggio 2021 e 3 giugno 2021 deve rilevarsi in primo luogo la tardività rispetto ai termini di cui all'art. 73 del c.p.a., essendo a quella data già decorso il termine per il deposito di memorie, avuto riguardo alla data dell'udienza pubblica fissata per l'8 giugno 2021. Per giurisprudenza consolidata, tali termini sono imposti dalla legge non solo a garanzia del contraddittorio tra le parti, ma anche della corretta organizzazione del lavoro del giudicante e sono pertanto perentori (*ex multis* Cons. St. n. 4545/2013, n. 996/2013, 916/2013, 5649/2012, 1640/2012, 3252/2011, 984/2011). Alle memorie non può inoltre riconoscersi la natura di replica, avuto riguardo al fatto che parte appellata non ha depositato documenti e nemmeno memorie nei termini di cui al citato art. 73 citato (*cfr.* Cons. St. 6534/2019: “*Le memorie di replica sono previste e regolate dall'art. 73, comma 1, c.p.a. per il precipuo ed esclusivo fine di consentire di rispondere alle deduzioni contenute nelle nuove memorie depositate dalle controparti in vista dell'udienza di discussione; ne segue che la replica è inammissibile qualora controparte non abbia depositato memoria conclusionale e che il suo oggetto deve restare, comunque, contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria, onde evitare che si traduca in un mezzo per eludere il termine per il deposito delle memorie conclusionali, proponendo tardivamente argomenti che avrebbero dovuto trovare posto nella memoria per l'udienza di discussione*”).

In aggiunta, deve osservarsi che in data 17 maggio 2021 risultano depositate da parte appellante due memorie di contenuto diverso e della consistenza rispettivamente di 28 e 24 pagine, che, pertanto, si pongono in elusione e violazione del disposto di cui all'art. 13-ter comma 5, disp. att. c.p.a. e delle norme del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016 n. 167 (*cfr.* Cons. Stato sez. IV n. 3147/2021; sez. VI n. 2661/2021).

6.1 – Sotto altro profilo, deve in ogni caso rilevarsi l'inammissibilità delle doglianze contenute in tali memorie laddove integranti delle vere e proprie censure contro il decreto impugnato non dedotte con il ricorso di primo grado (come noto, non possono essere proposti in sede di appello nuovi motivi di ricorso, *cfr.* Cons. St., ad. plen., 19 dicembre 1983, n. 26; Cons. St., ad. plen., 19 dicembre 1972, n. 8). Anche i rilievi che si basano su fatti sopravvenuti alla proposizione del ricorso devono ritenersi inammissibili, non essendo stati introdotti con motivi aggiunti, ma essendo contenuti nelle memorie depositate in data 17 maggio 2021 e 3 giugno 2021, non notificate alla controparte.

6.2 – Sempre in riferimento a tali memorie, quanto agli argomenti con i quali, con diversi accenti, l'appellante prospetta l'incompatibilità della ricostruzione sistematica effettuata dall'Adunanza Plenaria con i superiori principi dell'ordinamento comunitario, oltre ai profili di inammissibilità già evidenziati, deve in ogni caso rilevarsi l'infondatezza come di seguito meglio specificato.

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

L'Adunanza Plenaria, 20 dicembre 2017, n. 11 ha precisato come: *“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”.

In questa sede deve ribadirsi che dall’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 e dalla sentenza Mascolo (che si è occupata del dovere di evitare abusi nella predisposizione di contratti a termine) 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. da ultimo 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''.

7.1 – In riferimento a quest'ultima precisazione, va ricordato, dovendosi sul punto disattendere la doglianza facente leva sul supposto 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. La Corte europea 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 dei collaborazioni flessibili con la pubblica amministrazione, ma anche dallo speciale regime risarcitorio (*cfr.* Cass., sez. un., 15 marzo 2016 n. 5072).

7.2 - Quanto alla doglianza incentrata sulla violazione del principio di libera circolazione e della direttiva 2005/36/CE, essa è già stata respinta più volte da questa Sezione (*cfr.* Consiglio Stato, sez. VI, n. 364 del 2016 e n. 1524 del 2018). 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 che viene in rilievo 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.* sentenza n. 1516/2017; n. 6918/2018; 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, VIII, 17-12-2009, n. 586). 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 comunitaria 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.

7.3 – Non è dato infine comprendere in che termini il provvedimento impugnato 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.

Non risulta parimenti dato comprendere il significato della richiesta di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dal momento che parte appellante non individua uno specifico quesito da sottoporre alla Corte di giustizia e non delinea in modo compiuto quale sia l'atto comunitario che necessiti dell'interpretazione della Corte di Giustizia o la specifica

disposizione nazionale rispetto alla quale si ponga un problema di compatibilità con il diritto comunitario.

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

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

9 - Tali univoci approdi valgono anche a superare i rilievi – comunque tardivi ed inammissibili per le ragioni già esposte - facenti leva sull'art. 59 del D.L. 25 maggio

2021, n. 73 e sull'istituzione delle G.P.S. di cui al Decreto 10 luglio 2020, n. 60 *“procedure di istituzione delle graduatorie provinciali e di istituto di cui all'articolo 4, commi 6-bis e 6-ter, della legge 3 maggio 1999, n. 124 e di conferimento delle relative supplenze per il personale docente ed educativo”*, da cui, secondo parte appellante, si desumerebbe la natura abilitante del titolo dagli stessi posseduto.

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

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

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

10 – Deve infine essere esclusa la sussistenza dei presupposti per dichiarare la cessazione della materia del contendere o l'improcedibilità del ricorso, come

richiesto da parte appellante nella seconda memoria depositata in data 17 maggio 2021.

Si è già detto dei plurimi profili di inammissibilità che caratterizzano tale deposito, in ogni caso l'accennata prospettazione non risulta condivisibile (come indirettamente confermato dal fatto che parte appellante non ha abbandonato il giudizio o rinunciato al ricorso, come sarebbe stato prospettabile laddove la sua pretesa sostanziale fosse stata effettivamente e pacificamente riconosciuta dall'amministrazione).

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

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

Qualora l'Amministrazione adotti in pendenza del giudizio un atto soddisfacente dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso in primo grado, al fine di ricostruire gli effetti sostanziali e processuali riconducibili alla decisione amministrativa

sopravvenuta, occorre verificare se l'Amministrazione si sia determinata autonomamente ovvero in mera esecuzione di un ordine giudiziale, pronunciato al fine di cautelare – nelle more della definizione della controversia nel merito – la situazione giuridica soggettiva vantata dalla parte ricorrente. Mentre nella prima ipotesi l'Amministrazione detta una *regula iuris* del rapporto amministrativo tendenzialmente stabile, definita nel perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, alla stregua di valutazioni ed accertamenti rimessi alla sua potestà provvedimentale, non esaurita per effetto della pendenza del giudizio; nella seconda ipotesi, il provvedimento sopravvenuto viene assunto al solo fine di ottemperare ad un comando giudiziale (di regola, propulsivo), realizzando, per l'effetto, un assetto di interessi per propria natura interinale, destinato ad essere caducato in caso di esito del giudizio favorevole all'Amministrazione procedente.

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

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

10.2 – Tanto precisato, non esaurisce la materia del contendere, né esclude la permanenza dell'interesse alla decisione e la procedibilità del giudizio, il fatto che gli

appellanti, nelle more, siano stati assunti, avuto riguardo al fatto che tale evenienza, laddove comunque conseguente ad un provvedimento cautelare del Giudice, è ontologicamente instabile e, dunque, destinata ad essere superata e, se del caso, travolta dalla successiva pronuncia di merito.

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

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

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

Più in generale, dal tenore di tali atti di micro organizzazione, assunti da ciascun dirigente in veste di datore di lavoro – sui quali deve oltretutto escludersi la

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

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

Per tale ragione, ai fini del presente giudizio non può essere utilmente apprezzato neppure l'argomento facente leva sul fatto che l'amministrazione, procedendo alle ulteriori attività, prodromiche e successive alla conferma in ruolo, in completa autonomia avrebbe confermato l'adeguatezza professionale degli appellanti.

Oltretutto, nel caso di specie, la questione per cui è causa attiene alla valutazione di un titolo, ovvero alla sussistenza di un requisito necessario per poter accedere alle

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

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

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

merito, come è nella logica del rapporto tra tutela cautelare e definizione del giudizio di merito.

La giurisprudenza, in casi simili, si è già espressa nel senso che: *“l’ammissione con riserva, anche quando il concorrente abbia superato le prove e risulti vincitore del concorso, è un provvedimento cautelare che non fa venir meno l’interesse alla definizione del ricorso nel merito, poiché tale ammissione è, appunto, subordinata alla verifica della fondatezza delle sue ragioni e, cioè, “con riserva” di accertarne la definitiva fondatezza nel merito, senza, però, pregiudicare nel frattempo la sua legittima aspirazione a sostenere le prove”* (Cons. St., sez. III, 16 giugno 2015, n. 3038; *cfr.* anche Cons. Stato, III, 6 maggio 2016, n. 1839, 8 giugno 2016, n. 2448).

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

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

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

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

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

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

11.1 – In definitiva, l'appello va dichiarato in parte improcedibile (con riferimento agli appellanti che hanno reso la dichiarazione di rinuncia alla coltivazione del giudizio di appello) e in parte va respinto.

Le spese di lite, considerata la complessità delle questioni trattate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) dichiara in parte improcedibile l'appello ed in parte lo respinge, compensando le spese di lite.

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

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

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO