



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

Con sentenza parziale

sul ricorso numero di registro generale 6340 del 2015, proposto dai signori:

OMISSIS

www.professionistiscuola.it

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato e presso la medesima domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

sul ricorso per decreto ingiuntivo numero di registro generale 6574 del 2015, proposto dai

signori:

OMISSIS

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato e presso la medesima domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

contro

quanto al ricorso n. 6340 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione III bis n. 04460/2015, resa tra le parti, concernente aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo

per la riforma

quanto al ricorso n. 6574 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione III bis n. 04460/2015, resa tra le parti, concernente aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2015 il Cons. Gabriella De Michele e uditi per le parti gli avvocati Lemmo in sostituzione degli avvocati Cundari Francesco e Cundari Giuseppe, nonché l'avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con sentenza del tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, sez. III bis, n. 4460/15 del 23 marzo 2015 è stato respinto il ricorso proposto da numerosi soggetti in possesso di titoli ritenuti idonei (diploma magistrale – o laurea – con valore abilitante, o superamento di appositi corsi di formazione, o idoneità al concorso a cattedre indetto nel 2012), che avevano presentato domanda di iscrizione nelle predette graduatorie, per la prima volta, nel 2014.

Nella citata sentenza si ricordava come l'aggiornamento delle graduatorie degli insegnanti, divenute “*ad esaurimento*” (GAE) a norma dell'art. 1, comma 605, lettera c) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, dovesse avere luogo con cadenza triennale, con impossibilità di nuovi inserimenti. Tale impossibilità – già sancita dal d.l. n. 97 del 2004, salvo ipotesi eccezionali) – sarebbe stata confermata dall'art. 14, comma 2 ter del d.l. n. 216 del 2011, fatta salva una fascia di docenti, appartenenti a categorie speciali, destinatarie di regimi transitori, o che avessero in corso il conseguimento del titolo abilitante al momento della riforma, in base a disposizioni che, appunto perché eccezionali ed ispirate a logiche derogatorie contingenti, non si presterebbero ad eccezione di incostituzionalità. La domanda di annullamento delle GAE, proposta con motivi aggiunti di gravame, sarebbe stata inoltre inammissibile per difetto di giurisdizione (Cass. SS.UU. 8 febbraio 2011, n. 3032 e Cons. Stato, Ad. Plen., 4 luglio 2011, n. 11).

Avverso la citata sentenza sono stati proposti due distinti atti di appello (nn. 6340/15, notificato in data 8 luglio 2015 e 6574/15, notificato il 10 luglio 2015). In entrambe le impugnative si ribadivano le ragioni di contestazione, già prospettate in primo grado avverso il decreto ministeriale n. 235 del 2014, che – nel disporre l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo per gli anni scolastici 2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017 – non consentiva nuovi inserimenti in graduatoria, con particolare riguardo per chi, come gli attuali appellanti, fosse in possesso di un titolo

di studio abilitante o di abilitazione, conseguita a seguito di apposito corso-concorso. La difesa degli appellanti, oltre a ribadire il valore abilitante del titolo posseduto dagli stessi, sottolineava come la preclusa possibilità di iscrizione in graduatoria di nuovi aspiranti – in situazioni non dissimili da quelle, che in precedenza consentivano detta ammissione – fosse lesiva del principio di affidamento, illogica e contraddittoria, con configurabile illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 605, lettera c) della legge n. 296 del 2006, ove ritenuta di stretta interpretazione. La medesima norma, inoltre, sarebbe stata contrastante con la direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 sul lavoro a tempo determinato, ispirata al fine di proteggere da discriminazioni i lavoratori interessati, in base a principi riconosciuti come norme di diritto sociale comunitario e tali da imporre ai giudici nazionali la disapplicazione delle norme contrastanti. I nuovi inserimenti in graduatoria, pertanto, avrebbero dovuto essere disposti *“al fine di non perpetuare una situazione di precariato teoricamente senza limiti, in aperto contrasto con le finalità essenziali della direttiva europea”*, a meno di non consentire *“assunzioni a termine in successione....ritenute dal legislatore comunitario una potenziale forma di abuso a danno dei lavoratori?”*.

L'art. 1, comma 605, della legge n. 296 del 2006 – nel trasformare le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento – avrebbe invece fatto salvo l'inserimento dei docenti già in possesso di abilitazione, come gli attuali appellanti, con esclusione solo di coloro che avessero conseguito l'abilitazione dopo la trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento.

Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – costituitosi in giudizio, con proposizione di appello incidentale condizionato – ricostruiva il quadro normativo di riferimento, sottolineando come, dopo la predetta trasformazione delle graduatorie, nuovi inserimenti fossero possibili solo in via eccezionale, in termini puntualmente definiti per legge (art. 5 bis d.l. n. 137 del 2008 e art. 14, comma 2 ter, del d.l. n. 216 del 2011). Nel caso di specie, gli appellanti vorrebbero trarre titolo per l'inserimento dal d.P.R. del 25 marzo 2014, con cui – a seguito di parere n. 3818/14 del Consiglio di Stato – è stato accolto il ricorso straordinario proposto da alcuni docenti, che avevano rivendicato l'efficacia abilitante del diploma magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002. Dal predetto ricorso straordinario, tuttavia, non poteva scaturire una rimessione in termini

per l'impugnazione di altri soggetti, rimasti estranei al giudizio e non presentatori di tempestiva domanda, per l'inserimento nelle graduatorie di cui trattasi. Le numerose normative succedutesi nel tempo, circa i requisiti che consentivano l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, non avrebbero comunque mai consentito detta iscrizione ai meri possessori di diploma magistrale, senza l'ulteriore superamento di un concorso per titoli. Per quanto riguarda, inoltre, il possesso di laurea in Scienza della Formazione Primaria, ex d.m. 249/2010, o di titolo acquisito attraverso i vari percorsi abilitanti, mancherebbe comunque la disposizione – necessariamente di rango legislativo – per riaprire le graduatorie ormai chiuse a nuovi ingressi e proprio per tale ragione dichiarate “*ad esaurimento*” (fatto salvo il previsto aggiornamento annuale, per chi sia iscritto con riserva e possa ottenere l'iscrizione *pleno iure*, o per chi abbia acquisito nuovi titoli culturali o di servizio).

Nessun titolo abilitante, inoltre, era riconosciuto ai candidati, risultati idonei e non vincitori nel concorso, indetto con D.D.G. n. 82 del 2012, come espressamente indicato nel bando e già riconosciuto dalla giurisprudenza. Nel medesimo concorso, infatti, era solo stato previsto in via eccezionale – rispetto alla regola di cui al decreto interministeriale n. 460 del 1998, che impone dal 2002 il possesso di abilitazione per la partecipazione ai concorsi – l'ammissione di docenti non abilitati, che avessero conseguito il titolo accademico in determinati anni: solo per costoro il superamento del concorso costituiva anche titolo abilitante (non riconosciuto, invece, per gli idonei).

Tutte le ipotesi derogatorie, rispetto alla nuova disciplina, avevano comunque precisi limiti temporali di riferimento ed in nessun caso consentivano l'iscrizione per la prima volta in graduatoria di aspiranti docenti, presentatori di domanda solo nel 2014.

Veniva proposto infine – ma in via subordinata – appello incidentale in ordine alla medesima sentenza, nella parte in cui implicitamente riconosceva la sussistenza di giurisdizione del giudice amministrativo in materia. Secondo il più recente indirizzo giurisprudenziale, infatti, dovrebbe ricevere prioritaria attenzione la situazione soggettiva degli aspiranti, anche in presenza di impugnazione di un atto amministrativo (Cons. Stato, sez. I, 8 luglio 2015, n. 3415). Sussisterebbe, pertanto, la giurisdizione del giudice ordinario quando, come nel caso di specie, dovessero solo accertarsi i requisiti di accesso alla

graduatoria, come previsti per legge e meramente riprodotti nei decreti ministeriali di aggiornamento, senza alcun potere discrezionale dell'Amministrazione.

DIRITTO

La questione sottoposta all'esame del Collegio riguarda la possibilità, o meno, di inserimento nelle graduatorie ad esaurimento di aspiranti docenti, in possesso di diploma magistrale con valore abilitante, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, nonché di laurea in Scienza della Formazione primaria, o di "*altra laurea*", oppure di abilitazione conseguita nei corsi PAS conclusi entro il mese di luglio 2014, o di TFA, o ancora idonei al concorso a cattedre, indetto con DDG n. 82 del 2012, con impugnazione – nella parte in cui detto inserimento non era previsto – del decreto del M.I.U.R. n. 235 in data 1 aprile 2014.

Prima di affrontare il merito della questione sopra sintetizzata, il Collegio ritiene opportuno disporre la riunione degli appelli nn. 6340/15 e 6574/15, in quanto riferiti alla medesima sentenza, sulla base di situazioni soggettive diverse, ma ricondotte a problematiche interpretative connesse.

Deve essere inoltre affrontata la questione pregiudiziale, che l'Amministrazione appellata solleva in via subordinata, ma che per sua natura non può rispondere alla logica del principio dispositivo, che consente alle parti di graduare l'ordine di trattazione delle proprie ragioni difensive (di solito, subordinando la valutazione di quelle, finalizzate a soddisfare un mero interesse residuale – di natura risarcitoria o di recupero di "*chances*", conseguenti all'integrale rimessa in discussione del rapporto controverso – rispetto a quelle con cui si persegue direttamente un bene della vita: cfr. al riguardo Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362 e 10 febbraio 2015, n. 713, nonché Cons. Stato, Ad.Plen., 27 aprile 2015, n. 5).

A tale subordinazione non può che restare estranea l'eccezione di difetto di giurisdizione, che il giudice – fatto salvo, in grado di appello, il caso di giudicato parziale formatosi in primo grado (cfr. al riguardo art. 9 cod. proc. amm.) – non potrebbe senza intrinseca contraddittorietà esaminare dopo avere valutato le questioni di merito, quando la questione risulti comunque prospettata da una delle parti (cfr. anche, in senso sostanzialmente conforme, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 5/2015 cit.).

Premesso quanto sopra il Collegio non può non rilevare che – in materia di giurisdizione – un ampio indirizzo giurisprudenziale ha da tempo escluso la cognizione del giudice amministrativo in materia di aggiornamento e di scorrimento delle graduatorie di personale, dipendente da una pubblica amministrazione – e segnatamente da quella scolastica – in regime di diritto privato (cfr., fra le tante, Cass. SS.UU. 28 luglio 2009, n. 17466, 13 febbraio 2008, n. 3399, 20 giugno 2007, n. 14290, 18 maggio 2007, n. 11563, 22 luglio 2003, n. 11404, 23 novembre 2000, n. 1203; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 11 settembre 2008, n. 1965; TAR Sicilia, Catania, sez. II, 24 aprile 2009, n. 792; TAR Campania, Salerno, sez. I, 12 gennaio 2009, n. 21; TAR Lazio, Roma, sez. I, 20 febbraio 2008, n. 1532). Secondo tale indirizzo le procedure concorsuali, finalizzate all'assunzione presso una pubblica amministrazione, si consideravano rimesse alla cognizione del giudice amministrativo – ex art. 63, comma 4, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – solo quando fosse attribuito alla medesima amministrazione un potere valutativo e comparativo del merito dei partecipanti (che in tale ottica avrebbero avuto un interesse legittimo al corretto espletamento della procedura); quando invece fosse in discussione la formazione di graduatorie, sulla base di criteri prestabiliti dalla normativa o dalla stessa pubblica autorità, cui restasse un potere di mero accertamento, gli aspiranti all'inserimento avrebbero potuto far valere – per affermare i requisiti propri o contestare quelli altrui – un vero e proprio diritto soggettivo al lavoro, rientrante nella cognizione del giudice ordinario.

Secondo un diverso, risalente indirizzo (cfr. Cons. St., Ad. Plen., n. 8/2007, nonché, fra le tante, Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2006, n. 5416), gli atti di formazione ed approvazione delle graduatorie, per il conferimento di incarichi di insegnamento e la graduale immissione in ruolo dei docenti interessati, avrebbero dovuto ritenersi invece caratterizzati da aspetti concorsuali, inerenti al possesso ed alla valutazione dei requisiti di legge, nonché dei titoli cui è legata l'assegnazione di posizioni utili, per aspirare alla costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a., sia di durata temporanea (incarico), sia a tempo indeterminato (immissione in ruolo). Quest'ultimo indirizzo è stato a lungo ritenuto preferibile in quanto – a norma dell'art. 97, comma 3, della costituzione, in base al quale *“Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”* – non avrebbe potuto ammettersi che la legge escludesse dal

reclutamento concorsuale una categoria – come quella degli insegnanti – per la quale la delicatezza delle funzioni assegnate, nel rilevante interesse pubblico alla formazione culturale dei giovani, avrebbe dovuto imporre una vera e propria selezione concorsuale di merito. Quanto sopra non ha impedito tuttavia che, per vicende contingenti, la classica procedura selettiva del concorso per esami trovasse nel settore in esame consistenti deroghe, per lo più finalizzate a sanare una pluriennale inerzia dell'Amministrazione scolastica nell'indizione dei concorsi in questione, con la conseguente – e concomitante – necessità di procedure selettive particolari, finalizzate al reclutamento di docenti formati in base all'esperienza didattica, purchè in possesso di titoli adeguati. Si è così progressivamente consolidata la tesi, secondo cui l'accertamento non solo della corretta posizione degli insegnanti nelle graduatorie, ma anche l'inserimento nelle stesse in base a titoli predeterminati attenesse a diritti soggettivi degli aspiranti, che avessero già instaurato con l'Amministrazione un rapporto di lavoro, benchè a carattere precario (Cass. SS.UU. 8 febbraio 2011, n. 3032, 10 novembre 2010, n. 22805, 16 giugno 2010, n. 14496, 3 aprile 2010, n. 10510; Cons. St., Ad. Plen., 12 luglio 2011, n. 11; Cons. St., sez. VI, 12 settembre 2011, n. 5110).

A diverse conclusioni (ovvero, alla ravvisata sussistenza di giurisdizione del giudice amministrativo) si deve tuttavia pervenire, per contestazioni che investano direttamente “*il potere regolamentare governativo o ministeriale, ovvero la potestà di emanare atti amministrativi generali di natura non regolamentare*”, con contenuto riconducibile all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 (cfr. in tal senso Cass. civ. SS.UU., 16 dicembre 2013, n. 27991): tale peculiare forma di contestazione, ad avviso del Collegio, è rilevabile nel caso di specie.

Nella situazione in esame si censurano infatti non le modalità di valutazione di singole posizioni soggettive, ma in via principale le determinazioni espresse dal MIUR nel decreto n. 235 in data 1 aprile 2014 (*aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il triennio 2014 – 2017*), per profili organizzativi di carattere generale, inerenti a titoli che, ad avviso degli appellanti, consentirebbero una parziale riapertura delle graduatorie stesse. A tale tipologia di contestazioni, che investono la regolamentazione in via autoritativa del settore, effettuata dall'Amministrazione quale datrice di lavoro non può che corrispondere –

secondo il più recente, citato orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione – la giurisdizione del giudice amministrativo.

Nel merito, osserva il Collegio che solo alcune delle prospettazioni difensive degli appellanti hanno sinora trovato parziale accoglimento, tenuto conto dei profili generali della normativa di riferimento, di seguito sintetizzati.

Le graduatorie ad esaurimento, in cui gli attuali appellanti vorrebbero essere inseriti, discendono dalla trasformazione – ex art. 1, comma 605, lettera c) della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (*legge finanziaria 2007*) – delle graduatorie permanenti del personale docente, con alcuni ulteriori inserimenti da effettuare per il biennio 2007/2008, per personale già abilitato o con abilitazione in corso di conseguimento. La norma in questione enunciava espressamente la finalità di dare “*adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione*”; tale finalità era già implicita in normative precedenti, che avevano cercato di rivitalizzare il reclutamento dei nuovi insegnanti attraverso concorso pubblico per esami, certamente più idoneo a selezionare in modo ottimale il personale docente, con modalità pienamente conformi all’art. 97, comma 2, della Costituzione. Già con decreto legge 6 novembre 1989, n. 357 (*Norme in materia di reclutamento del personale della scuola*), convertito in legge dall’art. 1, comma 1, l. 27 dicembre 1989, n. 417, nell’art. 2, comma 1, si prevedeva che l’accesso al ruolo docente avesse luogo tramite concorso per soli titoli, ovvero con concorso per titoli ed esami, con riserva di metà dei posti disponibili per ciascuna delle predette tipologie. Nel successivo d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (*Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*), l’art. 399 riproduceva la disposizione sopra riportata, mentre l’art. 401 – come integrato con legge 3 maggio 1999, n. 124 – introduceva appunto le graduatorie permanenti, che assorbivano le graduatorie dei concorsi per soli titoli e prevedevano periodiche integrazioni. Con la ricordata legge n. 296 del 2006 si è concretizzato – con decorrenza dalla data di entrata in vigore della legge stessa – l’intento di non consentire ulteriori accessi alla docenza con matrice diversa da quella concorsuale vera e propria, per esami e non per soli titoli, fatto salvo il graduale assorbimento nei ruoli dei docenti che, nel sistema previgente, avevano comunque maturato una lunga esperienza di insegnamento, sulla base di titoli che ne avevano consentito, a suo tempo, l’iscrizione nelle graduatorie

permanenti. A tale disposizione hanno fatto seguito alcune deroghe: il decreto legge 1 settembre 2008, n. 137 (*disposizioni urgenti in materia di istruzione e università*), nell'art. 5 bis (*disposizioni in materia di graduatorie ad esaurimento*), inserito dalla legge di conversione 30 ottobre 2008, n. 169, ha consentito l'iscrizione in dette graduatorie (per quanto qui interessa) di coloro che avessero conseguito il titolo abilitante tramite i corsi attivati nell'anno accademico 2007/2008, ovvero che in tale anno si fossero iscritti al corso di laurea in scienza della formazione; il decreto legge 29 dicembre 2011, n. 216 (*Proroga dei termini previsti da disposizioni legislative*), nell'art. 14, comma 2 ter, aggiunto dalla legge di conversione 24 febbraio 2012, n. 14, a sua volta – pur ribadendo la chiusura delle graduatorie ad esaurimento – prevedeva una fascia aggiuntiva “*a decorrere dall'anno scolastico 2012 – 2013*”, per chi avesse frequentato corsi abilitanti, o corsi di laurea in scienza della formazione primaria negli anni accademici 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011. Quanto al concorso, bandito con D.D.G. n. 82 del 2012, il riconoscimento di titolo abilitante agli idonei era precluso dal decreto interministeriale n. 460 del 1998, delegato ad adottare disposizioni transitorie ex art. 1 della legge n. 315 del 1998 e richiamato dall'art. 2 del bando, che disponeva esplicitamente la cessata possibilità di conseguire l'abilitazione “*nei modi previsti dall'art. 400, comma 12, del d.lgs. n. 297/94*”.

Tenuto conto del quadro normativo, di cui sono stati evidenziati i tratti essenziali, si deve premettere che gli appellanti prospettano situazioni diverse fra loro, circa l'ammissibilità di titoli conseguiti (per concorso o tramite corsi abilitanti) dopo la chiusura delle graduatorie permanenti e non in conformità alle parziali deroghe legislative, che avevano consentito ulteriori iscrizioni, in via eccezionale, nei termini in precedenza specificati; solo per alcuni casi (diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002), invece, il titolo era antecedente alla chiusura delle graduatorie in questione, benchè l'efficacia abilitante dello stesso fosse stata, si sostiene, solo successivamente riconosciuta, in sede di ricorso straordinario (cons. Stato, sez. II, parere n. 3813 in data 11 settembre 2013, seguito da d.P.R. del 25 marzo 2014).

Per quanto riguarda la prima tipologia di questioni, il Collegio ritiene di poter prescindere dalle eccezioni di tardività e inammissibilità, in quanto le istanze, presentate nel 2014, non potevano comunque consentire deroghe alla disciplina legislativa, che chiaramente

precludeva ai nuovi abilitati, o ai possessori di qualsiasi titolo di laurea, o ai candidati, risultati idonei nel ricordato concorso del 2012, l'iscrizione nelle graduatorie ad esaurimento, costituite per consentire il graduale assorbimento nei ruoli dei "precari storici", mentre era riservata ai nuovi, più giovani aspiranti la sola via dell'accesso concorsuale per esami (fatta salva la possibilità di permanenza degli stessi nelle graduatorie di Istituto, destinate a sopperire ad esigenze estemporanee di supplenza). Tale disciplina, come già rilevato nella sentenza di primo grado, non si prestava a dubbi di costituzionalità, in base alla consolidata lettura del principio di eguaglianza, che non esclude l'introduzione nel corso del tempo di fattori di differenziazione, secondo un modulo dinamico che non può escludere discipline diverse in situazioni differenti (cfr. Corte Cost. 28 marzo 1996, n. 89 e 24 ottobre 2014, n. 241). Nella situazione in esame, appare ragionevole ed ispirato a consistenti ragioni di interesse pubblico il ripristino a regime del sistema di reclutamento degli insegnanti attraverso selezione concorsuale per esami, con salvaguardia delle sole più antiche posizioni di "precarato storico", per evidenti ragioni sociali. Ragioni, quelle appena indicate, che giustificano pienamente l'attuale disciplina anche in rapporto al diritto comunitario, con particolare riguardo alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio in data 28 giugno 1999, che esclude ogni discriminazione dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato e postula estensione ai primi degli istituti propri del rapporto dei secondi (considerando – in caso di trasformazione del rapporto di lavoro – le vicende del precedente rapporto a termine come intervenute in un unico contratto a tempo indeterminato sin dall'origine: Corte di Giustizia, 13.9.2007, C-307/05, Del Cerro Alonso).

Come chiarito dalla giurisprudenza, tuttavia, spetta al giudice nazionale una delicata valutazione – da condurre caso per caso – al fine di verificare la sussistenza, o meno, di "ragioni oggettive", che a norma della medesima direttiva possono giustificare un trattamento differenziato dei lavoratori a tempo determinato (Corte di Giustizia, Valenza e a. – da C-302/11 a C-305/11).

Per l'individuazione di tali ragioni, in effetti, non si rinvennero parametri di riscontro nella direttiva 1999/70/CE, ma la Corte di Giustizia (Grande sezione, sentenza del 4 luglio

2006, causa C-212/04 –Adeneler) ha precisato che il significato e la portata della relativa nozione debbono essere determinati in funzione dell'obiettivo perseguito dall'accordo-quadro e, in particolare, del contesto in cui si inserisce la clausola 5, n. 1, lettera a) dello stesso (clausola, quella appena indicata, che mira a prevenire gli abusi, derivanti dall'utilizzo di più contratti di lavoro successivi a tempo determinato, dovendo invece la forma generale dei rapporti di lavoro essere a tempo indeterminato, in quanto la stabilità del posto costituisce elemento importante per la tutela dei lavoratori).

Il margine di discrezionalità, lasciato al riguardo agli Stati membri dell'Unione, resta dunque contenuto dalla necessità di garantire il risultato imposto dal diritto comunitario, alla luce sia dell'art. 249, comma 3, del Trattato che del punto 1 dell'art. 2 della direttiva 1999/70: la nozione di *"ragioni oggettive"*, pertanto, deve essere *"riferita a circostanze precise e concrete che caratterizzano una determinata attività"*, in modo tale da giustificare, in un particolare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi (Adeneler cit., punto 88). Dette circostanze possono essere il risultato della particolare natura dei compiti, per il compimento dei quali i contratti sono stati conclusi, o del perseguimento di obiettivi legittimi di politica sociale di uno Stato membro (Adeneler cit. punto 70).

Per quanto riguarda la reiterazione di contratti di lavoro a termine, ad esempio, può agevolmente sostenersi che tale reiterazione deve essere giustificata da esigenze temporanee, straordinarie ed urgenti del datore di lavoro e non essere finalizzata a soddisfare fabbisogni permanenti.

E' di tutta evidenza che le disposizioni normative in esame rispondono pienamente alla disciplina comunitaria, in quanto appunto volte ad eliminare il precariato (pur nel rispetto di parametri di gradualità, introdotti a tutela di situazioni a lungo protrattesi nel tempo e destinate alla stabilizzazione), con tendenziale, generalizzato ritorno ai contratti di lavoro a tempo indeterminato, previa selezione concorsuale per merito, nel già ricordato interesse pubblico alla formazione culturale dei giovani, che la scuola deve garantire attraverso personale docente qualificato.

Ove le tesi difensive in esame fossero accolte, viceversa, non potrebbe che formarsi un nuovo consistente precariato, che allungherebbe i tempi del perseguimento del sistema

previsto a regime, o lo renderebbe addirittura non perseguibile; nella presente sede di giudizio di legittimità, pertanto, è sufficiente rilevare che non può essere ammessa la riapertura delle graduatorie ad esaurimento, per ragioni non puntualmente previste a livello legislativo, senza ulteriori problematiche a livello costituzionale o comunitario.

Fermi restando i principi in precedenza indicati, resta da esaminare la situazione, in qualche misura più delicata, dei possessori di diploma magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

Per questi ultimi il già citato parere del Consiglio di Stato, sez. II, n. 3813 in data 11 settembre 2013 (recepito con d.P.R. del 25 marzo 2014 – su G.U. del 15 maggio 2014 – e, in via generale, con decreto ministeriale n. 353 del 22 maggio 2014) ha riconosciuto l'illegittimità del decreto ministeriale n. 62 del 2011, *“nella parte in cui non parifica ai docenti abilitati coloro che abbiano conseguito entro l'anno 2001/2002 il diploma magistrale, inserendoli nella III fascia della graduatoria di Istituto e non nella II fascia”*. Non è stata però riconosciuta, nel medesimo parere, la possibilità di accesso dei docenti in questione nelle graduatorie ad esaurimento, per la preclusione normativa sussistente al riguardo, ovvero per non essere stata rappresentata in tempo utile la possibilità di inserimento degli stessi nelle graduatorie permanenti, con conseguente tardività dell'impugnativa sotto tale profilo. Doveva però ritenersi stabilito il carattere abilitante del titolo di studio in questione, se conseguito prima dell'istituzione della laurea in scienza della formazione, in base all'art. 53 del R.D. 6 maggio 1923, n. 1054, *“in combinato disposto con l'art. 197 del decreto legge 16 aprile 1994, n. 297”* (recte: art. 197, comma 1 del d.lgs n. 297 del 1994: *“Testo Unico delle disposizioni vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado”*). La norma da ultimo citata, in effetti, è stata abrogata dall'art. 8, comma 2, della legge 10 dicembre 1997, n. 425 (*Disposizioni per la riforma degli esami di Stato*), ma il valore abilitante del titolo in questione risulta conservato ex art. 15, comma 7, del d.P.R. n. 323 del 23 luglio 1998 (*Regolamento recante disciplina degli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio di istruzione secondaria superiore: regolamento, cui la stessa legge n. 425, art. 1, delegava detta disciplina*), in base al quale *“I titoli conseguiti nell'esame di Stato a conclusione dei corsi di studio dell'Istituto magistrale, iniziati entro l'anno scolastico 1997/1998 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”. Il carattere abilitante (su cui non c’è contestazione nel caso di specie) del titolo di cui trattasi, tuttavia, è stato poi rappresentato come idoneo a consentire una ricostruzione “*ex post*” della posizione dei docenti interessati, la cui posizione non sarebbe stata diversa da quella degli insegnanti, a suo tempo inseriti nelle graduatorie permanenti e quindi, all’atto della trasformazione delle stesse, nelle graduatorie ad esaurimento: in tal senso – ampliativo rispetto alle conclusioni del ricorso straordinario – erano presentati numerosi ricorsi, in alcuni casi accolti in sede di appello (Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1973, 21 luglio 2015, n. 3628, 27 luglio 2015, nn. 3673 e. 3675, 3 agosto 2015, n. 3788).

E’ stato ritenuto, infatti, che illegittimamente l’Amministrazione non avesse operato una ricostruzione *ex tunc* delle posizioni dei soggetti interessati, una volta riconosciuto il valore abilitante del titolo di studio dai medesimi posseduto, potendo discendere solo da tale riconoscimento la possibilità di presentare, in tal senso, domanda di aggiornamento delle graduatorie di cui trattasi.

Ad avviso del Collegio, tali conclusioni appaiono dubbie e giustificano la sottoposizione della questione all’Adunanza Plenaria.

La riconosciuta riapertura delle graduatorie ad esaurimento, infatti, appare priva di base normativa, nonostante le enunciate ragioni di equità e pari trattamento, in ipotesi idonee a giustificare un nuovo intervento del legislatore, ma non anche l’ampliamento delle ipotesi derogatorie in precedenza ricordate, previste in via eccezionale e di stretta interpretazione. Nella situazione in esame, peraltro, non si comprende perché il possesso di titolo abilitante – così definito espressamente *ex lege* (quanto meno dal 1998, in base al contenuto, sopra riportato, dell’art. 15, comma 7, del d.P.R. n. 323 del 1998) e non certo frutto di interpretazione giurisprudenziale – sia stato fatto valere a tanti anni di distanza dal relativo conseguimento, senza alcun richiamo a pregressi titoli di servizio. Diversa sarebbe – ma non risulta rappresentata nel caso di specie – la situazione di chi fosse già stato iscritto nelle graduatorie di cui trattasi, con successiva esclusione per non avere presentato domanda di conferma in sede di aggiornamento, in base all’art. 1 bis del decreto legge n. 97 del 2004, essendo la presenza nelle graduatorie condizionata all’espressa volontà di rimanervi; si è ritenuto, però, che la mancanza di tale volontà non potesse venire presunta,

con conseguenze irreversibili (cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3616, con cui è stata annullata la norma regolamentare, che disponeva nel caso sopra indicato la cancellazione definitiva dalla graduatoria in questione).

Sembra appena il caso di sottolineare come la domanda degli attuali appellanti vada ben oltre, se intesa come indiscriminata rivendicazione della possibilità, per chiunque avesse avuto (ma a tempo debito) la possibilità di iscrizione nelle graduatorie – prima permanenti, poi ad esaurimento – di richiedere ed ottenere detta iscrizione in qualsiasi momento, anche a distanza di svariati anni e senza alcun riferimento a pur necessari titoli di servizio, che consentano di qualificare gli istanti come docenti precari e, solo in quanto tali, destinatari della complessa normativa in esame. Appare utile ribadire che l'inserimento in una graduatoria, destinata a consentire per mero scorrimento lo stabile ingresso nel ruolo docente, non dovrebbe prescindere da una seria ricognizione dell'esperienza maturata dai singoli interessati, di cui nel caso di specie non sono noti né l'attuale iscrizione nelle graduatorie di Istituto, né l'eventuale, ulteriore percorso formativo seguito dopo il conseguimento (in anni molto risalenti nel tempo) del diploma abilitante. Di certo inoltre, come ampiamente illustrato, la posizione dei meri possessori di tale diploma, se mai in precedenza iscritti nelle graduatorie ad esaurimento e in quelle permanenti, sfugge alla disciplina normativa, dettata per la formazione e l'aggiornamento delle graduatorie stesse. Il Collegio ritiene quindi opportuno – al fine di evitare futuri contrasti giurisprudenziali, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm – rimettere all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione della riapertura delle graduatorie ad esaurimento, per i possessori di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) – non definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe e previa riunione dei medesimi – decide quanto segue: dichiara la sussistenza di giurisdizione del giudice amministrativo; respinge le domande di immissione nelle graduatorie ad esaurimento dei possessori, nominativamente individuati negli atti di appello, di titolo di laurea in scienza della formazione o altra laurea, nonché di abilitazione conseguita nei corsi PAS, conclusi entro

il mese di luglio 2014, o di TFA, o ancora idonei al concorso a cattedre, indetto con DDG n. 82 del 2012;

dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm., della questione relativa all'iscrizione nelle medesime graduatorie ad esaurimento dei titolari – singolarmente individuati negli atti di appello – di diploma magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002

Demanda alla segreteria della sezione gli adempimenti di competenza e, in particolare, la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza Plenaria.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio in data 17 novembre 2015 e 16 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)