

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

ROMA

Atto di appello

nell'interesse della **Sig.ra Emanuela Del Cedro** (C.F. DLCMNL82B67F912M),
nata a Nocera Inferiore (Sa) il 27.2.1982 e residente in Pagani (Sa) alla via
Zeccagnuolo n. 33, e della **Sig.ra Francesca Del Cedro** (c.f.
DLCFNC77B68F912B), nata a Nocera Inferiore (Sa) il 28.2.1977 e residente in
Pagani (Sa) al corso Ettore Padovano n. 41, rappresentate e difese, giusta procura a
margine al presente atto, dal prof. avv. Alfonso Vuolo (c.f. VLU LNS 71S18
H703L), tutti elett.te domiciliati presso lo studio dell'avv. Antonio Brancaccio in
Roma alla via Taranto n. 18 (fax 089 2581112 – 081 5154288 –
a.vuolo@avvocatinocera-pec.it),

contro

- 1. Ministero dell'Istruzione**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rapp.to e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato domiciliata in Roma
alla via Dei Portoghesi, 12;
- 2. Ministero dell'Università e della Ricerca**, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rapp.to e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato
domiciliata in Roma alla via Dei Portoghesi, 12;
- 3. Ufficio Scolastico Regionale per la Campania – Direzione Generale**, in persona
del Direttore Generale p.t. e legale rapp.te p.t., con sede in Napoli alla via Ponte
della Maddalena, n. 55, rapp.to e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello
Stato domiciliata in Roma alla via Dei Portoghesi, 12;
- 4. Ufficio X – Ambito Territoriale Provinciale di Salerno**, in persona del Dirigente
p.t., corrente per la sede in Salerno alla via Monticelli, snc, loc. Fuorni, rapp.to e

difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato domiciliata in Roma alla via Dei Portoghesi, 12;

5. **Ufficio Scolastico Regionale per la Basilicata – Direzione Generale**, in persona del Direttore Generale *p.t.* e legale rapp. *p.t.*, con sede in Potenza alla Piazza delle Regioni snc, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12;
6. **Ufficio IV – Ambito Territoriale Provinciale di Matera**, in persona del Dirigente *p.t.*, corrente per la sede in Matera alla Via Siris snc, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12;
7. **Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia – Direzione Generale**, in persona del Direttore Generale *p.t.* e legale rapp. *p.t.*, con sede in Bari alla Via Castromediano n. 123, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12;
8. **Ufficio III – Ambito Territoriale Provinciale di Bari**, in persona del Dirigente *p.t.*, corrente per la sede in Bari alla Via Re David n. 178, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12;
9. **Ufficio XI – Ambito Territoriale Provinciale di Taranto**, in persona del Dirigente *p.t.*, corrente per la sede in Taranto alla Via Lago di Como n. 9, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12;
10. **Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia Romagna – Direzione Generale**, in persona del Direttore Generale *p.t.* e legale rapp. *p.t.*, con sede in Bologna alla Via de' Castagnoli n. 1, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12;
11. **Ufficio V – Ambito Territoriale Provinciale di Bologna**, in persona del Dirigente

p.t., corrente per la sede in Bologna alla Via de' Castagnoli, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12.

12. Ufficio Scolastico Regionale per l'Umbria – Direzione Generale, in persona del Direttore Generale *p.t.* e legale rapp. *p.t.*, con sede in Perugia in Viale C. Manuali, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12;

13. Ufficio III – Ambito Territoriale Provinciale di Perugia, in persona del Dirigente *p.t.*, corrente per la sede in Perugia in Viale C. Manuali, *ope legis* rapp.to ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato sito in Roma alla Via Portoghesi n. 12.

per l'annullamento

della sentenza n. 565/2021 del TAR Lazio, sez. III-bis, depositata in data 15.1.2021, non notificata, resa sul ricorso iscritto al r.g. 9291/2016: 1) **per l'annullamento**, previa sospensione ed adozione delle più opportune misure cautelari provvisorie ex art. 56 c.p.a: **a)** dell'art. 1 rubricato «*Scioglimento della riserva*» del D.M. del M.I.U.R. n. 495 del 22.6.2016 che ha previsto «*1. È fissato al 8 luglio 2016 il termine entro il quale i docenti già iscritti con riserva nelle graduatorie ad esaurimento, in attesa del conseguimento del titolo, devono conseguire l'abilitazione ai fini dello scioglimento della riserva per a.s. 2016/2017. A tal fine, i docenti interessati dovranno compilare il modello 2 secondo le modalità di cui al successivo articolo 4*»; **b)** dell'art. 2 commi 1 e 2 del D.M. del M.I.U.R. n. 495 del 22.06.2016 rubricato «*Inserimento titoli di riserva dei posti*», laddove si prescrive che: «*1. È fissato al 8 luglio 2016 il termine entro il quale i docenti iscritti nelle graduatorie ad esaurimento devono possedere i requisiti per beneficiare della riserva dei posti di cui alla legge 6/1999 e al Decreto Legge n. 10 gennaio 2006 n. 4, convertito in Legge 9 marzo 2006 n. 80, art. 6 comma 3bis. A tal fine i docenti*

interessati dovranno compilare il modello 3 secondo le modalità e termini di cui al successivo articolo 4. 2. Ai fini dell'assunzione sui posti riservati i candidati interessati devono dichiarare di essere iscritti nelle liste del collocamento obbligatorio, di cui all'art. 8 della legge n. 68/99, alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda»; c) dell'art. 4 commi 1 e 2 del D.M. del M.I.U.R. n. 495 del 22.06.2016 rubricato «Modalità di presentazione delle domande», laddove si prescrive che: «1. Le domande di inclusione a pieno titolo nelle graduatorie ad esaurimento (mod. 2) di aggiornamento dei titoli di riserva di cui alla legge n. 68/99 (mod. 3), o di inclusione negli elenchi del sostegno o negli elenchi relativi ai metodi didattici differenziati (mod. 4), corredate delle relative dichiarazioni sostitutive di certificazione, dovranno essere presentate entro e non oltre il termine del 8 luglio 2016 esclusivamente con modalità web in conformità al codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, aggiornato del decreto legislativo 4 aprile 2006, n. 159, con le medesime modalità già utilizzate per la presentazione della domanda di aggiornamento/permanenza/trasferimento/conferma o di scioglimento riserva delle graduatorie ad esaurimento valide per il triennio 2014/15, 2015/16 e 2016/17, descritte all'art. 9, comma 3, del D.M. 235 del 1 aprile, al quale si rinvia. 2. Nel modello di domanda dovranno essere dichiarati, ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e successive integrazioni e modificazioni, il possesso del titolo di abilitazione, gli eventuali titoli posseduti di idoneità all'insegnamento della lingua inglese e di specializzazione all'insegnamento a favore degli alunni disabili o di specializzazione con metodi didattici differenziati, il diritto alla riserva dei post, seguendo lo schema del modello medesimo.», in quanto tale modalità di presentazione delle domande comporta, non soltanto il blocco informatico delle istanze di partecipazione al concorso dei candidati aprioristicamente ritenuti privi di requisiti, ma anche la reiezione delle domande presentate dagli interessati in

versione cartacea; **d)** dell'art. 5 commi 1 del D.M. del M.I.U.R. n. 495 del 22.06.2016 laddove si prescrive che: *«Per quanto non previsto dal presente decreto trovano applicazione le disposizioni contenute nelle norme citate in premessa ed in particolare quelle contenute nel D.M. 235 del 01.04.2014, di cui il presente provvedimento è parte integrante»*; **e)** della nota del M.I.U.R. del 22.06.2016, prot. n. 16827, laddove prescrive: *«Si inoltra, per l'affissione all'albo dei rispettivi Uffici di competenza, il D.M. n. 495 del 22 giugno 2016, concernente l'aggiornamento delle graduatorie di cui all'oggetto. Il decreto disciplina, con effetto dall'a.s. 2016/17, le consuete operazioni annuali di: - scioglimento della riserva da parte degli aspiranti già inclusi con riserva perché in attesa di conseguire il titolo abilitante e che conseguono l'abilitazione entro il termine dell'8 luglio 2016; - l'aggiornamento degli elenchi per effetto dell'acquisizione dei titoli di specializzazione per il sostegno o dei metodi didattici differenziati entro la medesima data da parte di aspiranti già inclusi in graduatoria; - presentazione dei titoli di riserva acquisiti entro la stessa data per usufruire dei benefici di cui alla Legge 12 marzo 1999, n. 68 e successive modificazioni ed integrazioni, in applicazione del comma 2 quater dell'art. 14 del decreto legge 29 dicembre 2011 n. 216 convertito in legge 24 febbraio 2012 n. 14. Le domande dovranno essere presentate, esclusivamente, mediante modalità telematica nell'apposita sezione "Istanze on line" del sito internet di questo Ministero (www.istruzione.it) dalla data del 23 giugno 2016 ed entro il giorno 8 luglio 2016 (entro le ore 14,00). (...)»*; **f)** ove occorra e per quanto d'interesse e di ragione, del D.M. del M.I.U.R. n. 325 del 03.06.2015, nella, parte in cui, all'art. 1, ha previsto: *«E' fissato al 30 giugno 2015 il termine entro il quale i docenti già iscritti con riserva nelle graduatorie ad esaurimento in attesa del conseguimento del titolo, devono conseguire l'abilitazione ai fini dello scioglimento della riserva per l' a.s. 2015/016. A tal fine i docenti interessati dovranno compilare il modello 2 secondo le modalità e termini*

di cui al successivo articolo 4»; all'art. 3 rubricato «*Inserimento titoli di riserva dei posti*», ha previsto: «*l. E' fissato al 30 giugno 2015 il termine entro il quale i docenti iscritti nelle graduatorie ad esaurimento devono possedere i requisiti per beneficiare della riserva dei posti di cui alla legge 68/1999 e alla legge 80/2006 art. 6 comma 3bis. A tal fine i docenti interessati dovranno compilare il modello 3 secondo le modalità e termini di cui al successivo articolo 4. 2. Ai fini dell'assunzione sui posti riservati i candidati interessati devono dichiarare di essere iscritti nelle liste del collocamento obbligatorio, di cui all'art. 8 della legge n. 68/99, alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda*»; all'art. 4, rubricato «*Modalità di presentazione delle domande*», ha previsto: «*Le domande di inclusione a pieno titolo (mod. 2), di inclusione negli elenchi di sostegno (mod. 4) e di aggiornamento dei titoli di riserva dei posti (mod. 3), corredate delle relative dichiarazioni sostitutive di certificazione, dovranno essere presentate entro e non oltre il termine del 2 luglio 2015 esclusivamente con modalità web conforme al codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, aggiornato dal decreto legislativo 4 aprile 2006, n.159, con le medesime modalità web già utilizzate per la presentazione della domanda di aggiornamento/permanenza/trasferimento/conferma o scioglimento riserva delle graduatorie ad esaurimento valide per il triennio 2014/15, 2015/16 e 2016/17, descritte all'art. 9 comma 3 del D.M. 235 del 1 aprile 2014, al quale si rinvia. 2. Nel modello di domanda dovranno essere dichiarati, ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e successive integrazioni e modificazioni, il possesso del titolo di abilitazione o idoneità, gli eventuali titoli posseduti di idoneità all'insegnamento della lingua inglese e di specializzazione all'insegnamento a favore degli alunni disabili, il diritto alla riserva dei posti, seguendo lo schema del modello medesimo.*»; all'art. 5, ha previsto: «*l. Per quanto non previsto dal presente decreto valgono le disposizioni contenute nelle norme citate in premessa ed in*

particolare quelle contenute nel D.M. 235 del 1 aprile 2014, di cui il presente provvedimento è parte integrante»; g) ove occorra e per quanto di ragione e di interesse, del D.M. del M.I.U.R. n. 235 dell'1.04.2014, avente ad oggetto integrazione ed aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo per il biennio 2014/2017, annullato con sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, nella parte in cui ha precluso ai docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, significativamente: art. 1 rubricato «Aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo – Trasferimenti da una provincia all'altra» laddove prevede che «1. Il personale docente ed educativo, inserito a pieno titolo o con riserva, nella fasce I, II, III aggiuntiva (di seguito, per semplicità, denominata "IV") delle graduatorie ad esaurimento costituite in ogni provincia, può chiedere: a) la permanenza e/o l'aggiornamento del punteggio con cui è inserito in graduatoria; b) (...)». Art. 2 rubricato «Norme relative alla valutazione» laddove prevede che «1. Per il personale iscritto nella I e nella II fascia delle graduatorie ad esaurimento, la valutazione dei titoli viene effettuata sulla base (...)». Art. 6 rubricato «Conferma dell'iscrizione con riserva – Scioglimento della riserva» laddove prescrive: «Devono chiedere di permanere in graduatoria con riserva, compilando il modello 1: a) coloro che sono già iscritti con riserva in graduatoria ad esaurimento in quanto in attesa del conseguimento del titolo abilitante che viene acquisito dopo il termine di scadenza della presentazione delle domande; (...)». Art. 8 rubricato «Requisiti generali di ammissione» laddove prescrive: «Gli aspiranti, oltre ai requisiti specifici indicati nei precedenti articoli, debbono possedere alla data di scadenza dei termini di presentazione delle domande, i seguenti requisiti: (...)». Art. 9 rubricato «Modalità di presentazione delle domande» laddove prescrive: «1. La domanda di permanenza, di aggiornamento della riserva (mod. 1), dovrà essere

presentata alla sede territoriale dell'Ufficio scolastico regionale che ha gestito la relativa domanda per il triennio 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014 (...)». Art. 11 «*Pubblicazione graduatorie ed elenchi di sostegno – Reclami e ricorsi*» laddove prescrive: «*1. Il Direttore dell'Ufficio scolastico regionale o di un dirigente delegato dispone la pubblicazione, sul sito internet della sede provinciale, delle graduatorie provinciali ad esaurimento provvisorie, aggiornate secondo le disposizioni del presente decreto 2. (...)*». Art. 16 «*Disposizioni finali e di rinvio*» laddove prescrive: «*1. Tutta la modulistica, le tabelle e gli allegati al presente decreto, ne costituiscono parte integrante unitamente alle avvertenze, indicazioni e note in essi contenute. 2. (...)*»; **h)** di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e consequenziale, ivi comprese, ove esistenti, le graduatorie ad esaurimento classi concorsuali, infanzia e primaria, così come formate, degli Ambiti Territoriale Provinciali di Salerno, Matera, Bari, Taranto, Bologna e Perugia, valide nel triennio 2014/2017, senza contemplare la permanenza dei ricorrenti forniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, titolo del tutto abilitante; 2) **per il riconoscimento** del diritto dei ricorrenti, tutti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, di essere inclusi – senza limitazioni di sorta – nella terza fascia delle graduatorie ad esaurimento (GAE) con validità 2014/2017 delle province di Salerno, Matera, Bari, Taranto, Bologna e Perugia di cui al citato D.M. - cioè nelle graduatorie costituite ai sensi dell'articolo 401 del decreto legislativo n. 297/94, riservate ai docenti muniti di abilitazione e utilizzate per l'assunzione a tempo indeterminato, in ragione del 50% dei posti autorizzati annualmente dal Ministero - e, di conseguenza nelle graduatorie di prima fascia di istituto, con il punteggio a loro spettante, per la classe di concorso AAAA (scuola dell'infanzia) e EEEE (scuola primaria), e con tutti i diritti conseguenti. In subordine, si chiede di essere inseriti nella fascia aggiuntiva alla terza delle graduatorie a esaurimento in

questione, fascia istituita con l'articolo 14, comma 2 ter della legge 24.02.2012 n. 14, che ha consentito l'inserimento nella terza fascia aggiuntiva per tutti i docenti che avevano conseguito l'abilitazione dopo la trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento; 3) **per la condanna** delle Amministrazioni resistenti a risarcire il danno subito dagli istanti mediante reintegrazione in forma specifica, con l'inclusione e/o inserimento nelle GAE e nella I fascia di quelle d'istituto e, solo in via subordinata, per equivalente monetario.

Fatto

1. Le appellanti sono abilitate alla professione docente in virtù del diploma di maturità magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002.

Entrambe, tuttavia, sono inserite esclusivamente nella II fascia delle graduatorie di circolo e di istituto, vale a dire nelle graduatorie valide per il conferimento di supplenze brevi e non per l'assunzione a tempo indeterminato.

Ne consegue che aspirano ad essere incluse, per le classi di concorso scuola dell'infanzia (AAAA) e scuola primaria (EEEE), nella III fascia delle graduatorie ad esaurimento definitive dei vari ambiti territoriali valide per gli anni scolastici 2014/2017, ossia nelle graduatorie riservate agli abilitati ed utilizzabili ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato sul 50% dei posti annualmente banditi dal M.I.U.R., ai sensi dell'art. 399, d. lgs. n. 297/1994 e s.m.i.

2. L'art. 399, d. lgs. n. 297/1994, novellato dalla l. n. 124/1999, ha introdotto la previsione in base alla quale l'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, avrebbe avuto luogo, per il 50% dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50%, attingendo alle graduatorie permanenti di cui al successivo art. 401 (cd. doppio canale). Il citato art. 401, a sua volta, aveva disposto che le graduatorie, relative ai concorsi per soli titoli del personale docente, erano trasformate in

graduatorie permanenti, da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'art. 399, c. 1.

3. Successivamente, le graduatorie sarebbero state integrate con l'inserimento dei docenti che avessero superato alcuni specifici concorsi o avessero chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia, mentre, contemporaneamente all'inserimento dei nuovi aspiranti, sarebbe stato effettuato l'aggiornamento delle posizioni di graduatoria di coloro che vi erano già compresi.

La graduatoria unica permanente (*ex art. 1, c. 6, l. 124/99*) è stata definita permanente (ora ad esaurimento) perché il detto elenco negli anni ha subito gli aggiornamenti periodici e le integrazioni dei nuovi abilitati, ciò fino a tutto il 2006, allorquando, con la legge 296/2006, le graduatorie permanenti furono trasformate in graduatorie ad esaurimento (GaE), facendo salvi gli inserimenti nelle stesse da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione e, con riserva del conseguimento del titolo, per i docenti che frequentavano i corsi abilitanti.

I titoli utili per l'inserimento nelle graduatorie furono ridefiniti dalla tabella, più volte integrata, di cui all'art. 1 del D.L. n. 97 del 7.4.2004, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 143 del 4.6.2004, che si riferisce, tra l'altro al *«superamento di un concorso per titoli ed esami, o di un esame anche ai soli fini abilitativi o di idoneità»*, al *«conseguimento dell'abilitazione a seguito della frequenza delle scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (SSIS)»*, alla *«abilitazione/titolo abilitante all'insegnamento comunque posseduto e riconosciuto valido per l'ammissione alla medesima classe di concorso o al medesimo posto per cui si chiede l'inserimento nella graduatoria permanente»*.

Dunque, le graduatorie per l'insegnamento venivano predisposte in ciascuna provincia e, ai sensi dell'art. 1, c. 2 e 7, del D.L. n. 255 del 3.7.2001, convertito,

con modificazioni, dalla l. n. 333 del 20.8.2001, erano articolate in 3 fasce, graduate a seconda dei requisiti posseduti dagli aspiranti: prima fascia, riservata, ai sensi dell'art. 401 del D.Lgs 297/1994 (come sostituito dall'art. 1 della l. 124/1999), ai docenti già inseriti nelle graduatorie dei soppressi concorsi per soli titoli; seconda fascia, costituita dai docenti che, alla data di entrata in vigore della l. 124/1999, possedevano i requisiti per partecipare ai soppressi concorsi per soli titoli; terza fascia – numericamente più cospicua – costituita dai docenti che avevano superato le prove di un precedente concorso per titoli ed esami anche a soli fini abilitativi (come i precedenti) e a quelli che fossero inseriti, alla data di entrata in vigore della L. 124/1999, in una graduatoria per l'assunzione del personale non di ruolo.

La terza fascia delle graduatorie permanenti, in seguito e per effetto delle disposizioni di cui alla l. n. 143 del 4.6.2004, e s.m.i., è stata integrata con gli aspiranti in possesso di abilitazione/titolo abilitante all'insegnamento comunque posseduti.

4. L'ordinamento della materia ebbe una radicale mutazione - come sopra esposto - per effetto dell'art. 1, c. 605, lettera c), della l. n. 296 del 27.12.2006, che, all'interno di una più ampia riforma del sistema di reclutamento, dispose che le graduatorie permanenti fossero trasformate in graduatorie ad esaurimento (GaE), facendo salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare, per il biennio 2007-2008, per i docenti già in possesso di abilitazione, e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentavano, alla data di entrata in vigore della legge, determinati corsi abilitanti speciali, quali le Scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (S.I.S.S.).

Pertanto, questa modifica costituisce il fondamento d'un ampio contenzioso nazionale, che prende avvio con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dai diplomati magistrali.

In primis, veniva impugnato il D.M. del M.I.U.R. n. 44 del 12.5.2011, nella parte in cui non consentiva l'integrazione delle graduatorie a esaurimento mediante l'inserimento in III fascia dei docenti in possesso del diploma di scuola o d'istituto magistrale, conseguito entro l'a.s. 2001-2002, nonché il D.M. del M.I.U.R. n. 62 del 13.7.2011, nella parte in cui, disponendo che nelle graduatorie di circolo e d'istituto potesse essere inserito in I e II fascia soltanto il personale docente presente nella graduatoria a esaurimento, escludeva che in II fascia potessero essere inseriti quegli stessi docenti in possesso del diploma magistrale.

5. Il Consiglio di Stato, sez. II, con il parere n. 3813/2013 dell'11.9.2013 – a cui si è poi uniformato il D.P.R. del 25.3.2014 – valutava il diploma d'istituto magistrale, conseguito entro l'a.s. 2001-2002, come titolo astrattamente abilitante *ex lege* per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Tuttavia, lo stesso parere giungeva a conclusioni parzialmente diverse quanto al secondo atto governativo impugnato, e cioè il D.M. n. 62 del 2011, dichiarato illegittimo nella parte in cui non parifica ai docenti abilitati coloro che abbiano conseguito entro l'a.s. 2001/2002 la c.d. abilitazione magistrale, inserendoli nella III fascia della graduatoria di istituto e non nella II fascia. D'altronde, prima dell'istituzione della laurea in Scienza della formazione, i titoli di studio rilasciati dagli istituti magistrali *«dovevano considerarsi abilitanti, secondo l'art. 53 R.D. 6 maggio 1923, n. 1054, in combinato disposto con l'art. 197 d.l. 16 aprile 1994, n. 297, oltre che dal D.M. 10 marzo 1997, e dall'art. 15, VII comma, del d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323»*.

6. Il parere del Consiglio di Stato innescava una nuova serie di controversie, tutte formalmente impugnatorie, aventi a oggetto i decreti ministeriali che avevano disposto l'aggiornamento delle graduatorie provinciali ad esaurimento, nella parte in cui le stesse non includevano i diplomati magistrali fino all'anno scolastico 2001/2002.

Nella sostanza, peraltro, si trattava di ricorsi sostanzialmente diretti ad ottenere l'inclusione degli interessati in tali graduatorie, ciò che, in effetti, essi ottenevano dal giudice d'appello (C.d.S., VI, 16.4.2015 n. 1973, 21.7.2015 n. 3628, 27.7.2015 nn. 3673 e 3675, 3.8.2015 n. 3788).

7. Pertanto, l'unica ragione per cui le attuali appellanti non sono inserite nelle citate graduatorie è da ravvisarsi nel fatto che, in precedenza, il M.I.U.R. non aveva riconosciuto il diploma magistrale come titolo abilitante.

In merito alla natura del valore abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002, si osserva che, oltre a costituire valido titolo di accesso ai concorsi a cattedre, aveva *ex lege* anche valore di abilitazione all'insegnamento. Difatti, l'art. 194, c. 1, d. lgs. 297/1994, ha previsto che: *«Al termine del corso di studi della scuola magistrale si sostengono gli esami per il conseguimento del titolo di abilitazione all'insegnamento nelle scuole materne (ora Scuola dell'Infanzia)»*. Tale norma è stata abrogata dalla legge n. 226 del 17.10.2005 che, tuttavia, all'art. 31, c. 2, ha previsto espressamente come le disposizioni abrogate *«(...) continuano ad applicarsi limitatamente alle classi di istituti e scuole di istruzione secondaria superiore ancora funzionanti secondo il precedente ordinamento, ed agli alunni ad essi iscritti, e sono abrogate a decorrere dall'anno scolastico successivo al completo esaurimento delle predetti classi (...)»*.

L'art. 197, c. 1, d. lgs 297/1994, ha stabilito, a sua volta: *«A conclusione degli studi svolti nel ginnasio-liceo classico, nel liceo scientifico, nel liceo artistico nell'istituto tecnico e nell'istituto magistrale si sostiene un esame di maturità, che è esame di Stato e si svolge in unica sessione annuale. 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»*.

Con il D.P.R. n. 232 del 1998 è stato approvato il *«Regolamento recante disciplina degli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio di istruzione secondaria superiore, a norma dell'art. 1 della legge 10 dicembre 1997 n. 425»*. L'art. 15, c. 7, d.P.R. 232/1998, nel regolare l'applicazione graduale della nuova disciplina, espressamente fa salvo in via permanente l'attuale valore legale abilitante dei corsi di studio dell'Istituto magistrale iniziati entro l'a.s. 1997/1998.

8. In precedenza, era stato, altresì, emanato il D.M. n. 175 del 10.3.1997 (*«Norme transitorie per il passaggio al sistema di formazione universitaria degli insegnanti della scuola media ed elementare»*), perfettamente in linea, con le disposizioni fino ad ora esaminate, sul riconoscimento del valore abilitante per i diplomati magistrali conseguiti entro l'a.s. 2001/2002.

A riprova di quanto sopra affermato, si legge, in particolare, nelle premesse: *«Visto il Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, approvato col decreto legislativo 16 aprile 1994 n. 297 e, in particolare: (...) l'art. 194, comma 1, e l'art. 197, comma 1, nei quali è attribuito valore abilitante all'insegnamento nelle scuole materne ed elementari ai titoli che si conseguono al termine del corso di studi della scuola magistrale e dell'istituto magistrale»*.

9. Le appellanti non hanno potuto in passato iscriversi nelle GaE poichè tale possibilità era stata loro preclusa. Difatti, il M.I.U.R. non aveva riconosciuto il diploma magistrale come titolo abilitante.

Il M.I.U.R., con il D.M. n. 495 del 22.6.2016, relativo alle operazioni annuali d'integrazione delle Graduatorie ad Esaurimento (GaE), ha escluso dalle stesse coloro i quali sono in possesso del diploma magistrale.

La procedura selettiva di accesso alle GaE è stata prevista esclusivamente *«on line»*, ossia attraverso il sistema telematico predisposto dal M.I.U.R.; tuttavia, alle appellanti non è stato possibile completare l'iscrizione, tant'è che sono state

costrette a presentare tempestivamente, entro l'8.7.2016, domanda/diffida per inserimento nelle predette GAE con modello cartaceo.

10. Pertanto, le Sig.re Del Cedro proponevano ricorso al T.a.r. Lazio – Roma, per l'annullamento, previa sospensione, degli atti sopracitati, nonché presentavano istanza per l'adozione delle più opportune misure cautelari provvisorie ex art. 56 c.p.a. Il giudizio veniva assegnato alla sezione III bis ed iscritto al r.g. sub n. 9291/2016.

Con decreto n. 4767/2016 il Presidente accoglieva l'istanza di misure cautelari monocratica e per l'effetto ordinava l'inserimento *“con riserva”* delle ricorrenti nelle GaE.

Successivamente, con ordinanza n. 5585/2016 il Collegio accoglieva l'istanza cautelare confermando *“integralmente il decreto monocratico n. 4767 del 13 agosto 2016, anche con riguardo agli adempimenti di rito ivi previsti”*.

L'Amministrazione costituitasi presentava domanda di modifica o revoca dell'ordinanza cautelare n. 5585/2016.

Il Collegio con ordinanza n. 5956/2020 riteneva che le esigenze cautelari prospettate dall'Amministrazione potessero essere tutelate con la sollecita fissazione del merito al 12.1.2021.

Per effetto di tali pronunce le ricorrenti stipulavano contratto di individuale di lavoro. **In particolare, in data 15.9.2018, la Signora Francesca Del Cedro sottoscriveva contratto a tempo indeterminato per la scuola primaria sostegno “Minorati psicofisici” con il IV Circolo didattico “Carolina Senatore”, sito in Scafati alla via Martiri d'Ungheria, traversa Fratelli Bandiera.**

10. Tuttavia, il Tar Lazio, con sentenza n. 565/2021, pubblicata in data 15.1.2021, respingeva nel merito il ricorso con la seguente motivazione: *“Le domande protese all'annullamento degli atti impugnati contenute nel ricorso principale e nei motivi aggiunti sono infondate e non possono trovare accoglimento*

alla luce della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 20 dicembre 2017, poi ribadita con le sentenze nn. 4 e 5 del 5 febbraio 2019.

9. In tali pronunce è stato invero chiarito non soltanto che la pretesa dei diplomati magistrali con titolo conseguito entro il 2001/2002 di essere inseriti in GAE avrebbe dovuto essere fatta tempestivamente valere con presentazione dell'istanza di inserimento e, comunque, mediante l'impugnazione, al più tardi, del D.M. del 16 marzo 2007, ma che il diploma magistrale conseguito nel 2001/2002 non è da ritenersi titolo idoneo all'insegnamento.

10. Non emerge, d'altro canto, un contrasto tra la disciplina europea e la normativa nazionale sul tema, posto che la disciplina dei titoli abilitanti rimane di competenza dell'ordinamento nazionale e posto che i requisiti necessari per lo svolgimento dell'attività di insegnante e la loro subordinazione a un titolo abilitante non appaiono contrastare con puntuale disposizione di diritto europeo. Sul punto, (cfr. parere Cons. St. n. 963 del 2019) deve osservarsi che i sistemi generali di riconoscimento intraeuropeo dei diplomi non regolano le procedure di selezione e reclutamento, limitandosi al più a imporre il riconoscimento delle qualifiche ottenute in uno Stato membro per consentire agli interessati di candidarsi ad un posto di lavoro in un altro Stato, nel rispetto delle procedure di selezione e di reclutamento vigenti (Cons. giust. Ue, VIII, 17.12.2009, n. 586; sul tema si veda anche Cons. Stato, 6868/2018).

11. Per quanto riguarda lo specifico aspetto della sopravvenuta stipula dei contratti di lavoro il Collegio intende precisare come da ciò non possa venire in rilievo una cessazione della materia del contendere, atteso che tali stipulazioni non paiono suscettibili di tradursi in automatica soddisfazione della pretesa dei ricorrenti, spettando all'Amministrazione valutare il comportamento da tenere alla luce dell'esito del presente giudizio, in forza di specifica clausola contrattuale

ovvero in mancanza di clausola contrattuale, attraverso i poteri di autotutela di cui è titolare”.

Per l’effetto di tale pronuncia la Signora Francesca Del Cedro vedeva trasformato il proprio contratto da tempo indeterminato a tempo determinato (con conclusione del rapporto al 30.6.2020), così come stabilito dal decreto del Dirigente scolastico n. 499 del 5.3.2021, impugnato con pec del 28.4.2021.

La sentenza impugnata deve essere annullata e/o riformata per i seguenti

motivi

1 – ERROR IN IUDICANDO. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 11, 117, C. 1, DELLA COSTITUZIONE.

1.1 – La sentenza impugnata respinge il ricorso delle odierne appellanti con motivazione sommaria, limitandosi a richiamare le decisioni dell’Adunanza Plenaria n. 11 del 20.12.2017 e quelle del Consiglio di Stato nn. 4 e 5 del 5.2.2019, emesse relativamente a situazioni analoghe.

In queste pronunce, come noto, è stato sancito che *“il diploma magistrale conseguito nel 2001/2002 non è da ritenersi titolo idoneo all’insegnamento”*.

1.2 – Tali decisioni, invero, non tengono in adeguato conto i vincoli derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea, per cui si impone una rinnovata considerazione della vicenda.

1.3 – È appena il caso di compiere due precisazioni.

La prima interessa il rilievo dell’indirizzo espresso dalla Adunanza plenaria, che, come noto, ha funzione solo nomofilattica e, come tale, non assoggetta il giudice amministrativo all’osservanza di esso.

La seconda riguarda l’obbligo del giudice di ultima istanza di sollevare la pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia qualora vengano in evidenza profili di incompatibilità della normativa interna con quella comunitaria, ai sensi dell’art. 267

TFUE: nel caso in esame, come meglio si vedrà appresso, nonostante la rilevanza di plurimi profili di siffatta incompatibilità mai è stata investita la Corte di Lussemburgo.

1.4 – Venendo al merito, il Giudice di prime cure non ha tenuto conto che la Commissione Europea ha riconosciuto, con atto pubblico del 31.1.2014, il diploma magistrale come qualifica completa per l'insegnamento in Italia nelle scuole dell'infanzia e primaria e, pertanto, che i possessori di tale diploma sono abilitati a insegnare in tutta Europa.

La Commissione si è pronunciata sulla petizione avanzata da un docente italiano in merito alla conformità alla direttiva 2005/36/CE del diploma di maturità magistrale per poter insegnare negli stati dell'Unione europea (nel caso specifico, all'epoca, la Gran Bretagna).

È evidente che con tale pronuncia è stato chiarito definitivamente il valore pienamente abilitante del diploma. Difatti, dopo aver esaminato la legislazione italiana, la Commissione ha chiarito che il diploma magistrale costituisce qualifica piena all'insegnamento *«fully qualified to teach in Italy (pienamente qualificato per insegnare in Italia)»*, mentre il concorso a cattedre rappresenta soltanto una procedura di reclutamento nella scuola statale *«the competition was just a recruitment procedure to get a permanent position in State schools (il concorso era solo una procedura di reclutamento per ottenere un posto a tempo indeterminato nelle scuole statali)»*.

La Commissione, quindi, è giunta alla conclusione che, per insegnare nella scuola primaria, è giuridicamente necessario essere in possesso di una laurea in scienze della formazione primaria o di un diploma di maturità magistrale: ha così operato una parificazione tra i suddetti titoli a conferma, quindi, che, prima della formazione del corso di studi di Laurea in Scienze della formazione, il titolo abilitante per l'insegnamento nelle scuole dell'infanzia e primaria era il diploma magistrale.

1.5 – È chiaro che il d. lgs. 9.11.2007, n. 206, con cui è stata data attuazione della direttiva 2005/36/CE, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, applicabile anche ai docenti di scuole dell'infanzia e primaria (art. 5) «*assimila a un titolo di formazione ogni titolo di formazione rilasciato in un paese terzo se il suo possessore ha, nella professione in questione, un'esperienza professionale*», intesa quale «*esercizio effettivo e legittimo della professione*» (cfr. art. 4, lett. f), «*di tre anni sul territorio dello Stato membro*», sancendo così l'equiparazione di una esperienza triennale al titolo formativo abilitante».

Ne consegue che l'esclusione delle ricorrenti dall'inserimento nelle GAE è illegittima perché ha violato la direttiva 2005/36/CEE, nella parte in cui stabilisce che l'esperienza professionale intesa quale esercizio effettivo e legittimo della professione, dando vita ad un'esperienza professionale di almeno tre anni, è assimilata a un titolo di formazione.

Si tratta di una disposizione chiara, precisa e incondizionata: in altri termini, autoapplicativa.

Per cui il giudice nazionale, in caso di antinomia, è nella condizione doverosa di dare attuazione alla disposizione sovranazionale.

1.6 – Non solo.

È il caso di rilevare che, secondo quanto previsto dall'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, ai sensi dell'art. 6 TUE), «*ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata*» e «*ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro*».

1.7 – In ogni caso, quand'anche dovesse nutrirsi un dubbio circa l'effettiva incompatibilità, può facilmente dedursi che sussistono le condizioni previste dall'art. 267 TFUE per sollevare la questione di interpretazione davanti alla Corte

di Giustizia circa la coerenza del diritto interno (art. 1, c. 605, l. n. 296/2006 e successivi decreti ministeriali) con le norme dell'Unione (direttiva 2005/36/CEE, nonché art. 15 CDFUE e, quindi, art. 6 TUE).

Va da sé che la questione sia rilevante, atteso che, se è accertato il contrasto, il giudice nazionale deve disapplicare (o, se si vuole, non applicare) la norma interna e applicare quella dell'Unione.

1.8 – Se, poi, si è dell'avviso che la direttiva non abbia carattere autoapplicativo, vi sarà l'obbligo per il Giudice adito di promuovere l'incidente di costituzionalità sull'art. 1, c. 605, l. n. 296/2006 (nella interpretazione “vivente” data, prima, dall'amministrazione scolastica e, poi, dal giudice amministrativo) per contrasto con la direttiva 2005/36/CEE (nonché con l'art. 15 CDFUE e, quindi, con l'art. 6 TUE) e conseguente violazione degli articoli 11 e 117, c. 1, della Costituzione che impongono il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Va però aggiunto che, in tale evenienza, sarebbe evidente anche la violazione degli articoli 1, 4 e 35 della Costituzione, atteso che la normativa interna escludendo le appellanti dalle graduatorie ad esaurimento, vanifica, di fatto, il valore del proprio titolo di studio abilitante con la conseguente frustrazione del diritto al lavoro.

Anche in tal caso, la questione (oltre che non manifestamente infondata per le ragioni già esplicitate) sarà rilevante, in quanto, analogamente a quanto visto prima, la caducazione della norma interna consentirebbe nuovamente ai diplomati magistrali di accedere alla terza fascia delle GaE.

1.9 – È appena il caso di precisare che l'aver invocato la violazione dell'art. 15 CDFUE potrebbe prefigurare una “doppia pregiudizialità”, che, nella visione della Corte costituzionale (sentenza n. 269/2017), impone al giudice comune interno l'obbligo di sollevare prima l'incidente di costituzionalità, fatta salva la facoltà di sollevare poi la pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

È, infine, opportuno segnalare che, con la sentenza n. 20 del 2019, la Corte ha implicitamente ammesso la questione di costituzionalità su norme legislative interne in contrasto con la Carta di Nizza e con direttive europee, proprio come nel caso in esame.

2 – ERROR IN IUDICANDO. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 11, 117, C. 1, DELLA COSTITUZIONE.

2.1 – Sulla questione dell'idoneità del diploma magistrale pende dinanzi al Comitato europeo dei diritti sociali il reclamo collettivo proposto proprio dai diplomati magistrali esclusi dalle GaE.

2.2 – È stato censurato che la sentenza n. 11/2017 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, unitamente alle sei sentenze "pilota" della Cassazione del 7 novembre 2016 e alle successive pedissequa pronunce dei giudici merito, da un lato, e il corpo normativo stratificatosi nel corso del tempo [art. 4, c. 14-bis, l. n.124/1999, a decorrere dal 25 settembre 2009 e fino all'attualità; art. 10, c. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 dal 6 luglio 2011 fino al 24 giugno 2015; art. 36, cc. 5 e 5-ter, d.lgs. n. 165/2001 a decorrere dal 1° settembre 2013 e fino all'attualità; dal 25 giugno 2015 all'attualità art. 29, comma 2, lettera c), d.lgs. n. 81/2015 – al riconoscimento del diritto alla stabilità lavorativa ai diplomati magistrali ai sensi degli artt. 1 e 5 d. lgs. n. 368/2001], dall'altro, violano le seguenti norme della Carta Sociale Europea:

“• articolo 1, impegni nn.1 e 2, poiché lo Stato italiano è venuto meno sia all'impegno di riconoscere per decine di migliaia di docenti in possesso del diploma magistrale conseguito con il vecchio ordinamento entro l'anno scolastico 2001/2002, abilitati all'insegnamento nelle scuole primarie e dell'infanzia, tra i suoi principali obiettivi e responsabilità, la realizzazione ed il mantenimento del livello più elevato e più stabile possibile dell'impiego in vista della realizzazione del pieno impiego, sia all'impegno di tutelare in modo efficace il diritto di detti

lavoratori di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente intrapreso, precarizzando invece il lavoro nella triplice veste di legislatore, giudice e datore di lavoro;

- *articolo 4, impegni nn.1 e 4, poiché lo Stato italiano è venuto meno, come datore di lavoro, all'impegno nei confronti di decine di migliaia di docenti in possesso del diploma magistrale conseguito con il vecchio ordinamento entro l'anno scolastico 2001/2002, abilitati all'insegnamento nelle scuole primarie e dell'infanzia, di ricevere una retribuzione sufficiente tale da garantire ad essi e alle loro famiglie un livello di vita dignitoso, imponendo all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato - con la sentenza n.11/2017 e per la salvaguardia della progressione professionale dei giudici che componevano il massimo organo di giustizia amministrativa – la modifica discriminatoria e senza ragioni oggettive dei principi di diritto enunciati in sette precedenti sentenze dello stesso Consiglio di Stato, così consentendo al MIUR la risoluzione immediata per 50.203 docenti diplomati magistrali dei rispettivi contratti a tempo indeterminato o contratti a tempo determinato fino al 31 agosto 2018 o fino al 30 giugno 2018 o con supplenze temporanee, stipulati in virtù di provvedimenti cautelari o non definitivi del TAR o del Consiglio di Stato caducati dalla pronuncia dell'adunanza plenaria;*

- *articolo 5, perché lo Stato italiano non ha garantito la libertà dei lavoratori della scuola di costituire organizzazioni nazionali come la ANIEF per la protezione dei loro interessi economici e sociali ed aderire a queste organizzazioni, avendo la legislazione nazionale pregiudicato questa libertà e operato attraverso la giurisdizione del Consiglio di Stato e della Cassazione in modo da pregiudicarla, addirittura vanificando le sentenze del Consiglio di Stato e le regole di legge e di contratto collettivo che riconoscevano i diritti dei lavoratori;*

- *articolo 6, impegno n.4, perché lo Stato italiano attraverso la sua legislazione e la sua giurisdizione non ha riconosciuto di fatto il diritto dei diplomati magistrali*

d'intraprendere azioni collettive attraverso la reclamante ANIEF in caso di conflitti d'interesse, perché l'azione collettiva esercitata, attraverso i suoi legali, nei giudizi individuali davanti ai giudici nazionali ordinari ed amministrativi, in Corte di giustizia Ue e in Corte costituzionale, è stata privata dei suoi effetti di tutela dei diritti, negati dal Consiglio di Stato e dalla Cassazione;

• **articolo 24**, perché lo Stato italiano, come datore di lavoro e attraverso la sua legislazione e la sua giurisdizione, per decine di migliaia di docenti diplomati magistrali assunti a tempo indeterminato o a tempo determinato su posti vacanti in organico, non ha riconosciuto né il diritto di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'organizzazione degli uffici pubblici o del servizio, né il diritto dei predetti lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione, impedendo, altresì, anche il diritto di ricorso davanti ad un organo imparziale.

166. Ciascuna delle violazioni della Carta Sociale Europea innanzi segnalate sono state commesse in combinato disposto con la violazione dell'articolo E della Carta Sociale Europea e dell'impegno dello Stato italiano di non discriminazione dei docenti diplomati magistrali, abilitati all'insegnamento nelle scuole primarie e dell'infanzia, ad essere immessi in ruolo a tempo indeterminato presso la pubblica amministrazione scolastica, rispetto al personale docente con diploma magistrale, già supplente iscritto nelle GAE e assunto a tempo indeterminato con decorrenza giuridica dal 1° settembre 2015 con il piano straordinario di immissione in ruolo di cui all'art.1, commi 98 e seguenti, della legge n.107/2015, che ha ottenuto sentenza definitiva dal Consiglio di Stato o dal TAR con riconoscimento stabile dell'inserimento nelle GAE”.

In definitiva, è stato chiesto al Comitato di rilevare le denunciate violazioni della Carta Sociale Europea commesse dallo Stato italiano e di raccomandarne la rimozione.

2.3 – Ciò posto, è evidente l'influenza che potrà esercitare la decisione del Comitato europeo: può immaginarsi che vi sia un profilo di pregiudizialità per cui la decisione sul presente appello dipenda dalla risoluzione del reclamo.

2.4 – Secondo questa difesa, invece, sussistono i presupposti perché, sin da ora, ai sensi dell'art. 23, l. n. 87 del 1953, venga sollevata la questione di costituzionalità avverso le norme interne di rango primario (citate al precedente punto 2.2) in quanto contrastano con gli artt. 1, 4, 5, 6, 24 ed E della Carta sociale europea, riveduta, ratificata in Italia con legge n. 30 del 1999 (norme interposte), e, pertanto, violano gli artt. 11 e 117, c. 1, della Costituzione (si vedano sentenze della Corte nn. 120 e 194 del 2018).

3 – ERROR IN IUDICANDO

Tenendo conto dell'idoneità del titolo, la sentenza del TAR è erronea anche lì dove non consente l'ingresso nelle GaE, atteso che *“la tabella di valutazione dei titoli della terza fascia delle graduatorie ad esaurimento del personale docente delle scuole e istituti di ogni ordine e grado – cfr. tabella di cui all'articolo 1 al D.L. n. 97/2004, convertito dalla legge n. 143/2004, integrata dalla legge n.186/2004 e modificata dalla legge n. 296/2006 – prevede, tra l'altro, al punto A), denominato “titoli abilitanti di accesso alla graduatoria”, il titolo abilitante comunque posseduto, che è quindi titolo valido, come il diploma magistrale citato, per il suddetto inserimento»* (così: C.d.S., VI, 21.7.2015, n. 3628; Id., 27.7.2015, n. 3673; Id., 27.7.2015, n. 3675; Id., 3.8.2015, n. 3788; Id., 10.9.2015, n. 4232; Id., sentenza n. 217/18).

* * * *

Si ripropongono in ogni caso integralmente i motivi di primo grado per la necessaria

deliberazione da parte di Codesto Ecc.mo Consesso.

1. VIOLAZIONE, ERRATA E FALSA APPLICAZIONE: DELL'ATTO DELLA COMMISSIONE EUROPEEA DEL 31.01.2014, DELL'ART. 53 E 197 DEL D.LGS. N. 297/94, DELLA LEGGE DEL 27.12.2006 N. 296, DEL D. LGS. DEL 09.11.2007 N. 206, DELLA LEGGE N. 186/2004 MODIFICATA DALLA LEGGE N. 296/2006, DELLA DIRETTIVA N. 36/2005 CEE, DELL'ART. 3, 10, 51 CO. 1 E DELL'ART. 97 E 117 DELLA COST. – ECCESSO DI POTERE PER FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI – ILLOGICITÀ – CONTRADDITTORIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E INGIUSTIZIA MANIFESTA

La Commissione Europea ha riconosciuto con atto pubblico del 31.01.2014 che il diploma magistrale è una qualifica completa per l'insegnamento in Italia nelle scuole dell'infanzia e primaria e, pertanto, che i possessori di tale diploma sono abilitati a insegnare in tutta Europa. La Commissione si è pronunciata sulla petizione avanzata da un docente italiano in merito alla conformità alla direttiva 2005/36 del diploma di maturità magistrale per poter insegnare negli stati dell'Unione europea (nel caso specifico Gran Bretagna).

In sostanza, con tale pronuncia è stato chiarito definitivamente il valore pienamente abilitante del diploma. Difatti, dopo aver analizzato la legislazione italiana, la Commissione ha chiarito che il diploma magistrale costituisce qualifica piena all'insegnamento «*fully qualified to teach in Italy*», mentre il concorso a cattedre rappresenta soltanto una procedura di reclutamento nella scuola statale «*the competition was just a recruitment procedure to get a permanent position in State schools*».

La Commissione, quindi, è giunta alla conclusione che per insegnare nella scuola primaria è giuridicamente necessario essere in possesso di una delle seguenti qualifiche: laurea in scienze della formazione primaria o diploma di maturità magistrale, operando così una parificazione tra i suddetti titoli a conferma, quindi, che prima della formazione del corso di studi di Laurea in Scienza della formazione, il titolo abilitante per l'insegnamento nella scuola dell'infanzia e primaria era il diploma magistrale.

Quindi, il D.Lgs. del 09.11.2007 n. 206, con cui è stata data attuazione della direttiva 2005/36/CE, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, applicabile anche ai docenti di scuole dell'infanzia e primaria (art. 5) «*assimila*

a un titolo di formazione ogni titolo di formazione rilasciato in un paese terzo se il suo possessore ha, nella professione in questione, un'esperienza professionale», intesa quale «esercizio effettivo e legittimo della professione» (cfr. art. 4, lett. f), «di tre anni sul territorio dello Stato membro», sancendo così l'equiparazione di una esperienza triennale al titolo formativo abilitante». Perciò, l'esclusione dei ricorrenti dall'inserimento nelle GAE è illegittima perché ha violato la direttiva 2005/36/CEE, nella parte in cui stabilisce che l'esperienza professionale intesa quale esercizio effettivo e legittimo della professione, dando vita ad un'esperienza professionale di almeno tre anni, è assimilata a un titolo di formazione.

All'uopo, si precisa che il D.Lgs. n. 297/97 ha stabilito che il titolo conseguito nell'esame di maturità, a conclusione dei corsi di studio dell'Istituto magistrale, abilita all'esercizio della professione e all'insegnamento nella scuola dell'infanzia e primaria.

Orbene, l'art. 197, I comma, del D.Lgs. del 16.04.1994, n. 297, intitolato agli esami di maturità, ribadisce che *«A conclusione degli studi svolti (...) nell'istituto magistrale si sostiene un esame di maturità, che è esame di Stato e si svolge in unica sessione annuale. Il titolo conseguito (...) abilita (...) all'insegnamento nella scuola elementare».* Così, *il diploma magistrale conferisce la qualifica professionale d'insegnante di scuola elementare (ora primaria) e costituirebbe «a tutti gli effetti di legge titolo di abilitazione all'insegnamento, dando diritto all'inserimento nelle GAE»*, se conseguito entro l'anno 2002. Tanto sarebbe confermato dall'art. 2 del D.M. 10.03.1997, nonché dall'art. 15, VII comma, del D.P.R. del 23.07.1998, n. 323: entrambi dispongono che i titoli conseguiti nell'esame di Stato a conclusione dei corsi di studio dell'istituto magistrale iniziati entro l'a.s. 1997/1998 conservano in via permanente l'attuale valore legale e abilitante all'insegnamento nella scuola elementare, e consentono di partecipare ai concorsi per titoli ed esami a posti di insegnante nella scuola materna e nella scuola elementare.

Il D.P.R. del 31.07.1996 n. 471 definisce l'ordinamento didattico del predetto corso di laurea, articolandolo in due indirizzi, rispettivamente, per l'insegnamento nelle scuole materne ed elementari, ed rinviando ad un apposito decreto ministeriale la relativa disciplina per il passaggio al nuovo ordinamento. Il successivo D.M. del 10.03.1997, nel dare attuazione alla suddetta disposizione, riconosce espressamente, all'art. 2, valore abilitante al

diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002: *«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 1997/1998, o comunque, conseguiti entro l'a.s. 2001/2002, conservano in via permanente, l'attuale valore legale e consentono di partecipare alle sessioni di abilitazione all'insegnamento nella scuola materna, previste dall'art. 9, comma 2, della citata legge 444 del 1968, nonché ai concorsi ordinari per titoli ed esami a posti di insegnante nella scuola materna e nella scuola elementare, secondo quanto previsto dagli artt. 399 e seguenti del citato decreto legislativo. 297 del 1994».*

Il successivo regolamento di attuazione di cui al D.P.R. 23.07.1998 n. 323 prescrive, all'art. 15, comma 7, che il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002, abilita all'insegnamento nella scuola elementare oltre che alla partecipazione ai concorsi per titoli ed esami: *«I titoli conseguiti nell'esame di Stato a conclusione dei corsi di studio dell'istituto magistrale iniziati entro l'anno scolastico 1997/98 conservano in via permanente l'attuale valore legale e abilitante all'insegnamento nella scuola elementare. Essi consentono di partecipare ai concorsi per titoli ed esami a posti di insegnante nella scuola materna e nella scuola elementare».*

La legge del 27.12.2006 n. 296 ha stabilito che con effetto dalla data di sua entrata in vigore le graduatorie permanenti di cui all'articolo 1 del D.L. del 07.04.2004 n. 97, convertito con modificazioni dalla legge 04.06.2004 n. 143, sono trasformate in graduatorie ad esaurimento (GAE). Ebbene, la trasformazione delle suddette graduatorie permanenti, in graduatorie ad esaurimento trova la sua *ratio* nella definizione di un piano triennale per la stabilizzazione del personale docente. La lettera c) dell'articolo 1, comma 605 della legge n. 296/2006, nel trasformare le graduatorie da permanenti ad esaurimento ha, del resto, escluso la possibilità di nuovi inserimenti, **ma facendo salvo** l'inserimento dei docenti già in possesso di abilitazione, il che sta ad indicare soltanto la chiusura ad inserimenti per i nuovi abilitati tra cui non rientrano certamente gli attuali ricorrenti, i quali hanno conseguito il titolo abilitante entro l'anno scolastico 2001-2002. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale dominante *«la legge finanziaria (n. 296/2006) ha modificato la natura giuridica delle graduatorie provinciali - da permanenti a graduatorie ad esaurimento - cristallizzando e salvaguardando le posizioni di coloro che vi*

erano stati inseriti secondo la precedente regolamentazione». Non è, infatti, «più possibile l'ingresso ex novo, ulteriore e definitivo, in dette graduatorie (di altri soggetti), così in definitiva conformando le graduatorie ad esaurimento» [TAR Lazio Roma, del 24.03.2009 n. 3062] . Il legislatore, tuttavia, «nel sancire il passaggio dal pregresso sistema dei concorsi per soli titoli al nuovo sistema della graduatoria permanente ed, ora ad esaurimento, ha inteso perseguire l'obiettivo della tutela dei diritti acquisiti e degli affidamenti ingenerati in capo a quanti avessero maturato, all'entrata in vigore della nuova legislazione, i requisiti richiesti per partecipare ai soppressi concorsi per soli titoli» [TAR Toscana Firenze, dell'11.09.2008 n. 1938]. In particolare la giurisprudenza amministrativa rileva che «la legge finanziaria per il 2007, con l'introduzione delle graduatorie ad esaurimento, non ha intaccato il principio che sta alla base della legge n. 124/1999, e cioè che la collocazione nelle graduatorie provinciali per l'insegnamento deve avvenire sulla base del criterio meritocratico del punteggio conseguito dagli iscritti, in relazione ai titoli e alle esperienze formative maturate da ciascun insegnante. La collocazione in graduatoria non può quindi essere disposta - se non in evidente contrasto con l'ora riferito principio - sulla base della maggiore anzianità di iscrizione in una medesima e conclusa graduatoria, ciò configgendo oltre che con la richiamata normativa primaria di riferimento anche con i principi costituzionali (di uguaglianza, art. 3; di buon andamento della p.a., art. 97; di accesso agli uffici pubblici in condizione di uguaglianza, art. 51, comma 1)» [TAR Lazio Roma, del 24.03.2009 n. 3062].

Del resto, la tabella di valutazione dei titoli della citata terza fascia delle graduatorie ad esaurimento del personale docente delle scuole e istituti di ogni ordine e grado – cfr. tabella di cui all'articolo 1 al D.L. n. 97/2004, convertito dalla legge n. 143/2004, integrata dalla legge n. 186/2004 e modificata dalla legge n. 296/2006 – prevede, tra l'altro, al punto a), denominato «*titoli abilitanti di accesso alla graduatoria*», il titolo abilitante comunque posseduto, che è quindi titolo valido, come il diploma magistrale, per il suddetto inserimento [Consiglio di Stato, del 02.12.2015 n. 5439]. Dunque, la differenza, a livello ministeriale, tra l'efficacia abilitante del titolo e l'iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento, consiste che in queste ultime sono iscritti i docenti provvisti di abilitazione all'insegnamento, secondo quanto previsto dall'articolo 1 del decreto legge n. 97 del 07.04.2004, convertito dalla legge n. 143 del

04.06.2004, secondo cui, a decorrere dall'anno scolastico 2004-2005, le graduatorie permanenti sono rideterminate limitatamente alla terza fascia, in base alla tabella allegata che al punto A) denominato «*titoli abilitanti all'accesso in graduatoria*» prevede espressamente che il titolo abilitante all'insegnamento comunque posseduto, è titolo valido - come il diploma magistrale - per potere essere inseriti nelle citate graduatorie. Lo stesso articolo 1, comma 605, lettera c) della predetta legge n. 296/2006, nel fare riferimento alla definizione di un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato allo scopo di dare soluzione al fenomeno del precariato, fa espressamente salvi, per il biennio 2007-2008, nelle graduatorie trasformate da permanenti in graduatorie ad esaurimento da cui, in parte, attingere per l'assunzione, gli inserimenti a favore dei docenti già in possesso di abilitazione, pur escludendo la possibilità di nuovi inserimenti. Difatti, all'art. 1, comma 605, lett. c) della suddetta legge è espressamente statuito che: «*Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti di cui all'articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito con modificazioni dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, sono trasformate in graduatorie ad esaurimento. Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto-legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della formazione primaria*». **Giova evidenziare, però, che la clausola di salvaguardia contenuta nella norma di legge sopra richiamata (art. 1, comma 605, lett. c) della Legge 296/06) non contemplava tra i soggetti «già in possesso di abilitazione» aventi titolo all'inclusione nelle G.A.E. i diplomati magistrali ante 2001/2002, e ciò in quanto, come si è già detto, fino a tutto il 2014, a tale titolo di studio il M.I.U.R. resistente ha sistematicamente ed illegittimamente negato il valore abilitante.** Diversamente, come è stato acclarato anche dalla recente giurisprudenza, fino a tutto l'a.s. 2001/2002, i diplomi conclusivi delle scuole e degli istituti magistrali, oltre a costituire valido titolo di accesso ai concorsi a cattedre, avevano *ex lege* anche valore di abilitazione. Occorre richiamare innanzitutto l'art. 53 del R.D. 06.05.1923 n.

1054, istitutivo di questo diploma con la finalità di formare i docenti della scuola elementare (ora primaria). Quindi l'art. 402 dello stesso D.Lgs n. 297/94 (Testo Unico in materia di Istruzione), che dispone: «(...) *il titolo conseguito nell'esame di maturità a conclusione dei corsi di studiodell'istituto magistrale **abilita all'esercizio della professione ed all'insegnamento nella scuola elementare** (...).*».

In questo senso la legge 04.06.2004, n. 143, di conversione del D.L. del 07.04.2005 n.97, aggiunge all'art. 1-bis che «*Dall'anno scolastico 2005-2006, la permanenza dei docenti nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico avviene su domanda dell'interessato, da presentarsi entro il termine fissato per l'aggiornamento della graduatoria con apposito decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca. La mancata presentazione della domanda comporta la cancellazione dalla graduatoria per gli anni scolastici successivi. A domanda dell'interessato, da presentarsi entro il medesimo termine, è consentito il reinserimento nella graduatoria, con il recupero del punteggio maturato all'atto della cancellazione*».

Inoltre, ai sensi dell'art. 3 - ter del citato D.L. del 07.04.2004, n. 97: «*a decorrere dall'anno scolastico 2005-2006, gli iscritti all'ultimo anno di specializzazione all'insegnamento secondario e i laureandi nella sessione estiva dei corsi di laurea in scienze della formazione primaria possono presentare domanda di inclusione con riserva nelle graduatorie permanenti di cui al presente decreto, alle scadenze previste per l'aggiornamento delle stesse. Coloro che frequentano i corsi universitari per il conseguimento della specializzazione di sostegno, purché abilitati, possono presentare domanda di inclusione con riserva nelle graduatorie per il sostegno, alle scadenze previste per l'aggiornamento delle stesse. L'attribuzione del punteggio e l'inserimento definitivo nelle graduatorie permanenti verrà effettuato dopo la presentazione del titolo di abilitazione, il cui termine è fissato con decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca*».

Il D.L. n. 104/2013, convertito con modificazione della legge n. 12/13, ha riconosciuto al diploma magistrale pieno valore abilitante per l'insegnamento nella scuola primaria, avendo di fatto aperto la strada anche al riconoscimento del pieno valore abilitante nelle scuole statali.

Orbene, il **parere del Consiglio di Stato n. 3813 dell'11.09.2013** ha riscontrato un ricorso straordinario presentato da alcuni docenti in possesso

del predetto titolo culturale, i quali, nell'impugnare le disposizione del D.M. n. 62/2011 – relativo alle procedure di aggiornamento delle graduatorie di istituto per il triennio scolastico 2001/20014 – ne censuravano l'illegittimità laddove veniva loro precluso l'accesso alla II fascia di detti elenchi riservata ai docenti muniti di abilitazione. Dunque, il Consiglio di Stato statuiva: *«La disposizione è affetta da evidente eccesso di potere, in quanto contrastante con tutte le disposizioni di legge e di rango secondario, che sanciscono la natura abilitante del titolo conseguito negli istituti magistrali a seguito di regolare corso di studio. In altri termini, prima dell'istituzione della laurea in Scienza della formazione, il titolo di studio attribuito dagli istituti magistrali al termine di corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali di istituto magistrale (per la scuola dell'infanzia) o al termine dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale (per la scuola primaria) dovevano considerarsi abilitanti, secondo l'art. 53 R.D. 6 maggio 1923, n. 1054, in combinato disposto con l'art. 197 d.l. 16 aprile 1994, n. 297. Ciò è sancito inoltre dal D.M. 10 marzo 1997, dall'art. 15, co. 7, del d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323, ed infine, recentemente, ai fini dell'ammissione al concorso a cattedre, dal d.d.g. n. 82 del 24 settembre 2012. Pertanto sotto questo profilo il ricorso deve essere accolto ed **annullato** il D.M. n. 62 del 2011, nella parte in cui esclude dalla II fascia delle graduatorie di circolo e di istituto gli aspiranti in possesso di maturità magistrale abilitante conseguita entro l'anno scolastico 2001-2002 (...)».*

Inoltre, ultimo parere è stato quello **n. 1416/2016 dell'8.06.2016**, su ricorso n. 2205/2014, laddove il Consiglio di Stato ha statuito: *«che, con ordinanza n. 1 del 27 aprile 2016, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto, in una fattispecie analoga, che non appare opportuno discostarsi, ai limitati fini cautelari, dall'orientamento già espresso dalla Sezione Sesta nelle sentenze (cfr. per tutte sentenza n. 1973 del 2015) e in numerose altre pronunce cautelari, secondo cui i soggetti muniti di diploma magistrale conseguito entro l'anno 2001/2002 hanno titolo ad essere inseriti nelle GAE; deve essere pertanto accolta l'istanza cautelare degli originari ricorrenti volta al provvisorio inserimento nelle GAE, in attesa della definizione del merito della causa dinanzi al giudice di primo grado; appare preminente l'interesse fatto valere dagli originari ricorrenti ad essere immessi nelle GAE rispetto all'interesse contrario dell'Amministrazione scolastica, che non ha evidenziato un pregiudizio grave conseguente a dette integrazioni, disposte soltanto a titolo cautelare (fatto salvo l'esito del giudizio di merito)».*

Pertanto, dopo i vari D.M., **ultimo il D.M. 235/2014 annullato dal Consiglio di Stato**, rimangono preclusi nuovi inserimenti nelle GAE di coloro in possesso del diploma magistrale conseguito prima dell'a.s. 2001/2002.

Perciò, i diplomati magistrali con titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, erano in possesso del titolo abilitante, anche se il riconoscimento è avvenuto soltanto nel 2014. Conseguentemente, l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento non risulta contrastante con la legge n. 296/96 che non pone, come condizione, il previo esistente inserimento del docente nelle graduatorie permanenti, consentendo invece a tutti i docenti abilitati di poter presentare la domanda per poter essere iscritti nella graduatoria. Dunque, l'unica ragione per cui gli attuali ricorrenti non sono inseriti nelle citate graduatorie è da ravvisarsi nel fatto che, in precedenza, il M.I.U.R. non aveva riconosciuto il diploma magistrale come titolo abilitante.

Dunque, i ricorrenti, tutti in possesso del diploma magistrale, conseguito entro l'a.s. 2001/2002, titolo abilitante, hanno diritto ad essere inseriti nella terza fascia delle graduatorie ad esaurimento di cui è causa in forza dell'atto adottato dalla Commissione Europea in data 31.01.2014 che ha chiarito definitivamente e riconosciuto valore abilitante a tale titolo e della citata definitiva decisione giurisprudenziale che ha **annullato** il D.M. n. 235/2014 nella parte in cui non ha consentito, ai docenti in possesso dello stesso, l'iscrizione nelle GAE.

I ricorrenti si aspettavano che, in occasione dell'emanazione del predetto D.M. n. 16827 del 22.06.2016 di aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento – ossia, successivamente all'atto della Commissione sopra citato – il M.I.U.R. considerasse tale circostanza, disponendo, con un'apposita norma, la possibilità di un nuovo inserimento in graduatoria degli stessi, in virtù del possesso di un titolo abilitante.

Ebbene, i decreti impugnati non consentono l'inserimento in GAE dei docenti precari, che pure hanno titolo di studio valido allo svolgimento della professione e un'adeguata esperienza lavorativa. Quindi, sono ingiustamente ritenuti non abilitati dal M.I.U.R. con conseguenziale contrasto con la richiamata direttiva, con disparità di trattamento fra il docente straniero con tre anni di esperienza d'insegnamento, da ritenersi abilitato anche nel nostro Paese, e il docente italiano che, a parità di condizioni, non lo sia né nel nostro Stato né in quello dove mira ad essere ospitato e dove vuole stabilirsi.

Pertanto, il M.I.U.R. ha solo parziale riscontro all'atto Comunitario, riconoscendo valore abilitante al diploma magistrale solo per le graduatorie d'istituto, prevedendo l'inserimento degli aspiranti in II fascia (quella appunto degli abilitati) mentre non ha considerato il titolo valido ai fini dell'inserimento nelle GAE. Difatti, con il D.M. n. 325/2014, è stato già concesso a tutti i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro il 2001/2002, di accedere alla seconda fascia delle graduatorie di circolo e d'istituto, indipendentemente dal fatto che fossero prima inseriti nella terza fascia delle medesime graduatorie.

In via subordinata la questione può essere apprezzata anche sotto il profilo dell'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative suesposte (art. 1, comma 605, lettera c) della L. n. 296/2006 e art. 1, comma 4, D.L. n. 97/2004) e ciò per contrasto con i parametri di cui all'art. 10, co. 1, e all'art. 117, co. 1, Cost.

Infatti, in base alle norme costituzionali su indicate:

- a. l'ordinamento italiano si conforma alle norme internazionali generalmente riconosciute;
- b. la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

La stessa l. n. 296 del 2006 ha violato sia norme di diritto comunitario sia la Costituzione perché ha fatto salvi solo gli inserimenti nelle graduatorie ad esaurimento dei docenti, che alla data della sua entrata in vigore frequentassero i corsi abilitati e conseguissero, poi, il titolo abilitante, manifestando, anche per questa via, la precisa volontà di chiudere la precedente esperienza di graduatorie permanenti, quale si esplicita nella finalità «*di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico*», che si unisce però a quella di

«*individuare nuove modalità di formazione e abilitazione e di innovare e aggiornare gli attuali sistemi di reclutamento del personale docente*». Parificare ai docenti in possesso dei due requisiti previsti dalla legge (frequenza del corso abilitante al momento della sua entrata in vigore e conferimento del titolo) le situazioni dei docenti, che abbiano successivamente o conseguiranno in futuro il titolo abilitante, ai fini del loro successivo inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, vorrebbe dire tradire lo spirito della stessa norma della legge n. 296 del 2006.

Inoltre, poiché ai sensi e per gli effetti della Direttiva CE n. 36/05, sia i precari di III fascia sia i soggetti sopracitati sono entrambi possessori di valida qualifica professionale europea allo svolgimento della professione docente per cui non dovrebbe esservi alcuna differenza sul piano giuridico e del trattamento tra le due categorie: da ciò una discriminazione che si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 51 I comma e 97 Cost. Infatti, la professione di insegnante è una professione regolamentata ai sensi della predetta direttiva, non giustificandosi, perciò, la diversificazione tra i vari titoli che consentono l'accesso all'insegnamento, per di più, dal 2007 manca la possibilità di conseguire l'abilitazione.

Sennonché, come diffusamente illustrato, le norme dell'ordinamento scolastico in esame, con il comprimere per i docenti abilitati la possibilità di stipulare contratti di lavoro con l'Amministrazione (inibendo ai medesimi l'ingresso nelle GAE), si pongono in chiaro contrasto con le disposizioni comunitarie in precedenza richiamate che assicurano il pieno ed incondizionato diritto ad esercitare la professione per la quale si sono conseguiti i requisiti di professionalità richiesti. Disposizioni, queste ultime, alle quali le norme nazionali dovrebbero invece adeguarsi e conformarsi.

In merito alla giurisprudenza già formatasi, si osserva che il **Consiglio di Stato, con sentenza definitiva n. 1973/2015**, ha, come di seguito, statuito: «(...) *non sembra, altresì, esservi dubbio alcuno che i diplomati magistrali con titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero già in possesso del titolo abilitante. Il fatto che tale abilitazione sia stata riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, non può impedire che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali. Conseguentemente, risulta valida la stessa presentazione delle citate domande di inserimento in graduatoria presentate nei termini che decorrono dalla effettiva conoscenza, da parte dei ricorrenti originari, della lesività dell'atto impugnato. Risulta, altresì, fondata la pretesa allo stesso inserimento nella terza fascia delle medesime graduatorie, la stessa fascia in cui gli attuali appellanti avrebbero dovuto essere inseriti qualora il titolo abilitante fosse stato loro riconosciuto in precedenza dal Ministero il quale, anche dopo il riconoscimento, ha però singolarmente continuato a non riconoscerlo per l'iscrizione in tali graduatorie e lo ha*

ricosciuto soltanto ai fini dell'iscrizione nelle graduatorie d'istituto valide per il conferimento delle supplenze brevi e non per l'assunzione a tempo indeterminato. In tal senso, i criteri fissati dal decreto ministeriale n. 235/2014, nella parte in cui hanno precluso ai docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti ora ad esaurimento, sono illegittimi e vanno annullati. In conclusione, l'appello è fondato e va accolto e gli appellanti vanno inseriti nella terza fascia delle citate graduatorie permanenti, ora ad esaurimento».

Quindi, con la predetta sentenza n. 1973/2015 il Consiglio di Stato ha proceduto **all'annullamento** *erga omnes*, del decreto ministeriale n. 235 del 2014, per mezzo del quale si sono aggiornate le graduatorie, ancorché con esclusione espressa dei diplomati in questione (*rectius*: che hanno conseguito il diploma entro l'anno scolastico 2001/2002). Pertanto, con tale pronuncia, infatti, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto illegittimi i criteri fissati dal D.M. n. 235/2014, nella parte in cui è stato precluso ai docenti muniti di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 l'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti, ora ad esaurimento. Ciò detto, non vi è dubbio che la pronuncia di annullamento del D.M. 235/2014 è suscettibile di produrre effetti anche sul provvedimento ministeriale oggi gravato dagli odierni istanti. Anzitutto perché, come si è sopra esposto, il D.M. 495/2016 qui impugnato è stato adottato dal M.I.U.R. in applicazione dell'art. 9, comma 6 del D.M. 235/2014, e ne costituisce pertanto parte integrante e sostanziale a norma dello stesso art. 5) sopra richiamato. In secondo luogo perché la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2016 è evidentemente divenuta immutabile, poiché passata in cosa giudicata, per cui il M.I.U.R., parte nel giudizio che ha dato luogo alla sentenza in argomento, avrebbe dovuto conformare al giudicato amministrativo la propria ulteriore attività normativa in materia di GAE. Ciò, invece, non è avvenuto, poiché con l'adozione del decreto ministeriale impugnato, il M.I.U.R. ha di fatto reiterato la scelta preclusiva all'accesso in GAE per il personale munito di Diploma magistrale abilitante, lasciando, così, del tutto insoddisfatto l'interesse riconosciuto meritevole di tutela.

Dal che ne deriva che il D.M. 495/2016 è stato adottato dal M.I.U.R. in chiara elusione e/o violazione del giudicato, poiché lo stesso, nel richiamare all'art. 5) le norme regolamentari del

D.M. 235/2014 per tutto quanto ivi non espressamente previsto, e dunque anche ai fini dell'individuazione del personale avente titolo a presentare la relativa istanza di aggiornamento, ne riproduce sostanzialmente i vizi già censurati in sede di legittimità, ponendosi così in evidente contrasto con le puntuali prescrizioni provenienti dalla statuizione del Consiglio di Stato.

Orbene, va altresì rilevato che, se è pur vero che nel giudizio di legittimità gli effetti del giudicato amministrativo sono circoscritti all'atto amministrativo impugnato, è altrettanto vero che il giudicato amministrativo travolge tutti gli atti consequenziali e connessi a quello impugnato, per cui, nel caso concreto, gli effetti dell'annullamento del D.M. 235/2014 si riverberano certamente anche sul D.M. 495/2016 impugnato dagli odierni istanti, costituendo questo parte integrante del provvedimento già annullato dal Consiglio di Stato con la citata sentenza. Sotto il profilo soggettivo, inoltre, la pronuncia demolitoria del Consiglio di Stato esplica certamente i suoi effetti anche nei confronti degli odierni istanti, benché questi non abbiano assunto la qualifica di parte nel giudizio che ha dato luogo alla sentenza in argomento, trovandosi essi oggi nell'analoga situazione degli originari ricorrenti. Difatti, la statuizione definitiva del Consiglio di Stato ha avuto a oggetto un provvedimento di natura regolamentare a portata generale, per cui essa dispiega effetti *erga omnes* e non solo *inter partes*.

Con successiva sentenza il **Consiglio di Stato n. 3788/2015** ha statuito: «*Non sembra, del resto, esservi dubbio alcuno che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero da considerare in possesso del titolo abilitante. Il fatto che tale idoneità del titolo posseduto sia stata riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, non può impedire che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali, trattandosi di un pronunciamento interpretativo, (quello sopra menzionato di questo Consesso) avente ad oggetto il regime normativo pertinente e, come tale, valevole erga omnes (nei limiti dell'esaurimento degli effetti e della contestabilità giurisdizionale del rapporto amministrativo relativo*

a ciascun interessato). Conseguentemente, risulta utile la stessa presentazione delle citate domande di inserimento, inoltrate nei termini che decorrono dalla effettiva conoscenza, da parte dei ricorrenti originari, della lesività dell'atto impugnato. Risulta, altresì, fondata la pretesa allo stesso inserimento nella terza fascia delle medesime graduatorie, la stessa fascia in cui gli attuali appellanti avrebbero dovuto essere inseriti qualora il titolo abilitante fosse stato loro riconosciuto in precedenza dal Ministero il quale, anche dopo il riconoscimento, ha però, in maniera singolare, continuato a non attribuirgli valenza utile per l'iscrizione in tali graduatorie e lo ha riconosciuto soltanto ai fini dell'iscrizione nelle graduatorie d'istituto valide per il conferimento delle supplenze brevi e non per l'assunzione a tempo indeterminato».

Per di più, non si comprende come lo Stato Italiano abbia, in recepimento della direttiva succitata, ritenuto valido ed abilitante il diploma magistrale ai fini dell'inserimento nella seconda fascia delle graduatorie di istituto mentre non lo consideri titolo valido per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Inoltre, **l'Adunanza Plenaria il 27.04.2016**, ha confermato l'orientamento finora seguito dalla VI Sezione del Consiglio di Stato e ha riconosciuto, in via cautelare, l'inserimento in GAE degli appellanti, diplomati magistrali che avevano conseguito il titolo ante 2001/2002, difatti, ha statuito: *«Considerato che non appare opportuno discostarsi, ai limitati fini cautelari, dall'orientamento già espresso dalla Sezione sesta nelle sentenze citate nella ordinanza di rimessione (cfr. per tutte sentenza n.1973 del 2015) e in numerose altre pronunce cautelari, secondo cui i soggetti muniti di diploma magistrale conseguito entro l'anno 2001/2002 hanno titolo ad essere inseriti nelle GAE; considerato, pertanto, che va accolta la istanza cautelare degli originari ricorrenti – con esclusione, quindi, degli interventori - volta al provvisorio inserimento nelle GAE, in attesa della definizione del merito della causa dinanzi al giudice di primo grado; considerato che, ai fini del danno da ritardo, appare preminente l'interesse fatto valere dagli originari ricorrenti ad essere immessi nelle GAE rispetto all'interesse contrariodell'Amministrazione scolastica, che non ha evidenziato un pregiudizio grave conseguente a dette integrazioni, disposte soltanto a titolo cautelare (fatto salvo l'esito del giudizio di merito); (...)* **accoglie l'istanza cautelare in primo grado, ai soli fini della ammissione con riserva nelle GAE degli originari ricorrenti».**

Infine, va precisato che il predetto ricorso ha a oggetto l'impugnativa di D.M., e quindi di atti amministrativi generali a contenuto regolamentare; pertanto, non può ipotizzarsi la sussistenza di eventuali controinteressati in quanto le graduatorie sia provvisorie che definitive non sono state ancora pubblicate.

Ciò malgrado, a scopo puramente cautelativo e ad ogni buon fine, il contraddittorio viene instaurato anche nei confronti di docenti già inseriti nelle graduatorie ad esaurimento e richiedenti l'aggiornamento ai sensi del D.M. 495/2016 (due per ogni ambito provinciale).

In merito alla competenza del G.A., è pienamente **sussistente la giurisdizione amministrativa** in relazione allo specifico *petitum* riguardante una controversia diretta a contestare i vizi di legittimità dei criteri generali fissati dal decreto ministeriale D.M. 22.06.2016 n. 495 di formazione e aggiornamento delle graduatorie, alla luce della sentenza Consiglio di Stato, IV sezione, n. 953/2016 del 09.03.2016 nonché delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 27991 del 23.12.2013 e della stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 41/2011.

Peraltro, qualora l'oggetto del giudizio innanzi al giudice amministrativo è la regolamentazione stessa delle graduatorie ad esaurimento, in tal caso, è contestata la legittimità della regolamentazione, quanto al presupposto dell'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione in parte qua, e *«non già la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previo disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, anche eventualmente di natura normativa subprimaria»*: per cui la giurisdizione appartiene del giudice amministrativo. Infatti, se si tratta

«di veri e propri atti normazione subprimaria, quindi regolamentare, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di azione diretta al loro annullamento proposta da chi sia legittimato perché in situazione di interesse legittimo. Ove si tratti di atti amministrativi a contenuto generale ed astratto, ma privi di natura regolamentare, ossia di normativa subprimaria, come talora espressamente previsto, parimenti sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in caso di azione diretta al loro annullamento ove il contenuto degli stessi sia riconducibile al cit. D.lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1» [Cass. Civ., Sez. Uni., del 16.12.2013 n. 27991 e n. 27991]. Per di più, il Consiglio di Stato con **ordinanza del 22.04.2016** ha

statuito che: «*considerato che vengono in rilievo, nella presente controversia, anche atti regolamentari che definiscono le modalità generali di accesso alle graduatorie ad esaurimento; che in questi casi la giurisdizione spetta al giudice amministrativo dato che viene in rilievo la stessa regola ordinatoria posta a presidio dell'ingresso in graduatoria e dunque atti di macro-organizzazione (Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 2015, n. 5439, e altre); che infatti la P. A. , con l'adozione dei provvedimenti in esame, definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, determinando anche le dotazione organiche complessive; che, in relazione al contenuto sostanziale della pretesa azionata, sussistono, allo stato, alla luce degli orientamenti già espressi da questa Sezione (v. sentenze nn. 1973 e 3673 del 2015), i presupposti per concedere la misura cautelare richiesta, mediante l'inserimento con riserva degli appellanti nelle graduatorie per cui è causa*».

Concludendo, si deduce la tempestività delle richieste avanzate che non possono essere considerate tardive, avendo solo con l'emanazione del D.P.R. del 25.03.2014 che ha dato esecuzione al citato parere del Consiglio di Stato n. 3813 dell'11.09.2013 (affare n. 4929/2012), appreso che gli atti di aggiornamento delle graduatorie emanati negli anni dal M.I.U.R. erano illegittimi, nella parte in cui venivano esclusi dalle graduatorie medesime, i titolari del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 [Consiglio di Stato, del 10.09.2015 n. 4232]. Laddove, invece, il valore abilitante del titolo vantato dai ricorrenti, ove correttamente considerato dal M.I.U.R., avrebbe implicato il riconoscimento del diritto dei medesimi ad accedere a tutti i canali di reclutamento, comprese le GAE, e ciò sia ai fini delle supplenze annuali che per le assunzioni con rapporto a tempo indeterminato.

-♦-

2. VIOLAZIONE, ERRATA E FALSA APPLICAZIONE: DEL R.D. N. 1054/23, DELL'ART. 1 DELLE LEGGE DEL 30.07.1991 N. 239 – ECCESSO DI POTERE PER FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI – ILLOGICITÀ – CONTRADDITTORIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E INGIUSTIZIA MANIFESTA

Il R.D. n. 1054/23 all'art. 53 prevedeva che «*L'istruzione magistrale ha per fine di preparare gli insegnanti delle scuole elementari*». Quindi, prima dell'istituzione della laurea in Scienza della formazione, il titolo di studio attribuito dagli istituti

magistrali al termine di corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali di istituto magistrale (per la scuola dell'infanzia) o al termine dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale (per la scuola primaria) dovevano considerarsi abilitanti, secondo l'art. 53 R.D. 06.05.1923 n. 1054, in combinato disposto con l'art. 197 d.l. 16.04.1994, n. 297 ciò è sancito inoltre dal D.M. 10.03.1997, dall'art. 15, co. 7, del D.P.R. 23.07.1998 n. 323 ed infine, recentemente, ai fini dell'ammissione al concorso a cattedre, dal D.M. n. 106 adottato il 23.02.2016 dal M.I.U.R..

Molto più recentemente, l'art. 1 delle legge del 30.07.1991 n. 239, ha categoricamente affermato che: *«Il personale insegnante delle scuole materne deve essere fornito di titolo di studio legale di abilitazione all'insegnamento conseguito presso le scuole magistrali o dei titoli di studio rilasciato dagli istituti magistrali»*. Inoltre, il testo unico sulla scuola approvato con il D.Lgs. del 16.04.1994 n. 297 all'art. 194 comma 1 dispone che: *«al termine del corso di studi delle scuola magistrale si sostengono gli esami per il conseguimento del titolo di abilitazione all'insegnamento nelle scuole materne»*, mentre all'art. 197 *«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»*.

Orbene, anche a seguito della riforma del sistema di formazione degli insegnanti mediante l'istituzione del corso di laurea in Scienze della formazione primaria, si è, in via transitoria la legge 341/90 e poi il D.Lgs. 297/94 ha salvaguardato il suddetto valore abilitante dei diplomi magistrale già conseguiti. Tale norma è stata abrogata dalla legge n. 226 del 17.10.2005 che, tuttavia, all'art. 31, comma 2, ha previsto espressamente come le disposizioni abrogate *«(...) continuano ad applicarsi limitatamente alle classi di istituti e scuole di istruzione secondaria superiore ancora funzionanti secondo il precedente ordinamento, ed agli alunni ad essi iscritti, e sono abrogate a decorrere dall'anno scolastico successivo al completo esaurimento delle predetti classi (...)»*. L'art. 197, comma 1, del D.Lgs 297/1994 ha stabilito, a sua volta, *«A conclusione degli studi svolti nel ginnasio-liceo classico, nel liceo scientifico, nel liceo artistico nell'istituto tecnico e nell'istituto magistrale si sostiene un esame di maturità, che è esame di Stato e si svolge in unica sessione annuale. 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». Con il D.P.R. n. 232 del 1998 è stato approvato il *«Regolamento recante disciplina degli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio di istruzione secondaria superiore, a norma dell'art. 1 della legge 10 dicembre 1997 n. 425».* L'art. 15, comma 7, il D.P.R. 232/1998, nel regolare l'applicazione graduale della nuova disciplina, espressamente fa salvo in via permanente l'attuale valore legale abilitante dei corsi di studio dell'Istituto magistrale iniziati entro l'a.s. 1997/1998.

Con il D.P.R. n. 232 del 1998 è stato approvato il *«Regolamento recante disciplina degli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio di istruzione secondaria superiore, a norma dell'art. 1 della legge 10 dicembre 1997 n. 425».* L'art. 15, comma 7, il D.P.R. 232/1998, nel regolare l'applicazione graduale della nuova disciplina, espressamente fa salvo in via permanente l'attuale valore legale abilitante dei corsi di studio dell'Istituto magistrale iniziati entro l'a.s. 1997/1998.

In precedenza era stato, altresì, emanato il D.M. del 10.03.1997 n. 175 – denominato *«Norme transitorie per il passaggio al sistema di formazione universitaria degli insegnanti della scuola media ed elementare»*, perfettamente in linea con le disposizioni fino ad ora esaminate, sul riconoscimento del valore abilitante per i diplomati magistrali conseguiti entro l'a.s. 2001/2002. Si legge, in particolare, nelle premesse, a riprova di quanto sopra affermato *«Visto il Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, approvato col decreto legislativo 16 aprile 1994 n. 297 e, in particolare: (...) l'art. 194, comma 1, e l'art. 197, comma 1, nei quali è attribuito valore abilitante all'insegnamento nelle scuole materne ed elementari ai titoli che si conseguono al termine del corso di studi della scuola magistrale e dell'istituto magistrale».*

Il D.M. n. 175 del 1997, inoltre, all'art. 3, comma 1, ancora più chiaramente stabilisce: *«In relazione alla soppressione dei corsi triennali di scuola magistrale e di quelli quadriennali ed integrativi di istituto magistrale (...) è istituita una nuova tipologia di istituto di istruzione secondaria di secondo grado (...) di durata quinquennale (...). Al termine del predetto corso di studi si consegue il diploma di maturità non avente valore abilitante all'insegnamento nella scuola elementare e non idoneo all'insegnamento nella scuola materna».*

Quindi, secondo le disposizioni di legge sopra richiamate:

- ✓ i diplomati magistrali con il vecchio ordinamento, e quindi diplomati entro l'a.s. 2001/2002, per i quali vi è la salvezza del valore del corso di istruzione già iniziato: al titolo conseguito entro tale anno scolastico è riconosciuto valore abilitante all'insegnamento;
- ✓ i diplomati magistrali con il nuovo ordinamento e quindi diplomati dopo l'a.s. 2001/2002, per i quali la normativa precisa che il titolo conseguito al termine della frequenza dei nuovi corsi di studio non ha valore abilitante all'insegnamento;
- ✓ l'art. 2 del D.M. 175 del 1997, precisa: *«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 1997-1998, o comunque conseguiti entro l'anno scolastico 2001-2002, conservano in via permanente l'attuale valore legale».*



3. VIOLAZIONE, ERRATA E FALSA APPLICAZIONE: DELLA DIRETTIVA UE N. 99/70, DEL D.LGS. 368/2001, DELL'ART. 35, CO. 3 DEL D.LGS. N. 165 DEL 2001 – ECCESSO DI POTERE PER FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI – ILLOGICITÀ – CONTRADDITTORIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E INGIUSTIZIA MANIFESTA

Il contrasto dell'art. 1, comma 605, lettera c) della L. n. 296/2006 e dell'art. 1, comma 4,

D.L. n. 97/2004 può essere apprezzato anche sotto un ulteriore profilo.

Come è noto, i contratti a termine annuali ovvero fino al termine delle lezioni sono stipulati in via prioritaria con i docenti inseriti nelle GAE (art. 4, L. n. 124/1999; D.M. 13.06.2007 n. 131).

Sennonché, in forza del quadro legislativo testé illustrato, coloro che sono abilitati ma non sono inseriti - e dunque anche i ricorrenti - non possono essere inclusi nelle predette graduatorie in occasione del loro aggiornamento.

Ciò determina, pertanto, una manifesta discriminazione in danno di questi ultimi quanto a possibilità di stipulare contratti a termine. Tale circostanza si pone in contrasto con l'accordo quadro sul tempo determinato approvato con la direttiva UE 28.06.1999, n. 70, direttiva, quest'ultima, recepita dal D.Lgs. n. 368/2001. Infatti, la direttiva CEE n. 70/99 attribuisce precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato a chi abbia prestato nella stessa azienda

attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi. Dunque, a mente, tale accordo ha l'obiettivo precipuo di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione.

Di contro, l'effetto del divieto di includere i docenti abilitati all'insegnamento nelle graduatorie ad esaurimento, in occasione del loro aggiornamento, è proprio quello di discriminare questi ultimi quanto all'accesso al lavoro. Difatti, nel caso *de quo*, dal momento che ai ricorrenti viene preclusa la possibilità di essere inseriti nelle GAE (unico canale oggi concretamente percorribile per poter essere assunti a tempo indeterminato dalla P.A), sono condannati *de facto* ad una condizione di precariato perenne.

Infine, l'art. 35, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 stabilisce che: «*Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) **rispetto delle pari opportunità** tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali*».

-♦-

4. VIOLAZIONE, ERRATA E FALSA APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 36/2005, RECEPITA CON IL D.LGS. 206/2007 – ECCESSO DI POTERE PER FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI – ILLOGICITÀ – CONTRADDITTORIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E INGIUSTIZIA MANIFESTA

Secondo la direttiva n. 36/2005, recepita con il d.lgs. 206/2007, per poter esercitare una professione regolamentata, come quella dei docenti della

Pubblica Istruzione, occorre solo il possesso di una qualifica professionale. Lo scopo della disciplina europea di cui alla direttiva n. 2005/36/CE è facilitare la mobilità in Europa per l'esercizio delle professioni regolamentate è sempre nel rispetto di quei principi, immanenti nell'ordinamento comunitario, di uguaglianza e parità di trattamento [*T.A.R. Trento, Trentino-Alto Adige, Sez. I, del 06.12.2013 n. 400*]. Ebbene, tale qualifica professionale è l'unico requisito necessario e sufficiente per poter accedere alla professione e, quindi, alle GAE. Quindi, gli odierni ricorrenti – tutti in possesso di tale requisito – al pari dei docenti che dopo aver ottenuto una qualifica professionale in un Paese dell'Unione Europea (magari anche a seguito di corsi di poche settimane e senza alcuna effettiva esperienza di insegnamento) sono stati inseriti nelle GAE con il D.M. 572 del 27.06.2013, devono avere la stessa possibilità di inserimento. Se, infatti, gli istanti, facessero valere in un Paese dell'Unione il proprio titolo, potrebbero tranquillamente accedere alla professione di insegnante, cosa che, invece, viene, paradossalmente, negata proprio dal loro stesso Stato di appartenenza. Pertanto, ne consegue che non può essere ammessa nessuna disparità di trattamento tra le due categorie di docenti (quelli d'oltralpe e quelli italiani), in nome di quei principi immanenti precitati che da sempre hanno ispirato il lungo processo di integrazione comunitaria. Da ciò deriva, quindi, in ultima analisi, che ai ricorrenti deve essere pienamente riconosciuto il diritto di inserimento nelle GAE al fine di poter partecipare alle assunzioni promosse dal M.I.U.R. a condizioni di uguaglianza e parità.

-♦-

5. NULLITÀ DELL'ART. 5 DEL D.M. N. 495 DEL 22.06.2016 – ECCESSO DI POTERE PER FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI – ILLOGICITÀ – CONTRADDITTORIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E INGIUSTIZIA MANIFESTA

Il decreto n. 495/2016, oggetto della presente impugnazione, dispone, tra l'altro, all'art.5, che: *«Per quanto non previsto dal presente decreto trovano applicazione le disposizioni contenute nelle norme citate in premessa ed in particolare quelle contenute nel D.M. 235 del 01.04.2014, di cui il presente provvedimento è parte integrante»*. Tuttavia, quest'ultimo decreto è stato, come su accennato, **annullato** dal Consiglio di Stato con la vista decisione n. 1973/2015. In effetti, l'annullamento ha riguardato anche i criteri fissati dal

decreto ministeriale n. 235/2014, nella parte in cui non aveva consentito ai docenti, in possesso del titolo abilitante di diploma magistrale - conseguito entro il predetto anno scolastico 2001/2002 - l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento. Ne consegue che, essendo la vista decisione passata in giudicato, la stessa non può che fare stato nei confronti di tutti gli interessati [T.A.R. Lazio ordinanza del 14.06.2016; T.A.R. Latina (Lazio) 27.01.2016 n. 46].

In caso analogo alla presente fattispecie il T.A.R. Lazio: «*con riferimento alla domanda di annullamento del D.M. M.I.U.R. n. 325/2015, l'atto impugnato dispone espressamente, all'articolo 5, che, per quanto non espressamente previsto nel medesimo decreto, valgono le disposizioni dicui al D.M. M.I.U.R. n.235/2014, e che quest'ultimo è stato definitivamente annullato con la sentenza del C.d.S. n. 1973/2015 del 16 aprile 2015, passata in giudicato, e che, pertanto, fa stato nei confronti di tutti gli interessati*» [T.A.R. Lazio 23.10.2015 n. 4576], ragion per cui la reiterata scelta ministeriale è stata adottata in «*conclamata elusione del giudicato formatosi sulle sopra indicate sentenze*» [T.A.R. Lazio. nn. 10675/15 e 10902/15]. Pertanto, essendo nullo, in parte qua, il D.M. n. 325/15 deve ritenersi illegittimo il diniego dei diplomati magistrali all'ammissione in GAE non essendoci alcun atto datoriale utile a frapporre il relativo diniego. Per di più, il D.M. n. 325/2015 - in ogni caso - ha inserito i diplomati magistrali nella seconda fascia delle graduatorie di istituto, ove possono accedere esclusivamente i docenti abilitati.

Pertanto, nel caso di specie, è indubbio che i ricorrenti, tutti muniti di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002, debbono essere annoverati tra i soggetti interessati, ancorché - come espressamente rimarcato nella vista decisione del giudice d'appello: «*il parere del Consiglio di Stato, sia stato formalizzato solo a seguito dell'intervenuto d.P.R. del 25 marzo 2014, (...) consentendo di presentare la predetta domanda di inserimento in graduatoria*».

Ne discende, sempre sulla scorta della ridetta decisione del Consiglio di Stato, che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero già in possesso del titolo abilitante.

In definitiva, la circostanza che tale abilitazione sia stata riconosciuta soltanto nel 2014, non può certamente impedire, come espressamente affermato nella

ridetta decisione n. 1973/15, che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, annullato - conformemente alla richiesta delle interessate - il decreto ministeriale in epigrafe.

-♦-

6. VIOLAZIONE, ERRATA E FALSA APPLICAZIONE DELLA: L. N. 241/1990; ART. 65 D.LGS. N. 82/2005 – ECCESSO DI POTERE PER FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI – ILLOGICITÀ – CONTRADDITTORIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E INGIUSTIZIA MANIFESTA

I ricorrenti hanno proposto diffida/istanza di inclusione nelle graduatorie di cui è causain modalità cartacea non rientrando, a norma del bando, tra i soggetti legittimati a presentare domanda. A dire il vero l'adempimento in parola, ai fini della legittimazione al ricorso risulterebbe superfluo.

Difatti la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in merito come di seguito:

«nel caso in cui le clausole del bando di gara pubblica siano ex se immediatamente lesive e tali da precludere la partecipazione alla procedura comparativa, la presentazione della domanda di partecipazione finisce con essere un adempimento inutile meramente formale cui seguirebbe l'estromissione dalla gara con appesantimento della tutela dell'interessato obbligato ad aspettare l'esclusione dalla gara, onde impugnare anche tale provvedimento; d'altro canto, non appare conforme alla piena esplicazione del diritto alla difesa e del diritto di libertà di iniziativa economica privata, nonché del principio di libera concorrenza, subordinare la legittimazione di un soggetto, sostanzialmente leso in via immediata da una clausola del bando che gli preclude la partecipazione alla gara, al mero formalismo della presentazione di una domanda che ne comporterebbe l'esclusione» [Consiglio di Stato, sez. V, 20.04.2012, n. 2339, conferma TAR Lazio, Roma, Sez. II, n. 12932 del 2006; TAR Abruzzo Pescara, Sez. I, 21.01.2013, n. 19].

Ad ogni buon conto, per completezza difensiva si osserva quanto segue.

L'art. 38 D.P.R. n. 445/2000 consente all'Amministrazione di prevedere che le istanze di partecipazione ai concorsi possano essere presentate in via

telematica, a condizione che siano rispettate le modalità di cui all'art. 65, D.Lgs. n. 82/2005. Sennonché, pena l'illegittimità delle relative determinazioni, nei profili indicati nella rubrica del presente motivo:

- l'Amministrazione, ancorché si avvalga di tale facoltà, non è legittimata a disconoscere validità alle domande/diffide presentate su supporto cartaceo, anziché in via telematica;
- l'Amministrazione non può, soprattutto, avvalersi di tale facoltà per introdurre procedure di partecipazione finalizzate a costringere il candidato ad accettare ogni singola disposizione del bando, pena l'impossibilità per il medesimo di produrre l'istanza a causa del blocco della procedura, ovvero ad inibire al candidato medesimo la prosecuzione della formulazione della domanda in quanto asseritamente privo di uno dei requisiti soggettivi in contestazione (a causa del blocco della procedura telematica).

Quindi, non sembra, altresì, esservi dubbio alcuno che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero già in possesso del titolo abilitante. Il fatto che tale abilitazione sia stata riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, non può impedire che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali.

Conseguentemente, risulta valida la stessa presentazione delle citate domande di inserimento presentate nei termini che decorrono dalla effettiva conoscenza, da parte dei ricorrenti originari, della lesività dell'atto impugnato [*Consiglio di Stato del 16.04.2015*].

Pertanto, per i motivi tutti indicati, non potrà che essere annullato il D.M. 22.06.2016 n. 495 nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti, docenti in possesso del titolo abilitante di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento.

-♦-

7. VIOLAZIONE, ERRATA E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 4, COMMI 1 E 2, DEL D.P.R. 487/1994 E DELL'ART. 4 DEL D.P.R. 11.02.2005 N. 68 – ECCESSO DI POTERE PER FALSITÀ DEI PRESUPPOSTI – ILLOGICITÀ – CONTRADDITTORIETÀ – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA TUTELA

DELL’AFFIDAMENTO – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO E INGIUSTIZIA MANIFESTA

I ricorrenti hanno tentato di inviare la propria domanda di inserimento nelle GAE attraverso la piattaforma informatica indicata dal M.I.U.R. ma non hanno potuto completare la procedura per via del blocco informatico - illegittimo - delle istanze presentate dai candidati aprioristicamente ritenuti privi dei requisiti.

I ricorrenti, constatata l'impossibilità di completare la procedura telematica per richiedere l'inserimento, hanno inviato le domande in modalità cartacea con racc. a.r. [cfr.all.ti].

L'art. 10, rubricato «*Regolarizzazioni e esclusioni*», del citato decreto al comma 2, lettera b, tuttavia stabilisce che «*è motivo di esclusione (...) la domanda presentata in modalità difforme da quanto previsto dall'art. 9, commi 2 e 3*». Ora, non vi è chi non veda l'illegittimità, per violazione dell'art. 51 della Cost., di un atto amministrativo che determina una aprioristica preclusione - ossia prima che sia stato effettuato l'accertamento del possesso dei requisiti di ammissione - alla stessa presentazione delle domande di inserimento in graduatoria. Peraltro, la possibilità di produrre istanza di partecipazione esclusivamente *on line*, viola l'art. 4, comma 1 e 2, del D.P.R. n. 487/94 ai sensi del quale le domande di ammissione alle procedure selettive possono essere redatte in carta semplice, secondo uno schema che deve essere fornito dall'amministrazione e inviate all'amministrazione competente.

L'art. 38 del decreto del Presidente della Repubblica del 28.12.2000 n. 445 prevede poi espressamente che: «*tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica*». Ebbene, l'art. 4 del D.P.R. dell'11.02.2005 n. 68, recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata hanno reso equivalente la trasmissione posta certificata alla notificazione per mezzo della posta, ma non hanno in alcun modo previsto che le istanze di partecipazione al concorso possano essere presentate esclusivamente con modalità *web*.

Per di più, la **tempestività** delle richieste avanzate, che non possono essere considerate tardive, è data dalla circostanza che solo con l'emanazione del D.P.R. del 25.03.2014, che ha dato esecuzione al parere del Consiglio di Stato n. 3813/2013, i ricorrenti hanno appreso che gli atti di aggiornamento delle graduatorie emanati negli anni dal M.I.U.R. erano illegittimi, nella parte in cui

venivano esclusi dalle graduatorie medesime, i titolari del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

-♦-

8. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA INDEROGABILITÀ *IN PEIUS*

Secondo le disposizioni contenute nell'art. 6 del D.M. 235/2014 tra i requisiti previsti dal M.I.U.R. per l'accesso a pieno titolo nelle GAE vi è l'iscrizione già con riserva nelle stesse. Tuttavia, tale requisito **non è previsto** dalla normativa di rango primario che, ai fini dell'inserimento a pieno titolo nelle GAE, assegna questa possibilità semplicemente a coloro

«che hanno frequentato i corsi del IX ciclo presso le scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (SSIS) [...] attivati nell'anno accademico 2007/2008, e hanno conseguito il titolo abilitante» (art. 5 bis l. 169/2008). La normativa è chiara e non prevede la preventiva iscrizione con riserva quale requisito necessario per l'inserimento a pieno titolo nelle GAE, ma solo la frequentazione dei corsi S.I.S.S. ed il conseguimento del relativo titolo abilitante, nel frattempo divenuto TFA dopo l'abolizione delle stesse S.I.S.S.. Di talché il D.M. è stato considerato illegittimo in parte *qua* dal Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 11.03.2015, n. 1106.

istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami

ex art. 41, comma 4, c.p.a.

A tutti i docenti inseriti nelle suddette graduatorie il ricorso introduttivo in primo grado è già stato notificato per pubblici proclami, stante l'ordinanza del TAR Lazio, Sez. III bis, n. 5585/2016, nonché il decreto presidenziale n. 4767 del 13.8.2016 con il quale si è ritenuto di *“poter disporre, ai sensi dell'art. 41, 4° comma, cpa - per ragioni di concentrazione e di economicità del giudizio, riconducibili anche all'art. 1 cpa- che, in relazione alla presumibile non agevole individuazione del novero effettivo dei controinteressati nonché del numero degli stessi, sussistono i presupposti di cui all'art. 49 cpa, per ordinare la notificazione per pubblici proclami, mediante la pubblicazione sul sito web dell'intimata Amministrazione - sia in sede centrale che in ciascuna delle sedi territoriale competenti- di copia integrale del ricorso nonché del presente Decreto, con l'indicazione dei*

controinteressati (alla cui individuazione collaborerà anche l'intimata Amministrazione)”.

Ai fini della completa instaurazione del contraddittorio, l'appello dovrebbe essere anch'esso notificato a tutti i docenti (e non solo a quelli già evocati in giudizio) inseriti nelle GAE dei relativi Ambiti Territoriali indicati in epigrafe. Tuttavia, risulterebbe oggettivamente difficile la notificazione nei modi ordinari, essendo rilevante il numero dei destinatari. Si rappresenta che il Consiglio di Stato, in casi analoghi, è solito disporre la pubblicazione dell'appello nel testo integrale sul sito internet delle Amministrazioni resistenti.

Pertanto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 52, c. 2, e 41, c. 4, c.p.a., nonché all'art. 151 c.p.c., si chiede all'Ecc.mo Collegio di autorizzare, se lo ritenga necessario, l'integrazione del contraddittorio mediante notificazione per pubblici proclami del gravame ai contro interessati (anziché con pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, che sarebbe oltremodo onerosa per le appellanti, oltre a non apparire comunque idonea allo scopo) sul sito del Ministero dell'Istruzione indicando le modalità che ritenga più opportune per l'agevole conoscenza dell'esistenza del gravame.

p.q.m.

si chiede all'Ecc.mo Consiglio di Stato di accogliere l'appello annullando la sentenza n. 565/2021 del TAR Lazio, sez. III-bis, pubblicata in data 15.1.2020, resa sul ricorso iscritto al r.g. 9291/2016, e, per l'effetto:

- 1) annullare i provvedimenti impugnati in primo grado, eventualmente disapplicando le norme nazionali per il palese contrasto con le norme europee;
- 2) condannare le Amministrazioni intimare al risarcimento del danno cagionato agli istanti in forma specifica, attraverso l'inclusione e/o inserimento nelle GaE e nella I fascia di quelle d'istituto per cui sono causa e/o in subordine, anche ai sensi dell'art. 34 c.p.a, previo accordo con le Amministrazioni resistenti, per

l'equivalente monetario che sarà quantificato in corso di causa.

- 3) condannare le Amministrazioni alla refusione delle spese, ivi incluso il contributo unificato e il pagamento degli onorari.

Con ogni ulteriore statuizione prevista dalla legge.

Si dichiara che il presente procedimento riguarda la materia del pubblico impiego e che il pagamento del contributo unificato è di 487,50 euro.

prof. avv. Alfonso Vuolo