

**Numero 03813/2013 e data 11/09/2013**



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

## **Consiglio di Stato**

**Sezione Seconda**

**Adunanza di Sezione del 5 giugno 2013**

**NUMERO AFFARE 04929/2012**

**OGGETTO:**

Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da Giuseppa ALCURI ed altri 219 avverso il d.m. del MIUR n. 44 del 12 maggio 2011, nella parte in cui non consente l'integrazione delle graduatorie ad esaurimento mediante l'inserimento in III fascia del personale docente avente titolo all'insegnamento ed all'inserimento in III fascia delle graduatorie di istituto e di circolo e del d.m. del MIUR 13 luglio 2011, n. 62, nella parte in cui, disponendo che nelle graduatorie di circolo e di istituto non possa essere inserito in I e II fascia il personale docente non presente nella graduatoria ad esaurimento, prevede che in II fascia non possono essere inseriti i docenti in possesso del diploma di scuola o di istituto magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002, nonché avverso atti collegati e consequenziali.

Istanza di sospensiva.

## LA SEZIONE

Vista la relazione senza numero e data, trasmessa con nota del 12 aprile 2012 n. AOODGPER.2817 e pervenuta in Segreteria il 13 maggio 2012, con la quale il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Dipartimento per l'istruzione) chiede il parere del Consiglio di Stato sull'affare in oggetto;

Vista la propria pronuncia del 14 novembre 2012;

Vista la nota dell'Amministrazione n. A00DGPER.2479 dell'11 marzo 2013 pervenuta in Segreteria il 29 successivo;

Esaminati gli atti ed udito il relatore ed estensore, Consigliere Damiano Nocilla;

## PREMESSO

Con ricorso dell'8 settembre 2011 la sig.ra Giuseppa Alcuri, unitamente ad altri 219 docenti inseriti in III fascia delle graduatorie di istituto, in quanto non in possesso di abilitazione all'insegnamento o di altro titolo, che consentisse l'inserimento in graduatorie ad esaurimento provinciali, hanno impugnato i decreti ministeriali in oggetto in quanto, avendo definitivamente chiuso l'integrazione delle graduatorie provinciali (d.m. 12 maggio 2011 n. 44) ed avendone disposto il solo aggiornamento, hanno impedito definitivamente al personale incluso nella III fascia delle graduatorie di circolo e di istituto di accedere alle c.d. graduatorie ad esaurimento, risultate dalla trasformazione delle precedenti graduatorie provinciali permanenti voluta dall'art. 1 , co. 605, l. n. 296 del 2006. In particolare si assume l'illegittimità dei provvedimenti in oggetto per ciò che riguarda i docenti delle scuole dell'infanzia e primarie in possesso del diploma di scuola o istituto magistrale conseguito entro l'anno 2001-

2002, che, secondo quanto dedotto nel ricorso, sarebbe a tutti gli effetti titolo abilitante ex lege e che sinora sono stati inclusi esclusivamente nelle graduatorie di circolo in III fascia.

Il ricorso deduceva: a) violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 605, lett. c), l. 23 dicembre 2006, n. 296, degli artt. 3, 4, 35, 36 e 97 Cost., in quanto non ammettendo nelle graduatorie ad esaurimento il personale iscritto nella III fascia delle graduatorie di circolo o di istituto, condannerebbe detto personale ad uno stato di precariato permanente; b) violazione e falsa applicazione del R.D. 6 maggio 1923, n. 1954, del d.m. 10 marzo 1997, dell'art. 1, co. 7, d.P.R. 18 ottobre 2006 e dei dd. mm. n. 27 del 2007 e n. 56 del 2009, in quanto il d.m. n. 62 del 2011 escluderebbe dai titoli abilitanti all'insegnamento nelle scuole primarie e dell'infanzia il diploma conseguito negli istituti magistrali entro l'anno 2002; c) violazione e falsa applicazione dei dd. mm. n. 27 del 1997 e n. 56 del 2009, nonché dell'art. 33 Cost., in quanto qualsiasi titolo di studio considerato valido per l'insegnamento dovrebbe considerarsi idoneo all'insegnamento stesso e, quindi, abilitato all'accesso alle graduatorie ad esaurimento; d) violazione e falsa applicazione della direttiva n. 36/2005 CEE, degli artt. 3, 35, 36 e 97 Cost., e del d.lgs. 9 novembre 2007, n. 206, nonché violazione del principio del legittimo affidamento ed eccesso di potere per sviamento ed ingiustizia manifesta, in quanto la professione di insegnante sarebbe una professione regolamentata ai sensi della predetta direttiva, non giustificandosi, perciò, la diversificazione tra i vari titoli che consentono l'accesso all'insegnamento; e) violazione del combinato disposto degli artt. 3, 51 e 97 Cost., nonché sviamento di potere, ingiustizia manifesta e irragionevolezza, in considerazione del fatto che dal 2007 non vi sarebbe possibilità di conseguire l'abilitazione; f) violazione e falsa applicazione della direttiva CEE 1999/70/CE del

Consiglio e dell'art. 5, co. 4 bis, d.lgs. n. 368 del 2000, nonché violazione del c.d. diritto di precedenza e degli artt. 3, 4 e 97 Cost., essendo impedita la trasformazione dei contratti a tempo determinato stipulati in successione in contratto a tempo determinato; g) violazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; h) violazione e falsa applicazione dell'art. 35, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001. Il ricorso chiedeva inoltre che venga sollevata questione di legittimità costituzionale dei dd. mm. impugnati e di incompatibilità degli stessi con il diritto comunitario.

Con la relazione citata in epigrafe l'Ufficio scolastico regionale per la Lombardia faceva presente che il ricorso non riguarda atti emanati dall'Ufficio medesimo, bensì decreti ministeriali "aventi carattere normativo che solo il Ministero può motivare" e ricorda la disposizione dell'art. 9, co. 20, d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

La Sezione esaminava il ricorso nell'Adunanza del 14 novembre 2012 e concludeva con una pronuncia interlocutoria, in cui, sospesa l'espressione del parere anche ai fini dell'istanza di sospensiva, invitava l'Amministrazione a trasmettere una relazione specifica ed esaustiva sul ricorso e sulle singole deduzioni in esso contenute.

Con la nota n. A00DGPER2479 citata in epigrafe l'Amministrazione trasmetteva una relazione integrativa, controdeducendo per l'infondatezza del ricorso.

## CONSIDERATO

Il ricorso straordinario in oggetto si incentra su due questioni apparentemente connesse, ma in realtà distinte e separate.

La prima riguarda l'esclusione del personale docente della scuola, non abilitato all'insegnamento, dalle graduatorie c.d. ad esaurimento formate in base all'art. 1, co. 605, lett. e), l. 27 dicembre 2006, n. 296, che ha

trasformato le precedenti graduatorie permanenti, 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.

Tale esclusione, che deriva direttamente dalla suddetta disposizione di rango primario, è ritenuta illegittima, perché avrebbe violato non solo 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; ma anche la direttiva CEE n. 70/99, che attribuisce precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato a chi abbia prestato nella stessa azienda attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, e l'art. 1, co. 605, l. n. 296 del 2006; nonché gli artt. 3 e 4 Cost. ed il trattato di Amsterdam, che attribuisce ai singoli Stati il fine di attuare il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro. Sotto questo profilo la questione si risolve in una censura di legittimità della stessa l. n. 296 del 2006 per violazione delle norme di diritto comunitario e della Costituzione, visto che la chiusura a nuove immissioni nelle graduatorie ad esaurimento scaturisce con chiarezza e da quanto la legge stessa dispone ed in re ipsa dalla trasformazione delle graduatorie permanenti, che altrimenti ragionando continuerebbero a persistere dietro la facciata del mero cambiamento di denominazione. Infatti la legge 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.

Quanto, poi, alla supposta violazione dei principi di diritto comunitario, obietta fondatamente l'Amministrazione che quella di docente nelle scuole della Repubblica costituisce – come ammettono gli stessi ricorrenti - una professione regolamentata, il cui esercizio ben può essere riservato a chi possiede una specifica qualifica professionale: il che è proprio quanto disposto dalla legislazione italiana che subordina la possibilità di esercitare in forma stabile la professione nelle scuole a chi sia in possesso di abilitazione all'insegnamento o di titolo equivalente.

Ed è proprio la sussistenza del titolo abilitante che esclude la necessità di un pari trattamento tra chi è in possesso del solo titolo di studio, ma abbia, per così dire, esercitata di fatto la funzione di insegnante, e chi, invece, vede sancita la propria attitudine ad esercitare l'insegnamento in base ad una qualifica professionale conseguita e riconosciuta dall'ordinamento. Tanto è vero che tale condizione è richiesta anche per i cittadini di altri Stati appartenenti all'Unione europea, i cui ordinamenti richiedono, per l'esercizio della professione di insegnante, il possesso di un particolare titolo abilitante alla professione medesima. Ciò vale ad escludere la prospettata violazione del principio di eguaglianza.

Tutti gli altri motivi di ricorso si risolvono in censura alle scelte discrezionali del legislatore e non deducono motivi che possano far dubitare della legittimità del combinato disposto dei DD.MM. n. 44 del 2011 e n. 62 del 2011, ad eccezione della supposta violazione (in connessione al principio di eguaglianza) del par. 3 dell'art. 3 della Direttiva del Parlamento europeo n. 36 del 2005; tuttavia, anche in questo caso, si tratta della parificazione ai docenti italiani dei docenti che abbiano titolo ad esercitare la professione in uno degli Stati dell'Unione conformemente all'ordinamento dello Stato stesso e non della parificazione *tour court* dell'esercizio di fatto con il titolo abilitante, come vorrebbero far intendere i ricorrenti.

Diversa la questione relativa ai docenti della scuola dell'infanzia e primaria, che abbiano conseguito, entro l'anno scolastico 2001-2002 il diploma di scuola o istituto magistrale, considerato a tutti gli effetti titolo abilitante *ex lege*. Qui l'argomento addotto dai ricorrenti appare a prima lettura convincente, né sembrano fondate le controdeduzioni dell'Amministrazione volte ad escludere che l'abilitazione magistrale, a suo tempo conseguita, possa dar diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

A ben guardare l'infondatezza della questione sollevata, nel senso di rivendicare il diritto di quanti abbiano conseguito l'abilitazione magistrale entro l'anno 2001-2002, può derivare esclusivamente dal fatto che gli stessi soggetti non erano inseriti nelle graduatorie permanenti, di cui all'art. 1 d.l. 7 aprile 2004, n. 97, e non si trovavano in una delle situazioni transitorie ai fini del conseguimento del titolo abilitante, che la legge stessa prende in considerazione per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento. Pertanto, se si ritiene illegittima la loro mancata inserzione nelle suddette graduatorie permanenti, che vengono

a formare le graduatorie ad esaurimento, il ricorso è tardivo; se, invece, si vuole che l'acquisizione, medio tempore e successiva all'entrata in vigore della legge n. 296 del 2006, da parte di soggetti in possesso di abilitazione magistrale degli altri requisiti idonei a consentirne l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento debba consentire l'apertura di queste ultime graduatorie, la questione è infondata visto che la legge non consente l'aggiornamento se non in ipotesi specificamente determinate.

Illegittimo è invece il D.M. n. 62 del 2011, nella parte in cui non parifica ai docenti abilitati coloro che abbiano conseguito entro l'anno 2001-2002 la c.d. abilitazione magistrale, inserendoli nella III fascia della graduatoria di istituto e non nella II fascia. Si tratta di un profilo appena accennato nel ricorso in oggetto, che tuttavia deve essere esaminato. 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.

Inammissibile è, poi, la richiesta di sollevare questione di costituzionalità dei due decreti ministeriali impugnati, visto che si tratta di atti non aventi forza di legge e, quindi, non suscettibili di scrutinio di legittimità costituzionale innanzi alla Corte costituzionale, così come è inammissibile ai sensi dell'art. 8 d.P.R. n. 1199 del 1971 la richiesta che venga riconosciuto il diritto dei ricorrenti all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, visto che il ricorso straordinario si configura esclusivamente come rimedio demolitorio di atti amministrativi illegittimi.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere dichiarato in parte inammissibile e per le restanti parti debba essere in parte respinto ed in parte accolto nei sensi di cui in motivazione.

L'ESTENSORE  
Damiano Nocilla

IL PRESIDENTE F/F  
Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO  
Cristina Manuppelli

