

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato conferma che il solo possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo istituite dall'articolo 1, comma 605, lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza, 27 febbraio 2019, n. 5 – Pres. Patroni Griffi, Est. Giovagnoli

Pubblica istruzione – Graduatorie ad esaurimento – Diploma magistrale – Sopravvenienza normativa – Permanenza dell'interesse all'inserimento.

Giudicato amministrativo – Effetti *ultra partes* – Indivisibilità degli effetti del giudicato – Esclusione per gli effetti conformativi, ordinatori, additivi o di accertamento della fondatezza della pretesa azionata.

Pubblica istruzione – Graduatorie ad esaurimento – Annullamento dei decreti ministeriali di aggiornamento delle GAE – Effetti solo tra gli originari ricorrenti.

Pubblica istruzione – Decreti ministeriali di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento – Autonoma impugnabilità – Effetto lesivo – Esclusione.

Giustizia amministrativa – Ricorso – Termine – Decorrenza – Piena conoscenza atto lesivo – Erroneo convincimento infondatezza pretesa – Irrilevanza.

Pubblica istruzione – Graduatorie ad esaurimento – Diploma magistrale – Insufficienza del titolo.

Giustizia amministrativa – Principio di diritto formulato dall'Adunanza plenaria – Irretroattività – Condizioni.

L'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

L'art. 26, comma 6, d.lgs. 13 aprile 2017, n. 62, e l'art. 4, decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, non hanno determinato la sopravvenuta carenza di interesse dei titolari di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002, ad ottenere l'inserimento nelle GAE, atteso che le GAE continuano a costituire canale di accesso per la copertura dei posti vacanti del personale docente ed educativo nelle scuole primarie e dell'infanzia (1).

*Il giudicato amministrativo ha di regola effetti limitati alle parti del giudizio e non produce effetti a favore dei cointeressati che non abbiano tempestivamente impugnato. I casi di giudicato con effetti *ultra partes* sono eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l'indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l'esistenza di un legame altrettanto inscindibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile, logicamente, ancor prima che giuridicamente, che l'atto annullato possa*

continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato. Per tali ragioni deve escludersi che l'indivisibilità possa operare con riferimento a effetti del giudicato diversi da quelli caducanti e, quindi, per gli effetti conformativi, ordinatori, additivi o di accertamento della fondatezza della pretesa azionata, che operano solo nei confronti delle parti del giudizio (2).

L'annullamento dei decreti ministeriali di aggiornamento delle GAE (in particolare del d.m. n. 235 del 2014), nella parte in cui non consentono ai diplomati magistrali l'inserimento in graduatoria, produce un effetto non propriamente caducante (stante l'assenza nel d.m. di alcuna previsione, suscettibile di essere caducata, diretta a disciplinare l'accesso in graduatoria da parte di chi non sia già inserito), ma, sostanzialmente, di accertamento della pretesa all'inserimento e, di conseguenza, determina un effetto additivo/conformativo: tale giudicato, pertanto, a prescindere dalla natura giuridica dei decreti ministeriali, non si estende a soggetti diversi dagli originari ricorrenti(3).

Ai diplomati magistrali che non abbiano presentato tempestivamente domanda per l'inserimento nelle GAE o che non abbiano tempestivamente impugnato l'atto con cui la loro domanda è stata respinta, è preclusa l'impugnazione dei decreti ministeriali che si limitano a prevedere i criteri per l'aggiornamento delle GAE, atteso che detti decreti di aggiornamento non producono alcun effetto lesivo nei loro confronti, né è possibile individuare in essi la fonte (o la rinnovazione) dell'effetto lesivo consistente nell'esclusione dalle graduatorie (4).

Il termine per impugnare il provvedimento amministrativo decorre dalla piena conoscenza dell'atto e dei suoi effetti lesivi e non assume alcun rilievo, al fine di differire il dies a quo di decorrenza del termine decadenziale, l'erroneo convincimento soggettivo dell'infondatezza della propria pretesa. Deve, pertanto, escludersi, che il sopravvenuto 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 (5).

Il possesso del solo diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo istituite dall'articolo 1, comma 605, lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (6).

L'istituto del c.d. prospective overruling (che limita la retroattività dell'interpretazione giurisprudenziale) non può invocarsi per giustificare la perdurante applicazione di un orientamento interpretativo non espressione di un diritto vivente, perché sviluppatosi in un arco temporale di pochi mesi e perché fondato su premesse processuali e conclusioni sostanziali che presentano profili di contrarietà a consolidati indirizzi giurisprudenziali di segno opposto, specie quando l'irretroattività della nuova esegesi avrebbe l'effetto di sacrificare la legittima aspettativa di un'amplia platea di soggetti controinteressati, producendo così effetti in danno degli stessi. Non ricorrono, pertanto, i presupposti per modulare in maniera non retroattiva l'efficacia temporale dei principi di diritto enunciati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 11 del 2017 (7).

(1-7) I. – Con la sentenza in epigrafe (analoga alla sentenza 27 febbraio 2019, n. 4), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nel riprendere alcune delle conclusioni cui era pervenuta con la sentenza 20 dicembre 2017, n. 11 (in *Foro amm.*, 2017, 2365, nonché oggetto della *News US* in data 29 dicembre 2017, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), conferma, tra l'altro, che il possesso del solo diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo, istituite dall'articolo 1, comma 605, lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Evidenzia, inoltre, che le sopravvenienze normative che hanno introdotto nuove forme di reclutamento per la categoria dei diplomati magistrali non hanno fatto venire meno l'interesse dei ricorrenti all'impugnazione delle graduatorie ad esaurimento (GAE) in quanto le stesse graduatorie continuano a costituire un canale di accesso per la copertura dei posti vacanti del personale docente ed educativo nelle scuole primarie e dell'infanzia.

Per quanto concerne gli effetti del giudicato amministrativo, con specifico riferimento all'annullamento dei decreti ministeriali di aggiornamento delle GAE, osserva che l'annullamento non produce un effetto caducante della graduatoria, ma di accertamento della pretesa all'inserimento, con la conseguenza che il giudicato, avendo un effetto additivo/conformativo, non si estende a soggetti diversi dagli originari ricorrenti.

In relazione all'impugnabilità dei decreti di aggiornamento delle GAE, osserva il collegio che gli stessi non producono alcun effetto lesivo nei confronti dei ricorrenti, dovendo tale effetto essere collegato all'originaria esclusione, con la conseguenza che i diplomati magistrali che non hanno presentato tempestivamente domanda per l'inserimento nelle GAE e non hanno tempestivamente impugnato l'atto con cui la loro domanda è stata respinta non possono impugnare i decreti ministeriali di aggiornamento citati, né al fine di differire il *dies a quo* di decorrenza del termine decadenziale rileva l'erroneo convincimento soggettivo dell'infondatezza della propria pretesa.

Infine, l'Adunanza plenaria descrive le ipotesi in cui è applicabile il c.d. *prospective overruling* che limita la retroattività dell'interpretazione giurisprudenziale, escludendo che l'istituto possa invocarsi per giustificare la perdurante applicazione di un orientamento interpretativo non espressione di un diritto vivente, anche in relazione al sacrificio che l'irretroattività della nuova esegesi produrrebbe in capo ai controinteressati.

II. – Nel caso esaminato dall'Adunanza plenaria, i ricorrenti impugnavano il d.m. 12 giugno 2017, n. 400, recante le procedure per l'aggiornamento e l'integrazione delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo relative al triennio 2014-2017, lamentandone l'illegittimità nella parte in cui non consentiva l'inserimento nelle

graduatorie stesse dei soggetti in possesso di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

Il ricorso era respinto dal T.a.r. per il Lazio e la sentenza era impugnata dai ricorrenti.

Con ordinanza il Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2018, n. 6885 (oggetto della News US, in data 4 gennaio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), nel sollecitare una rimeditazione dei principi di diritto espressi dall'Adunanza plenaria n. 11 del 2017 (cit.), ha rimesso alla plenaria sette questioni di diritto (sulle quali si veda *infra*).

III. – Premessa la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, il Collegio osserva che:

- a) sono inammissibili gli interventi *ad adiuvandum* (di docenti precari in situazione analoga a quella dei ricorrenti e della Federazione Uil scuola) e *ad opponendum* (diplomati magistrali abilitati all'insegnamento e iscritti nelle GAE) proposti, in quanto:
 - a1) per quanto riguarda gli interventi *ad adiuvandum* dei diplomati magistrali in posizione analoga a quella degli appellanti, le proposte domande di intervento non sono riconducibili ad alcuna delle figure cui tipicamente si riferisce l'istituto dell'intervento nel processo amministrativo ai sensi degli artt. 28 e 97 c.p.a.; in particolare, non è sufficiente la sola circostanza per cui il proponente sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella esaminata nel procedimento principale per legittimare l'intervento; l'intervento nel processo amministrativo può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale; nel caso di specie, tale presupposto non ricorre essendo pacifica la piena indipendenza fra la posizione dei docenti che richiedono l'intervento e gli appellanti principali;
 - a2) sempre con riferimento agli intervenienti *ad adiuvandum*, il vincolo procedurale del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria non incide sul diritto di difesa degli stessi in quanto si tratta di un vincolo solo processuale e negativo, nel senso che qualora la sezione semplice non condivide il principio affermato dall'Adunanza plenaria non è tenuta ad applicarlo, ma deve rimettere la causa alla stessa plenaria per sollecitare una rivisitazione della questione;
 - a3) con riferimento agli intervenienti *ad opponendum*, questi non fanno valere una posizione di controinteresse in senso tecnico, ma il loro interesse è essenzialmente legato alla risoluzione della questione giuridica e al fatto che la revisione dei principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria nel 2017 possa determinare futuri ed eventuali inserimenti in graduatoria

in danno della loro attuale posizione; il loro interesse è di mero fatto e il pregiudizio dedotto è solo potenziale;

- a4) con riferimento alla UIL Scuola, le associazioni sindacali sono legittimate a intervenire in giudizio solo quando venga invocata la lesione di un interesse omogeneo comune all'intera categoria e non anche quando si verta su questioni concernenti singoli iscritti o capaci di divedere la categoria in posizioni contrastanti, in quanto l'interesse collettivo dell'associazione deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con interessi di singoli associati o di gruppi di associati;
- b) l'interesse alla decisione del ricorso persiste in capo ai ricorrenti:
 - b1) anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 26, comma 6, d.lgs. 13 aprile 2017, n. 62, che ha previsto che, a partire dal primo settembre 2018, cessano di avere efficacia le disposizioni del d.P.R. n. 323 del 2018 e dall'art. 4, d.l. n. 87 del 2018 che ha stabilito, al comma 1-ter, che i posti dei docenti vacanti e disponibili nella scuola primaria e dell'infanzia sono coperti per il 50% attingendo dalle GAE e per almeno il restante 50% attraverso lo scorrimento delle graduatorie di merito descritte nella medesima disposizione;
 - b2) in quanto, l'inserimento nelle GAE consentirebbe ai diplomati magistrali di rientrare nel canale di reclutamento dei docenti della scuola primaria e dell'infanzia che avviene attingendo dalle stesse GAE;
- c) per quanto concerne la natura giuridica dei decreti di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento e, in particolare, del d.m. n. 235 del 2014 e gli effetti del loro annullamento giurisdizionale:
 - c1) la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973 del 2015, accogliendo il ricorso proposto da alcuni diplomati magistrali, ha disposto l'annullamento del d.m. n. 235 del 2014, nella parte in cui non consentiva loro di ottenere l'inserimento nelle GAE;
 - c2) l'ordinanza di rimessione sostiene che i decreti di aggiornamento avrebbero natura normativa con conseguente efficacia *erga omnes* della sentenza che ne ha previsto l'annullamento;
 - c3) secondo il collegio, il d.m. in questione disciplina i criteri di massima per la permanenza, l'aggiornamento e la conferma dell'inclusione di coloro che sono già iscritti nella graduatoria; si rivolge, pertanto, a soggetti determinati o facilmente determinabili, rappresentati dai soggetti già inseriti nelle graduatorie che sono gli unici che possono ottenere l'aggiornamento della loro posizione o la conferma della stessa; i

- destinatari sono determinati sin dal momento dell'adozione del d.m. e rappresentano una categoria chiusa; i criteri di aggiornamento hanno, tra l'altro, una efficacia limitata nel tempo;
- c4) tali caratteristiche sono incompatibili con la natura normativa dell'atto perché mancano l'astrattezza, la generalità e l'innovatività;
 - c5) il d.m. ha ad oggetto una vicenda amministrativa specifica e temporalmente circoscritta, ha destinatari determinati e non innova l'ordinamento giuridico, limitandosi a fissare i criteri di massima per l'aggiornamento delle graduatorie la cui applicazione è limitata nel tempo;
 - c6) alla conclusione del carattere non normativo del d.m. deve pervenirsi anche analizzandone il procedimento di approvazione seguito;
 - c7) il d.m. n. 235 del 2014 non è neanche un atto amministrativo generale, in quanto si rivolge a destinatari già noti al momento dell'adozione e non indeterminabili *ex ante*, ma è qualificabile come un atto amministrativo collettivo;
 - c8) l'oggetto del d.m. n. 235 del 2014 è rappresentato dalla indicazione dei criteri e delle procedure per aggiornare le graduatorie e, non rivolgendosi a coloro che non sono stati inseriti nelle graduatorie, non ha nei loro confronti un effetto escludente;
 - c9) i diplomati magistrali non inseriti nelle GAE avrebbero dovuto partecipare a una delle procedure bandite dal Ministero per l'inserimento nelle graduatorie ed, eventualmente, a fronte del mancato accoglimento della domanda presentata, far valere le loro ragioni impugnando tempestivamente il provvedimento con cui si negava detto inserimento;
- d) ancora con riferimento agli effetti dell'annullamento giurisdizionale del d.m. n. 235 del 2014 la citata sentenza n. 1973 del 2015 del Consiglio di Stato non ha effetti *erga omnes* in quanto:
- d1) lo stesso dispositivo della sentenza di annullamento specifica che gli effetti dell'annullamento operano solo a vantaggio di coloro che hanno proposto ricorso;
 - d2) il giudicato amministrativo opera solo *inter partes* ai sensi dell'art. 2909 c.c.;
 - d3) i casi di effetti *ultra partes* del giudicato amministrativo sono eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità del vizio dedotto o della inscindibilità degli effetti dell'atto, nel senso che deve sussistere un legame indivisibile tra le posizioni dei destinatari, tale da rendere inconcepibile, logicamente ancor prima che giuridicamente, che l'atto

annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato;

- d4) secondo l'orientamento tradizionale, gli effetti inscindibili del giudicato amministrativo possono dipendere: dal tipo di atto annullato; sia dal tipo di atto annullato che dal tipo di vizio dedotto; dal tipo di effetto che il giudicato produce e di cui si invoca l'estensione;
- d5) pertanto, produce effetti *ultra partes*: l'annullamento di un regolamento, anche argomentando dall'art. 14, comma 3, d.P.R. n. 1199 del 1971; l'annullamento di un atto plurimo inscindibile (decreto di esproprio di un bene in comunione); l'annullamento di un atto plurimo scindibile, se il ricorso viene accolto per un vizio comune alla posizione di tutti i destinatari; l'annullamento di un atto che provvede unitariamente nei confronti di un complesso di soggetti;
- d6) in tutti i casi indicati, tuttavia, l'inscindibilità riguarda il solo effetto caducatorio, perché è solo rispetto a esso che viene a crearsi la situazione di incompatibilità logica che un atto inscindibile possa non esistere più per taluno e continuare a esistere per altri;
- d7) diverso è il discorso per gli altri effetti del giudicato amministrativo (accertamento della pretesa, ordinatori, conformativi), che operano solo *inter partes*, essendo solo le parti legittimate a far valere la violazione dell'obbligo conformativo o dell'accertamento della pretesa contenuto nel giudicato;
- d8) nel caso di specie, le sentenze che hanno accolto i ricorsi contro il d.m. n. 235 del 2014, malgrado rechino un dispositivo di annullamento, non annullano l'atto impugnato, ma accertano la pretesa dei ricorrenti all'inserimento nelle GAE, con conseguenti effetti conformativi nei confronti del MIUR; si tratta, quindi, di sentenze non caducatorie, ma additive/ordinatorie, fondate sull'accertamento della fondatezza della pretesa di ottenere l'iscrizione in graduatoria;
- d9) inoltre, mentre generalmente la questione della inscindibilità degli effetti del giudicato di annullamento si pone nei confronti degli altri destinatari degli effetti dell'atto annullato, in questo caso l'inscindibilità è invocata rispetto a soggetti estranei all'ambito soggettivo di applicazione del d.m., cioè i titolari di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 non inseriti in GAE e, quindi, non interessati ai criteri di aggiornamento disciplinati dal decreto;
- d10) *"in breve, l'effetto di cui si invoca la inscindibilità (e, quindi, l'efficacia erga omnes) non è quello caducatorio tipico della sentenza di annullamento, ma,*

appunto, quello di accertamento (e additivo/ordinatorio). E i soggetti rispetto ai quali si invoca l'inscindibilità delle posizioni non sono gli originari destinatari del provvedimento (i docenti inseriti nelle GAE), rispetto ai quali il potere amministrativo è stato già esercitato, ma i soggetti originariamente non contemplati dal decreto, rimasti estranei alle GAE, e in possesso del solo diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002";

- d11) pertanto, la sentenza che accoglie il ricorso avverso il d.m. n. 235 del 2014 non ha efficacia *erga omnes* e non produce un effetto caducante;
- e) la sentenza di annullamento del d.m. n. 235 del 2014 non ha l'effetto di rimettere in termini i ricorrenti rispetto all'impugnazione del d.m. n. 400 del 2017, con conseguente irricevibilità dei ricorsi proposti dagli originari ricorrenti, in quanto:
- e1) il *dies a quo* per impugnare il provvedimento amministrativo decorre dalla piena conoscenza dell'atto lesivo; si può discutere se rilevi la conoscenza o la conoscibilità delle ragioni di illegittimità, ma non è sostenibile che il termine per impugnare possa essere differito fino alla pronuncia di una sentenza che accerti tale illegittimità;
 - e2) nel caso di specie, i ricorsi sono stati comunque proposti oltre la scadenza del termine di sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza di annullamento n. 1973 del 2015;
- f) la particolare importanza delle questioni di merito sottoposte dall'ordinanza di rimessione impone, comunque, di esaminarle ai sensi dell'art. 99 comma 5, c.p.a., malgrado l'irricevibilità dei ricorsi, e con riferimento al valore abilitante all'insegnamento del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002:
- f1) in base all'art. 15, comma 7, del d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323, il diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 può solo consentire a coloro che lo hanno conseguito di partecipare alle sessioni di abilitazione o ai concorsi, pur se privi del diploma di laurea in scienze della formazione, istituito con d.P.R. 31 luglio 1996, n. 471;
 - f2) la disposizione, pertanto, in via transitoria, consente ai diplomati magistrali di partecipare alle sessioni di abilitazioni o ai concorsi pur se privi del diploma di laurea nel frattempo istituito dal legislatore;
 - f3) sin dalla loro originaria configurazione le graduatorie permanenti, poi trasformate in graduatorie ad esaurimento, sono state riservate ai docenti che vantassero un titolo abilitante ulteriore rispetto al titolo di studio;

- f4) il legislatore ha, nel tempo, introdotto specifiche procedure selettive finalizzate al conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento che, ritenendo il diploma magistrale abilitante di per sé, sarebbero risultate inutili;
- f5) l'art. 4, comma 1-*quinquies*, lett. b), del d.l. n. 87 del 2018, che, nel disciplinare i requisiti di accesso al concorso straordinario per il reclutamento dei docenti della scuola primaria e dell'infanzia, prevede che ad esso possono partecipare, oltre ai laureati in scienze della formazione, *“i possessori di diploma magistrale con valore di abilitazione o analogo titolo conseguito all'estero e riconosciuto in Italia ai sensi della normativa vigente, conseguiti, comunque, entro l'anno scolastico 2001/2002, purché i docenti in possesso dei predetti titoli abbiano svolto, nel corso degli ultimi otto anni scolastici, almeno due annualità di servizio specifico, anche non continuative, su posto comune o di sostegno, presso le istituzioni scolastiche statali, valutabili come tali ai sensi dell'art. 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124”*, non riconosce valore abilitante al diploma magistrale, ma ha ribadito la necessità di superare un concorso per accedere ai posti di insegnamento;
- g) in relazione alla possibilità di differire nel tempo, in applicazione del principio del c.d. *prospective overruling*, gli effetti dei principi di diritto enunciati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 11 del 2017:
 - g1) manca, nel caso di specie, il presupposto fondamentale dell'istituto dell'esistenza di un orientamento consolidato costituente diritto vivente che viene imprevedibilmente modificato dalla nuova esegesi;
 - g2) gli stessi ricorrenti rappresentano che fino alla sentenza n. 1973 del 2015 del Consiglio di Stato (cit.) non era conoscibile l'illegittimità della loro esclusione dalle GAE e, quindi, fino a quel momento non poteva esistere alcuna aspettativa;
 - g3) l'orientamento inaugurato dalla citata sentenza non è mai divenuto diritto vivente;
 - g4) con riferimento alle ripercussioni socio-economiche della sentenza n. 11 del 2017 dell'Adunanza plenaria (cit.), anche a non voler considerare che siffatte valutazioni spettano al legislatore e non al giudice, non si può non evidenziare che alla base del contenzioso in esame vi sia un conflitto tra diverse categorie di docenti precari, titolari di interessi fra loro confliggenti (i titolari del solo diploma magistrale e coloro che oltre al diploma hanno superato un concorso o un esame abilitante o comunque conseguito la laurea in scienza della formazione); consentire l'accesso

nelle GAE a una categoria significa penalizzare la seconda. *“Non avrebbe senso allora conservare gli effetti nel tempo di una interpretazione errata (quella sul valore abilitante ex se del diploma magistrale) al fine di evitare ripercussioni sociali che, comunque, si produrrebbero a danno di altri soggetti. E il risultato sarebbe ancora più negativo, perché il prezzo delle ripercussioni sociali evitate (per tutelare una aspettativa illegittima) ai diplomati magistrali senza titoli ulteriori sarebbe il sacrificio delle aspettative (questa volta legittime) dei diplomati magistrali abilitati all’insegnamento in seguito a concorso o dei laureati in scienza delle formazione”.*

IV. – Per completezza si segnala che:

h) l’ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 4 dicembre 2018, n. 6885 (cit.), ha deferito all’Adunanza plenaria le seguenti questioni:

- h1) *“qual debba essere la definizione normativa dei DM che dispongono gli aggiornamenti delle GAE e se la sopravvenienza ora per allora d’un titolo legittimante l’iscrizione imponga al MIUR la piena delibazione di legittimità sulla relativa domanda, al di là sia della forma materiale (informatica, o no di essa), sia dell’eventuale adizione dell’AGO, in funzione di Giudice del lavoro, da parte dello stesso titolare”;*
- h2) *“se la definizione dei DM, in base a quanto indicato dalla Corte regolatrice e chiarito dianzi, quali atti generali per l’esecuzione della legge implichino, in caso di reiterati annullamenti giurisdizionali, la rimessione in termini dei soggetti, che intendano far valere il titolo legittimante, per far constare, ai sensi degli artt. 30 e 114 c.p.a., la nullità del DM che, in sede di riemanazione, replichi tal quale il vizio di legittimità che ha determinato l’annullamento del precedente provvedimento”;*
- h3) *“se di conseguenza l’indicazione della Corte regolatrice induca a superare, in corretta applicazione del principio d’effettività della tutela, ogni ipotesi di decadenza connessa a vicende pregresse e se, quindi, un atto amministrativo generale e nullo sia in grado di definire rapporti comunque inerenti all’acquisizione di posizioni di status connessi al valore legale del titolo di studio”;*
- h4) *“se la natura abilitante del diploma magistrale, così definito dalle norme regolatrici del valore legale del titolo conseguito in esito ad un corso di studi nel periodo transitorio indicato da siffatte norme ed in attesa della definitiva trasformazione delle procedure abilitanti per gli aspiranti docenti, dovendosi collegare tali disposizioni al sistema del reclutamento di questi ultimi che però ne resta distinto, essendo stato (e per certi versi essendo tuttora) disciplinato a sua*

volta come sistema misto, ossia concorsuale o per titoli di servizio mediante attingimento dalle GAE fino al loro esaurirsi, con conseguente minor enfasi sul concorso pubblico e con maggior attenzione sulla formazione in continuo divenire del docente, anche attraverso esperienze certificate sul campo”;

h5) *“se il limite temporale del predetto regime transitorio, ormai cessato per legge, determini, esso sì, decadenze e si riverberi sull’attualità dell’interesse azionato”;*

h6) *“se si possa escludere, come sopra argomentato, ogni conflitto attuale o potenziale tra la presente controversia ed i regimi di reclutamento straordinario indicati nell’art. 4 del DL 87/2018”;*

i) in relazione alle vicende processuali che hanno caratterizzato il giudizio in esame:

i1) Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 12 novembre 2018, n. 5383, in relazione al medesimo procedimento, ha sospeso gli effetti della sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. III *bis*, 11 gennaio 2018, n. 276;

i2) Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 13 dicembre 2018, n. 2 (oggetto della News US, n. 2 del 4 gennaio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), non ritenendo esaurita la fase cautelare e non ravvisando nelle more elementi sufficienti per discostarsi, in sede cautelare, dai principi di diritto enunciati dall’Adunanza plenaria con sentenza n. 11 del 2017, ha respinto l’istanza di sospensione degli effetti della sentenza appellata, revocando al contempo la misura cautelare provvisoria concessa dalla sesta sezione. Il collegio ha ancora precisato che *“la fase processuale che si svolge innanzi all’Adunanza plenaria rappresenta la continuazione del giudizio pendente davanti alla Sezione rimettente (tanto che l’art. 99, comma 4, consente all’Adunanza plenaria di decidere l’intera controversia, salvo che ritenga di enunciare solo il principio di diritto); pertanto, la pubblicazione dell’ordinanza di rimessione all’Adunanza plenaria non può essere equiparata, ai fini della decorrenza di un nuovo termine a difesa ex art. 55, comma 5, Cod. proc. amm., alla proposizione del ricorso introduttivo di un autonomo giudizio, inserendosi, al contrario, in via incidentale, nell’ambito del medesimo processo già incardinato presso la Sezione rimettente”;*

i3) negli stessi termini la plenaria si è pronunciata con la coeva ordinanza cautelare 13 dicembre 2018, n. 1, su analoga questione decisa - in senso opposto - dal T.a.r. per il Lazio, sezione staccata di Latina, con sentenza 27 marzo 2018, n. 172 e deferita alla plenaria direttamente dal Presidente del Consiglio di Stato con proprio decreto n. 163 del 20 novembre 2018, ai sensi dell’art. 99, comma 2, c.p.a., pervenendo ad una decisione di accoglimento della domanda cautelare, avanzata questa volta dal

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca che, soccombente in primo grado, aveva chiesto la riforma della sentenza del T.a.r., lamentandone la difformità dai principi espressi dalla plenaria n. 11 del 2017;

j) sull'insufficienza del diploma magistrale al fine di ottenere l'inserimento nelle GAE, si veda Cons. Stato, Ad. plen., 20 dicembre 2017, n. 11 cit., secondo cui, tra l'altro:

j1) *“Il termine per impugnare il provvedimento amministrativo decorre dalla piena conoscenza dell'atto e dei suoi effetti lesivi e non assume alcun rilievo, al fine di differire il dies a quo di decorrenza del termine decadenziale, l'erroneo convincimento soggettivo dell'infondatezza della propria pretesa; deve, pertanto, escludersi, fatta eccezione per l'ipotesi degli atti plurimi con effetti inscindibili, che il sopravvenuto 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”;*

j2) *“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 dall'art. 1, comma 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296”;*

j3) l'annullamento dell'atto lesivo contestato da altri soggetti non può avere l'effetto di rimettere in termini tutti coloro che, cointeressati, non hanno impugnato nei termini di decadenza i provvedimenti di esclusione o, addirittura, non hanno presentato neanche una tempestiva domanda di inserimento in graduatoria; tanto, per evitare il rischio di riaprire una serie indefinita di rapporti amministrativi, sebbene già “esauriti” in conseguenza sia della mancata presentazione di una tempestiva domanda sia della tardività con cui, comunque, è stata fatta valere l'illegittimità dell'asserito provvedimento lesivo;

j4) la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973 del 2015, che ha annullato il d.m. n. 235 del 2014, non ha efficacia *erga omnes*, sia perché così espressamente ha statuito, sia perché la retroattività degli effetti derivanti dall'annullamento di tale decreto incontra il limite dei rapporti giuridici esauriti: nella specie, l'omessa tempestiva contestazione del mancato inserimento nelle graduatorie (e, ancor prima, l'omessa presentazione di una tempestiva domanda di inserimento) ha determinato l'esaurimento del relativo rapporto giuridico;

- j5) il momento nel quale la lesione della posizione dei ricorrenti è (in ipotesi) maturata, risale al d.m. 16 marzo 2007 che è l'ultimo provvedimento di integrazione e aggiornamento delle GAE prima che esse fossero definitivamente chiuse, per espressa disposizione di legge, a nuovi accessi;
- k) sull'intervento in appello, su quello *ad adiuvandum* e *ad opponendum* nonché sulla necessaria omogeneità dell'interesse di categoria rappresentato da un sindacato o da un'associazione interveniente, si veda:
- k1) Cons. Stato, Ad. plen., 30 agosto 2018, n. 13 (oggetto della News US, in data 17 settembre 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui è inammissibile l'intervento spiegato in appello da un'impresa estranea al giudizio e fondato sulla sola circostanza per cui l'interventore sarebbe parte in un distinto giudizio in cui viene in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella sottoposta all'attenzione della plenaria; rileva sul punto l'assenza di uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem* e la non riconducibilità di tale domanda ad alcuna delle ipotesi tipiche cui si riferisce l'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 28 e 97 c.p.a.;
- k2) Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23 (in *Foro it., Rep.*, 2017, *Contratti pubblici* [1735], n. 143; *Guida al dir.*, 2017, fasc. 2, 50, con nota di PONTE; *Urbanistica e appalti*, 2017, 410 (m), con nota di FIGUERA, nonché oggetto della News US in data 10 novembre 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui, tra l'altro, deve essere dichiarato inammissibile l'intervento proposto da un'impresa, estranea al contenzioso e alla sottostante vicende procedimentale, che aveva manifestato il proprio interesse a invocare una esegesi sostanzialista della norma applicata in quanto parte di un diverso giudizio pendente presso il Consiglio di Stato ma sospeso in attesa della decisione dell'Adunanza plenaria. La sentenza ha negato l'ammissibilità dell'intervento per le seguenti ragioni: impossibilità di inquadrarlo nelle categorie dell'intervento volontario del controinteressato pretermesso, dell'intervento volontario della parte eventuale del processo (*ad adiuvandum* o *ad opponendum*), dell'intervento per ordine del giudice (anche su istanza di parte); insufficienza, ai fini della configurabilità dell'interesse, della sola circostanza per cui il proponente sia parte di un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio principale (l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi è tale da vanificare in capo al

richiedente il requisito di uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*); necessità di evitare che nel processo amministrativo si introduca una nozione di "interesse" del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce e in contrasto con l'orientamento consolidato secondo cui l'intervento *ad adiuvandum vel opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale; necessità di evitare, in violazione del principio del giudice naturale sancito dall'art. 25, primo comma, Cost., che il giudice *ad quem* accerti l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio *a quo*; impossibilità di assodare nel caso di specie (non risultando dal tenore dell'ordinanza di sospensione impropria del giudizio *a quo*), la diretta incidenza della risoluzione delle questioni sottoposte alla Plenaria sull'esito della causa *a quo*;

- k3) la tesi negativa riecheggia il costante disfavore della giurisprudenza della Corte costituzionale per la presenza, nel giudizio incidentale di legittimità costituzionalità, del c.d. *amicus curiae*; si ritiene, infatti, che in tale giudizio possono intervenire le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura, per cui l'incidenza sulla posizione soggettiva delle parti intervenienti non deve derivare, come per tutte le altre situazioni sostanziali governate dalla legge denunciata, dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, ma dall'immediato effetto che la decisione di quest'ultima produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio *a quo* (cfr. fra le tante Corte cost., ordinanza 22 marzo 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1509; ordinanza 1 dicembre 2015, *ibidem*, I, 776; 20 ottobre 2015, *id.*, 2015, I, 3758; in dottrina da ultimo R. ROMBOLI, *L'«interesse qualificato» che legittima l'intervento del terzo nel giudizio incidentale sulle leggi*, in *Giur. costit.*, 2014, 1810);
- k4) in ordine alla consistenza dell'interesse all'intervento adesivo o in opposizione nel giudizio amministrativo, Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2015, n. 1 (in *Foro it.*, 2015, III, 446, con nota di DE HIPPOLYTIS), e Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 (in *Foro it.*, 2016, III, 65, con note di CONDORELLI e TRAVI, in *Riv. nel diritto*, 2016, 285, con nota di

BRICI, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2015, fasc. 4, 87, con nota do VESPIGNANI, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 167, con nota di GASTALDO, LONGO, CANZONIERI, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 365 (m), con note di GALLI, CAVINA, in *Nuovo dir. amm.*, 2016, fasc. 3, 53, con nota di NARDOCCI), secondo cui: la valutazione della legittimazione dell'intervento nel giudizio di appello deve essere compiuta avendo riguardo alla posizione che avrebbe assunto la parte rispetto alla lite in primo grado; conseguentemente, rispetto all'appello proposto dall'amministrazione ha la stessa funzione e incontra gli stessi limiti dell'intervento *ad opponendum*, nel primo grado di giudizio, rispetto al ricorso proposto contro il provvedimento dell'Amministrazione; per tale tipo di intervento, spiegato in primo grado *ad opponendum* rispetto al ricorrente e, dunque, a sostegno delle ragioni rappresentate dall'amministrazione, è sufficiente la titolarità di un semplice interesse di fatto, a differenza dell'intervento *ad adiuvandum*, in primo grado, rispetto alla posizione del ricorrente, intervento che richiede, invece, la titolarità di una posizione giuridica dipendente da quella dedotta dal ricorrente in giudizio e ad essa accessoria; è configurabile il suddetto "interesse di fatto" in relazione alla definizione di giudizi, in cui è proposto intervento, che possano influenzare positivamente altri distinti giudizi in cui è parte sostanziale il medesimo interventore;

- k5) con particolare riferimento ai limiti entro i quali è consentito alle associazioni di intervenire in giudizio, si veda Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 (cit.), secondo cui: *"nel processo amministrativo un'associazione può intervenire in giudizio solo se gli effetti del provvedimento abbiano leso in modo diretto il suo scopo istituzionale e se l'interesse tutelato sia comune a tutti gli associati"*;
- l) sul vincolo nascente dall'art. 99, terzo comma, c.p.a. e sulla funzione nomofilattica delle decisioni dell'Adunanza plenaria, si vedano:
- l1) Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2 (in *Vita not.*, 2018, 218, in *Giur. it.*, 2018, 1687, con nota di DE SIANO, in *Foro amm.*, 2018, 170, nonché oggetto della News US in data 5 marzo 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui, tra l'altro: *"L'articolo 99, comma 4 cod. proc. amm. deve essere inteso nel senso di rimettere all'Adunanza plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l'ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto"*; *"Ai principi*

di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata"; "L'attività di contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4, cod. proc. amm. in relazione alle peculiarità del caso concreto, spetta alla sezione cui è rimessa la decisione del ricorso". Quando l'Adunanza plenaria enuncia un principio di diritto ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., non vi è spazio sistematico per ammettere un'indagine circa il maggiore o minore grado di astrattezza del medesimo principio in relazione alle peculiarità del giudizio *a quo*; tale disposto normativo contempla un'opzione binaria consentendo al giudice della nomofilachia di scegliere fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio, con rimessione per il resto al Giudice *a quo* mentre non ammette la possibilità di articolare ulteriormente l'enunciazione del principio di diritto secondo diversi livelli di astrattezza o di aderenza alle peculiarità della vicenda di causa. Nella fisiologica dinamica dei rapporti fra il Giudice della nomofilachia e quello del giudizio *a quo*, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto da parte del primo, spetterà a quest'ultimo l'attività di contestualizzazione della *regula iuris* in relazione alle peculiarità del caso concreto, dovendosi in via di principio escludere forme di sostanziale ibridazione fra l'enunciazione di un principio e la definizione di una vicenda puntuale. Ai principi di diritto affermati dalla plenaria non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata in relazione alla controversia nel cui ambito sono stati resi; ciò in quanto l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della *regula iuris* enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata e con gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. e di cui all'articolo 395, n. 5) c.p.c. A valle della pronuncia dell'Adunanza plenaria e laddove quest'ultima non si sia avvalsa del potere di decidere l'intera controversia, il giudice *a quo* resta nuovamente investito in modo pieno della *potestas decidendi*, ben potendo – ad esempio – apprezzare ai fini decisori ragioni di improcedibilità, ovvero anche questioni processuali rilevabili d'ufficio. L'unico vincolo legale posto in modo indefettibile a carico della sezione rimettente nelle ipotesi di cui all'art. 99, comma 4, seconda parte, c.p.a. è quello di cui al precedente comma 3 e cioè l'obbligo di rimettere all'Adunanza plenaria la decisione

del ricorso in caso di mancata condivisione di un principio di diritto dalla stessa enunciato;

- l2) Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 (in *Foro it.*, III, 309, con nota di GAMBINO, in *Riv. trim. appalti*, 2017, 133, con nota di GIARDINO, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, I, 751, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1047, con nota di BUONFINO, e in *Riv. amm.*, 2017, 238, nonché oggetto della News US, in data 1 agosto 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui, tra l'altro: *“La sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato un ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può alternativamente: a) rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; b) adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale; c) disattendere direttamente il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria”; “L'Adunanza plenaria, qualora sia chiamata a decidere una questione analoga ad altra pendente innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, può alternativamente: a) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio in attesa che si pronunci il giudice europeo; b) sollevare a sua volta una questione pregiudiziale; c) decidere comunque la questione anche alla luce dei dubbi di compatibilità comunitaria manifestati in occasione della precedente rimessione”;*

m) sul c.d. *prospective overruling* si vedano:

- m1) Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13 (in *Foro it.*, 2018, III, 145, con nota di CONDORELLI, in *Foro amm.*, 2017, 2377, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 373, con nota di FOLLIERI, in *Riv. giur. urbanistica*, 2018, 123, con nota di ROSSA, in *Rass. avv. stato*, 2018, 1, 134, con note di VITULLO, MUCCIO, e in *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 130, nonché oggetto della News US, in data 8 gennaio 2018, alla quale si rinvia per approfondimenti), secondo cui, tra l'altro *“L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche”;*

- m2) Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755 (in *Urb. e app.*, 2011, 927, con nota di TRAVI; *Riv. neldiritto*, 2011, 1228, con nota di RONCA; *Guida al dir.*, 2011, fasc. 26, 103 (m), con nota di LORIA; *Giornale dir. amm.*, 2011, 1310 (m), con nota di MACCHIA; *Giur. it.*, 2012, 438 (m), con nota di FOLLIERI; *Riv. giur. ambiente*, 2011, 818 (m), con nota di DE FEO, TANGARI; *Dir. proc. amm.*, 2012, 260, con nota di GALLO, GIUSTI; *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2012, 566, con nota di AMOROSO, ANNUNZIATA), in cui, rilevata l'illegittimità del piano faunistico venatorio regionale, piuttosto che annullarlo (così eliminando le – pur insufficienti – misure protettive per la fauna), il giudice amministrativo ne ha accertato la illegittimità statuendo al contempo l'obbligo di procedere entro dieci mesi all'approvazione di un nuovo piano faunistico, in conformità alla motivazione di accoglimento del ricorso. In questo caso la pronuncia si è dichiaratamente ispirata al principio di effettività della tutela onde evitare che l'annullamento potesse paradossalmente pregiudicare la posizione della associazione ambientalista ricorrente, anche se vittoriosa, rammentando che «la funzione primaria ed essenziale del giudizio è quella di attribuire alla parte che risulti vittoriosa l'utilità che le compete in base all'ordinamento sostanziale»; la sentenza della sesta sezione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale, nel quale sono emerse in genere posizioni critiche (cfr. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 1310; FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 438; GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, e GIUSTI, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 260; TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927; BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1128; CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428; DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273);
- m3) la possibilità di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento è stata successivamente esclusa da Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4 (in *Foro it.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI nonché in *Urb. e app.*, 2015, 917, con nota di MANGANARO, MAZZA

LABOCCETTA; *Giur. it.*, 2015, 1693 (m), con nota di COMPORTI; *Guida al dir.*, 2015, fasc. 20, 92, con nota di MASARACCHIA; *Foro amm.*, 2015, 2206 (m), con nota di SILVESTRI; *Corriere giur.*, 2015, 1596, con nota di SCOCA; *Dir. proc. amm.*, 2016, 173, con nota di TURRONI). Tale pronuncia, chiamata a decidere una fattispecie in cui si è negato che il g.a. possa convertire, d'ufficio, la domanda di annullamento in tutela risarcitoria, ha ritenuto espressamente (ai §§ 6 -8), di non poter recepire i principi elaborati dalla sentenza della VI sezione n. 2755 del 2011 (valore paradigmatico dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e degli artt. 34, comma 1, lettera a), nonché 121 e 122 c.p.a.; non trasponibilità, nell'ordinamento italiano, delle regole del processo dinanzi alla Corte di giustizia UE di cui all'art. 264 FUE); dopo aver rammentato che la giurisdizione amministrativa di legittimità è una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo, ha anche precisato che non è "consentito al giudice, in presenza dell'acclarata, obiettiva esistenza dell'interesse all'annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità, proporzionalità, al principio della domanda" (nello stesso senso, sia prima che dopo, v. Ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro it.*, 2014, III, 429 con nota di SIGISMONDI; Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, *id.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI);

- m4) sul valore del precedente, sulla funzione nomofilattica delle corti supreme, e sul difficile rapporto fra interpretazione della legge e creazione della norma, si vedano, da ultimo e nell'ambito di una sterminata letteratura, gli scritti di F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, n. 19/201; R. RORDORF, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 277; A. PROTO PISANI, *Tre note sui <<precedenti>> nella evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella giurisprudenza di una Corte di cassazione necessariamente ristrutturata e nella interpretazione delle norme processuali*, *ibidem*, 286; V. FERRARI, *L'equivoco del giudice legislatore*, *ibidem*, 295 (cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza anche in chiave comparata);
- m5) in tema di *overruling* - e cioè di mutamento della precedente interpretazione della norma processuale da parte dell'organo nomofilattico che porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, di modo che l'atto compiuto dalla parte, od il comportamento da questa tenuto

secondo l'orientamento precedente, risultino irrituali per effetto ed in conseguenza diretta del mutamento dei canoni interpretativi - si segnala ancora che, a partire da Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144 (in *Foro it.*, 2011, I, 3343, con nota di CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, nonché in *Corr. giur.* 2011, 1392, con commenti di CONSOLO, CAVALLA e DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*) si è affermato che, per configurare il c.d. *prospective overruling* (istituto creato nel diritto nordamericano degli anni trenta proprio per mitigare gli effetti della naturale retroattività dei *revirement* delle corti supreme), e quindi per attribuire carattere innovativo, con decorrenza *ex nunc*, all'intervento nomofilattico, occorra la concomitante presenza dei seguenti tre presupposti: l'esegesi deve incidere su una regola del processo; l'esegesi deve essere imprevedibile ovvero seguire ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento; l'innovazione comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa;

- m6) sulla valenza inderogabilmente retroattiva della esegesi di norme di carattere sostanziale anche in presenza di un *overruling*, si veda Cass. civ., sez. V, 18 novembre 2015, n. 23585: *“La regola secondo cui, alla luce del principio costituzionale del giusto processo, le preclusioni e le decadenze derivanti da un imprevedibile revirement giurisprudenziale non operano nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente sul precedente consolidato orientamento attiene unicamente al profilo degli effetti del mutamento di una consolidata interpretazione del giudice della nomofilachia in ordine a norme processuali. Il sopravvenuto consolidamento di un nuovo indirizzo giurisprudenziale su norme di carattere sostanziale che in astratto consentirebbero la riforma di una precedente decisione non può quindi giustificare la rimessione in termini invocata dalla parte onde superare il giudicato formale formatosi per la mancata tempestiva impugnazione di una sentenza”* (in termini, sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174, *Riv. giur. trib.*, 2015, 315, con nota di MARCHESELLI; *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 501, con nota di MOLINARO);
- n) sulla decorrenza del termine per impugnare atti amministrativi si veda (oltre alla già citata sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 20 dicembre 2017, n. 11), Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2018, n. 3075 (in *Foro it.*, 2018, III, 632), secondo cui, tra l'altro:

- n1) la piena conoscenza dell'atto, individuata dall'art. 41, secondo comma, c.p.a., quale momento da cui decorre il termine per impugnare, richiede non la conoscenza piena e integrale dell'atto stesso, ma la mera percezione della sua esistenza e degli aspetti che ne comportano la lesività, in modo da rendere conoscibile per il ricorrente l'attualità dell'interesse ad agire;
 - n2) la consapevolezza dell'esistenza e della lesività del provvedimento determina la sussistenza di una condizione dell'azione, l'interesse a ricorrere, mentre la sua conoscenza integrale incide solo sul contenuto del ricorso determinandone i motivi di impugnazione;
 - n3) questa interpretazione è confermata dalla previsione nel codice del processo amministrativo dell'istituto dei motivi aggiunti cd. propri, per mezzo dei quali il ricorrente può proporre ulteriori motivi di impugnazione derivanti dalla conoscenza integrale di atti non pienamente conosciuti al momento della scadenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso. L'interpretazione della nozione di piena conoscenza quale conoscenza integrale renderebbe invece l'istituto inutile o, comunque, residuale;
 - n4) *“il termine per impugnare un titolo edilizio decorre dall'inizio dei lavori, nel caso in cui si contesti l'an dell'edificazione, oppure dal loro completamento o da un momento antecedente al loro completamento che renda chiare le caratteristiche dell'erigendo manufatto, nel caso in cui si contesti il quomodo dell'edificazione, fermi restando: la possibilità, da parte di chi solleva l'eccezione di tardività, di provare, anche tramite presunzioni, una conoscenza anteriore del provvedimento impugnato in capo al ricorrente, e l'onere da parte di chi intende contestare il titolo edilizio di esercitare sollecitamente l'accesso, il cui esercizio non è però idoneo a differire il termine per il ricorso”;*
- o) sugli effetti soggettivi del giudicato amministrativo, si vedano:
- o1) Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2018, n. 2097 (alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti e per riferimenti anche alla giurisprudenza di legittimità), secondo cui, tra l'altro: è principio consolidato che la decisione di annullamento acquista efficacia *erga omnes* nei casi di atti a contenuto inscindibile, ovvero di atti a contenuto normativo, secondari (regolamenti) o amministrativi generali, rivolti a destinatari indeterminati ed indeterminabili a priori, in relazione ai quali gli effetti dell'annullamento non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto a contenuto generale sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere

per altri; *“il soggetto che non ha partecipato al giudizio amministrativo non può avvalersi del giudicato relativo all’annullamento di un piano di zona per l’edilizia economica e popolare al fine di ottenere dal giudice ordinario la cancellazione della trascrizione del decreto di espropriazione e il risarcimento dei danni, in quanto la dichiarazione di pubblica utilità, implicita nell’approvazione del piano di zona, non è un atto collettivo, ma deve essere inquadrato nella categoria degli atti plurimi, caratterizzati dall’efficacia soggettivamente limitata ai destinatari individuabili in relazione alla titolarità delle singole porzioni immobiliari oggetto della potestà ablatoria, con la conseguenza che il suo annullamento non spiega efficacia erga omnes”*;

- o2) Cons. Stato, Ad. plen., 20 dicembre 2017, n. 11 cit., secondo cui, tra l’altro: la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973 del 2015 cit., che ha annullato il d.m. n. 235 del 2014 non ha efficacia *erga omnes*; sia perché così espressamente ha statuito, sia perché la retroattività degli effetti derivanti dall’annullamento di tale decreto incontra il limite dei rapporti giuridici esauriti: nella specie, l’omessa tempestiva contestazione del mancato inserimento nelle graduatorie (e, ancor prima, l’omessa presentazione di una tempestiva domanda di inserimento), ha determinato l’esaurimento del relativo rapporto giuridico;
- p) sugli indici rivelatori di un regolamento rispetto ad un atto generale si rinvia Cons. Stato, Ad. plen., 20 dicembre 2017, n. 11 cit., secondo cui il d.m. n. 234 del 2014, che è certamente un atto di macro organizzazione, non ha natura regolamentare atteso che si rivolge esclusivamente a coloro che risultano già inseriti nelle graduatorie ad esaurimento (a pieno titolo o con riserva), disciplinando la permanenza, l’aggiornamento e la conferma dell’inclusione; esso è destinato quindi, a soggetti determinati o, comunque, facilmente determinabili e già sotto questo profilo manca di un aspetto essenziale proprio dell’atto normativo, ovvero l’indeterminabilità dei destinatari, che è un naturale corollario della generalità e dell’astrattezza della previsione normativa (cfr. Ad. plen. 4 maggio 2012, n. 9, in *Giur. it.*, 2012, 2410 (m), con nota di MAMELI; *Giornale dir. amm.*, 2012, 1209 (m), con nota di LUPO; *Riv. nel diritto*, 2013, 1153, con nota di LEONARDI, secondo cui: *“L’art. 4, 1° comma, d.m. 6 febbraio 2006, nel prevedere che l’aggiornamento delle tariffe incentivanti la produzione di energia da fonte solare per gli impianti di cui alla lett. b), ribadisce il contenuto precettivo dell’art. 6, 6° comma, d.m. 28 luglio 2005, per il quale le relative modifiche si applicano «alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore» dello stesso d.m. del 2005, sicché gli operatori del settore non possono essere considerati titolari di un legittimo affidamento sulla mancata loro applicazione per le loro domande presentate negli anni 2005 e 2006; mentre l’atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma determinabili a posteriori, perché si applica in vicende determinate, esaurite le quali vengono meno anche i suoi effetti, il regolamento per la*

sua natura normativa ha i caratteri della generalità e dell'astrattezza, con destinatari indeterminabili anche a posteriori (nella specie, l'adunanza plenaria ha ravvisato natura regolamentare ai decreti del ministero delle attività produttive emesso il 6 febbraio 2006, in applicazione dell'art. 7, 2^o comma, lett. d), d.leg. 29 dicembre 2003 n. 387)".