Pubblicato il 04/12/2018

N. 06885/2018 REG.PROV.COLL.

N. 05941/2018 REG.RIC.

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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso NRG 5941/2018, proposto da …

…, rappresentata e difesa dagli avv.ti Romeo Brunetti, Michele Bonetti e Santi Delia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

il Ministero dell'istruzione dell'Università e della ricerca - MIUR, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall' Avvocatura generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12 e

nei confronti

Clara Antonini, non costituita in giudizio

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

…, rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Galleano e Walter Miceli, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Germanico n. 172,

per la riforma

della sentenza breve del TAR Lazio, sez. III, n. 276/2018, resa tra le parti sulla domanda rivolta ad accertare e dichiarare ex artt. 31 e 114, co. 4, lett. b), c.p.a. la nullità del DM n. 400/2017 (laddove (richiama il già annullato DM n. 235/2014) per elusione del giudicato e, per l'effetto, che l'intimato MIUR, nel disciplinare l'aggiornamento delle GAE del personale docente della scuola dell'infanzia o della scuola primaria, ne consenta l'inserimento degli odierni appellanti a far data dal ricorso di prime cure, previo, se del caso, l'annullamento o la declaratoria di nullità o la disapplicazione, in tutto o in parte, dei provvedimenti di approvazione della GAE redatta dai rispettivi Uffici scolastici provinciali presso cui i ricorrenti hanno presentato la domanda d'inserimento;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati con contestuale istanza, proposta dagli appellanti, di deferimento del ricorso all'Adunanza plenaria, pure ai fini cautelari;

Visto l'atto di costituzione in giudizio solo del MIUR e dell'interventrice *ad adiuvandum*;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di prelievo ex art. 71-bis c.p.a.in data 1.10.2018;

Relatore nella camera di consiglio dell'8 novembre 2018 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, solo l'avv. Brunetti e l'Avvocato dello Stato Stigliano Messuti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

1. – I sigg. … e gli altri ricorrenti indicati in epigrafe dichiarano d'esser tutti docenti precari in possesso del diploma di scuola o istituto magistrale per l'insegnamento nella scuola dell'infanzia (AAAA) o nella scuola primaria (EEEE), conseguito entro

l'a.s. 2001/2002 e, pertanto e a loro dire, d'esser abilitati *ex lege* all'insegnamento nelle rispettive scuole.

Gli stessi rendono nota altresì l'emanazione del decreto del MIUR 12 giugno 2017 n. 400, pubblicato in G.U. in pari data, recante le procedure per l'aggiornamento e l'integrazione delle graduatorie ad esaurimento – GAE per il personale docente ed educativo di cui all'art. 1, co. 605, lett. c), IV per. della l. 27 dicembre 2006 n. 296 (che aveva trasformato così le graduatorie permanenti ex art. 401 del D.lgs. 16 aprile 1994 n. 297), relative al triennio 2014-2017, poi prorogato al 2019.

Essi fanno presente al riguardo d'aver presentato istanza per l'inclusione nelle GAE stesse, con riferimento alla classe di concorso per la quale ciascuno di loro aveva conseguito l'abilitazione. Tale istanza è stata trasmessa sì a ciascun Ufficio scolastico provinciale di residenza, ma solo su supporto cartaceo. Per vero, stante la loro condizione soggettiva di docenti abilitati ma non inclusi ad alcun titolo (anche provvisorio) nelle GAE, i programmi informatici del MIUR non hanno loro consentito d'inviarla in modalità elettronica.

Nessuna risposta è pervenuta loro dal Ministero o dai suoi uffici territoriali.

Pertanto, essi hanno adito il TAR Lazio, con il ricorso NRG 9284/2017, facendo constatare che il DM 400/2017 non consente l'inserimento nelle G.A E. (III fascia o, in subordine, nella fascia aggiuntiva, c.d. IV fascia) dei soggetti in possesso del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002. Essi hanno dedotto l'illegittimità del DM stesso, che aveva richiamato espressamente il DM 235/2014, annullato dalla Sezione (cfr. Cons. St., VI, 16 aprile 2015 n. 1973) con sentenza passata in giudicato. Sicché gli stessi hanno chiesto la declaratoria e l'accertamento della nullità di cui all'art. 31 e dell'art. 114, co. 4, lett. b), c.p.a. per violazione del giudicato, o per l'annullamento, previa sospensione e conseguente misura cautelare.

2. – Per una miglior comodità di lettura, è solo da rammentare che la sentenza n. 1973/2015 ha annullato il decreto n. 235, perché:

a) non aveva consentito a quegli appellanti, che versavano in una situazione simile a quella degli odierni ricorrenti, di formulare l'istanza d'inserimento nelle predette GAE, poiché il diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002, era stato considerato titolo abilitante solo a partire dall'intervento del Consiglio di Stato, il cui parere, reso su un gravame straordinario, era stato poi formalizzato dal DPR 25 marzo 2014;

b) di conseguenza, è risultata corretta la presentazione delle domande d'inserimento, proposte nei termini decorrenti dall'effettiva conoscenza, da parte dei ricorrenti originari, della lesività di quel D.M. impugnato con ricorso straordinario;

c) parimenti fondata è stata la pretesa all'inserimento nella III fascia delle GAE, ossia quella ove gli interessati sarebbero dovuto esser inseriti ove tale titolo abilitante fosse stato loro riconosciuto in precedenza dal MIUR, il quale, anche dopo detto riconoscimento in sede contenziosa, ha continuato tuttavia a riconoscerlo per l'iscrizione non già nelle GAE, bensì nelle graduatorie d'istituto valide per il conferimento delle supplenze brevi e non per l'assunzione a tempo indeterminato.

d) in tal caso, la Sezione ha ritenuto illegittimi e ha annullato i criteri fissati dal DM n. 235, laddove hanno precluso ai docenti muniti del diploma magistrale, conseguito entro l'a.s. 2001/2002, d'esser inseriti nella III fascia delle GAE stesse.

Del pari, è opportuno tener presente che le antiche graduatorie permanenti, poi trasformate in GAE per effetto del citato art. 1, co. 605 della l. 296/2006, erano (e sono tuttora, finché non si svuotano estinguendosi) articolate in tre fasce, più una fascia aggiuntiva (definita solo per motivi pratici come "quarta fascia" ex DM 53/2012). Dal 2002 in poi, è stato possibile inserirsi solo in III fascia, ad eccezione degli inserimenti nella IV a partire dal 2012. Le quattro fasce sono così articolate:

I fascia: aspiranti inclusi in due graduatorie provinciali, in possesso dell'abilitazione o dell'idoneità e del requisito di 360 giorni di servizio entro il 13 maggio 1996;
II fascia: aspiranti in possesso dell'abilitazione o dell'idoneità e in possesso del requisito di 360 giorni di servizio entro il 25 maggio 1999;
III fascia: aspiranti in possesso dell'abilitazione o dell'idoneità conseguita col concorso a cattedre e posti per titoli ed esami indetto, per quel che qui interessa, coi decreti ministeriali del 6 aprile 1999 (scuola dell'infanzia) e del 2 aprile 1999 (scuola primaria), o in forza di titoli abilitanti antecedenti alla l. 3 maggio 1999 n. 124 o di titolo abilitante conseguito in uno Stato membro UE e riconosciuto dal MIUR o di quello in esito al corso in Scienze della formazione primaria (gli ultimi ad esser stati inseriti, con riserva, nella III fascia furono gli iscritti nell'a.a. 2007/08);
IV fascia (o aggiuntiva, istituita nell'a.s. 2012/13 in base al DM 53/2012): docenti che negli anni 2008/2009, 2009/2010 e 2010/ 2011 hanno conseguito l'abilitazione dopo aver frequentato, per quel che qui interessa, i corsi di laurea in Scienze della formazione primaria.
Com'è noto, le vicende delle vecchie graduatorie ex art. 401 del D.lgs. 16 aprile 1994 n. 297, poi trasformate in GAE, talvolta s'intersecano con le c.d. graduatorie d'Istituto, ma si tratta di cose ben diverse, sebbene anche queste ultime siano articolate in fasce.
Da esse il dirigente scolastico attinge, ai sensi dell'art. 4 della l. 124/1999 e dell'art. 15, co. 3-ter del DL 12 settembre 2013 n. 104 (conv. modif. dalla l. 8 novembre 2013 n. 128), per affidare le supplenze annuali, o fino al termine delle attività didattiche, su cattedre e posti d'insegnamento vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre, che rimangano presumibilmente tali per tutto l'anno scolastico e non siano coperti in altro modo dall'Ufficio scolastico territoriale, a causa dell'esaurimento della corrispondente graduatoria. Tali graduatorie servono altresì per affidare supplenze temporanee per la sostituzione di personale

temporaneamente assente, nonché per la copertura di posti divenuti disponibili dopo il 31 dicembre. Le graduatorie si suddividono a loro volta in tre fasce e ricomprendono, in base ai loro requisiti: I fascia – i docenti iscritti, *pleno jure* o con riserva, nelle prime tre fasce delle GAE; II fascia – i docenti abilitati ma non iscritti nelle GAE; III fascia – tutti i docenti non abilitati, ma non in possesso del titolo di studio valido per l'accesso all' insegnamento.

Ebbene, con sentenza n. 276 dell'11 gennaio 2018, l'adito TAR ha respinto il ricorso degli odierni appellanti, in quanto:

a) – ha tenuto presente l'orientamento della Sezione in materia, con riguardo «*…all'inammissibilità del ricorso proposto avverso i successivi decreti ministeriali di aggiornamento della c.d. GAE nel caso in cui i ricorrenti non siano tempestivamente insorti nei confronti del d.m. MIUR n. 235 del 2014 e dei provvedimenti di chiusura della GAE…*»;

b) – nel frattempo era stata «*… pubblicata la decisione n. 11 del 2017, con cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha precisato come "Il possesso del solo diploma magistrale, sebbene conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo istituite dall'art. 1, comma 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296…*».

3. – È stato quindi proposto l'appello in esame, deducendosi l'erroneità dell'impugnata sentenza per non aver considerato:

A) –l'intervenuto annullamento giurisdizionale con efficacia *erga omnes* del DM 235/2013 (di cui si predica invece l'omessa impugnazione), ad opera della citata sentenza n. 1973;

B) – come il valore abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 fosse stato riconosciuto dal MIUR solo nel 2014, peraltro a seguito del parere di questo Consiglio di Stato n. 3813/2013, poi recepito, in accoglimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato, dal DPR 25 marzo 2014, tant'è che, a loro

dire, la giurisprudenza è poi stata univoca nel riconoscere le ragioni di coloro che erano in possesso del predetto diploma;

C) – la tempestività in sé dell'impugnazione contro il DM 400/2014, avendo il MIUR solo col DM 353/2014, recante il regolamento per l'aggiornamento delle graduatorie d'istituto, riconosciuto la natura abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002, fermo a tal riguardo il principio enunciato dalla Sezione (Cons. St., VI, 19 giugno 2017 n. 2976), in virtù del quale non si appalesava «*…necessaria l'impugnazione dei precedenti dd. mm., ancorché aventi contenuto similare, attesa l'autonomia che caratterizza ciascun… aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente…*»;

D) – l'inopponibilità della mancata presentazione di istanze ai fini dell'inserimento nelle GAE entro il biennio 2007/2008, cosa, questa e ad avviso degli appellanti, dipesa solo dal fatto del MIUR che, nel disciplinare in via regolamentare l'accesso alle graduatorie stesse —in occasione tanto della loro trasformazione, quanto dei successivi aggiornamenti—, ha sempre negato il valore abilitante del diploma magistrale *de quo* e ciò in forza della presunzione di legittimità che assiste tutti gli atti amministrativi finché non ne intervenga la pronuncia di annullamento (cfr., *ex multis*,Cons. St., VI, 16 gennaio 2014 n. 154; id., 30 dicembre 2014 n. 6422; id., III, 1° settembre 2015 n. 4059) e del conseguente affidamento degli appellanti sulla conformità del contenuto di tali decreti alle norme del vigente ordinamento fintanto che non se n'è verificato l'annullamento;

E) – che tali decreti del MIUR son venuti in evidenza adesso, non perché costitutivi del diritto degli appellati ad essere ritenuti abilitati, ma perché soltanto ora, grazie al DPR 25 giugno 2014 ed alla sentenza n. 1973/2015, essi son stati posti nella condizione di far constare in via d'azione le proprie ragioni sul punto, essendo così venuta meno, a loro dire, una condizione di apparente, ma rigorosa legittimità preclusiva dell'efficacia abilitante del titolo posseduto per l'iscrizione nelle GAE;

F) – l'attualizzazione *ex novo* del loro interesse ad agire, a cagione della pubblicazione di un nuovo D.M., sì relativo all'aggiornamento delle GAE, ma parimenti preclusivo contro il loro titolo e tale, quindi, da rimetterli in termini ai fini dell'impugnativa *in parte qua* delle relative disposizioni senza necessità dell'impugnazione dei precedenti DM, ancorché aventi contenuto similare (attesa, come s'è visto dianzi, l'autonomia che caratterizza ciascun aggiornamento delle GAE: così, di recente, cfr. Cons. St., VI, 19 giugno 2017 n. 2976);

G) – in subordine, la previsione ex art. 1, co. 605, lett. c) della l. 296/2006 espressamente riconosce, nel riferirsi alla definizione d'un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato allo scopo di dar soluzione al fenomeno del precariato, a tutti i docenti abilitatisi *entroil 1° gennaio 2007*, il diritto ad esser inseriti nelle GAE stesse, pur escludendo la possibilità di inserimenti *ex novo* (ossia, a favore di coloro che risultino abilitati *dopo* quella data: sul punto, cfr. Cons. St., VI, 3 agosto 2015 n. 3788), donde la sussistenza, in capo agli appellanti ed in base agli artt. 194, co. 1 e 197, co. 1, II per. del D.lgs. 297/1994 (nel testo previgente alla soppressione ex art. 8, co. 2 della l. 10 dicembre 1997 n. 425), di un titolo avente valore abilitante (confermato, in via transitoria, dall'art. 15, co. 7, I per. del D.P.R. 23 luglio 1998 n. 323) per l'inserimento nella III fascia delle GAE;

H) – l'acritica adesione al punto di diritto affermato dall'Adunanza plenaria su tali aspetti ritenuti tuttora controversi (cfr. Cons. St., ad. plen., 20 dicembre 2017 n. 11: tempestività del gravame o, meglio, rimessione in termini degli interessati grazie all'avvenuto annullamento, giurisdizionale o straordinario, dei DM precedenti a quello per cui è causa; efficacia *erga omnes* di tal annullamento, incidendo questo su atti generali; valore abilitante, sì transitorio, ma pieno del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002), poiché tal ultimo aspetto si fonda su una lettura non condivisa del combinato disposto dell'art. 2 del decreto interministeriale 10 marzo 1997 (norme transitorie per il passaggio al sistema di formazione universitaria

dei docenti della scuola materna ed elementare, previste dall'art. 3, co. 8 della l. 19 novembre 1990 n. 341) e del citato art. 15, co. 7 del DPR n. 323 (recante il regolamento sugli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio dell'istruzione secondaria superiore);

I) – ad avviso della Plenaria, il valore legale del diploma magistrale *de quo* rimarrebbe sì, ma solo in via strumentale, affinché coloro, che l'hanno conseguito a suo tempo, possano partecipare alle sessioni di abilitazione o ai concorsi, pur se privi del diploma di laurea nel frattempo istituito *ex lege*, avendo letto nella clausola di conservazione transitoria ex art. 15, co. 7, I per. (onde siffatti diplomi conservano l'attuale valore legale e abilitante all'insegnamento nella scuola elementare e consentono altresì di partecipare ai concorsi per titoli ed esami a posti di insegnante nella scuola materna e nella scuola elementare) l'unico significato, fatto proprio dal II per., secondo il quale detto valore legale consente (senza necessità di conseguire anche il diploma di laurea) di partecipare all'abilitazione all'insegnamento ex art. 9, II co., I per. della l. 18 marzo 1968 n. 444 (che, tuttavia, concerne la *sola scuola materna*), nonché ai concorsi ordinari per titoli ed esami a posti di docente nella scuola materna e nella scuola elementare;

L) – che l'art. 15, co. 7 del DPR 323/1998, oltre a non far più riferimento all'art. 9 della l. 444/1968 e in base ai principi di gerarchia delle fonti e di successione delle leggi nel tempo, non è integrabile dal citato art. 2 (che lo precede) e, a tutto concedere, esso non subordina l'efficacia abilitante del diploma magistrale — conseguito in esito ad un corso di studi iniziato nell'a.s. 1997/98 — e, anzi, va letto nel senso di ribadire quanto già aveva fatto al riguardo l'art. 197 del D.lgs. 297/1994, in caso contrario la norma apparendo priva di senso;

M) – la natura di atto generale riconoscibile nel DM 235/2014, secondo l'insegnamento della Corte regolatrice sul punto (cfr. Cass., sez. un., 8 novembre 2016 n. 25840, ord.za) che espressamente lo definisce, in una con l'integrazione di

esso (ossia il DM 325/2015) e a differenza dell'Adunanza Plenaria —che lo qualifica come atto plurimo dal contenuto scindibile—, «… *atto amministrativo di carattere generale e costituente esercizio di potestà autoritativa nella individuazione dei criteri per l'inserimento nelle graduatorie…, se non regolamentare*…», cioè una fonte sub-primaria, come tale idonea a disciplinare in via generale le modalità comuni per l'iscrizione nelle GAE.

Gli appellanti, nel chiedere pure una nuova rimessione all'Adunanza plenaria ai sensi del citato art. 99, co. 3, c.p.a., ne argomentano la necessità inferendola dai motivi del ricorso per cassazione verso la sentenza n. 11/2017 (proposto da terzi), che essi fanno propri, riportando per sommi capi in questa sede il relativo contenuto.

4. – Alla luce della richiesta attorea, ritiene il Collegio, al di là dell'interinale concessione di misure cautelare provvisorie in attesa che l'Adunanza plenaria si pronunci anche sull'invocata cautela (i.e., la sospensione degli effetti della sentenza appellata col ricorso in epigrafe), di dover rimettere la questione di diritto in esame, per molti aspetti corrispondente quella già enunciata con la sentenza n. 11/2017 dianzi citata, poiché si riscontrano sia varie criticità in sede applicativa di questa, sia varie talune sopravvenienze rilevanti.

In coerenza con quanto di recente affermato, tra l'altro, dalla stessa Adunanza plenaria (cfr. Cons. St., ad. plen., 23 febbraio 2018 n. 2), non pare al Collegio di potersi esimere, a fronte d'una ben specifica ed argomentata richiesta di parte, dalla rimessione ex art. 99, co. 3, c.p.a. A favore di tal conclusione, militano considerazioni volte ad evitare un eccessivo "ingessamento" del rapporto tra Adunanza plenaria e Sezione semplice, che comporterebbe sia una incisione sensibile dei normali poteri d'interpretazione del Giudice di rinvio, sia la possibilità di appesantimenti processuali, che potrebbero derivare da reiterate "*navette*" tra Sezione ed Adunanza Plenaria.

Per vero, detta sentenza n. 2/2018 pone a carico della Sezione, in caso di mancata condivisione di un principio di diritto enunciato dalla stessa Adunanza plenaria, il vincolo legale, indefettibile, di rimetterne la questione a quest'ultima. Reputa al riguardo il Collegio che tal principio di doverosità, specie se si tratti di questione ancora tanto dibattuta e controversa, non sia eludibile in alcun caso, soprattutto quando la tenuta della pronuncia non condivisa sia sottoposta, come sta accadendo nelle more del presente giudizio, al vaglio della Corte regolatrice.

Tanto soprattutto alla luce dell'altro principio che l'Adunanza ha affermato subito dopo la sentenza n. 11/2017 (cfr. Cons. St., ad. plen., 22 dicembre 2017 n.13), ossia dell'opportunità, per l'estrema delicatezza della questione —come si vede, non sopita dalla pronunzia *de qua*—, di modulare la portata temporale di quest'ultima, in particolare limitandone gli effetti al futuro. Com'è noto, una tal evenienza, che regola e differisce l'effetto conformativo del giudicato amministrativo, soggiace al verificarsi delle seguenti, rigorose condizioni: a) l'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza d'un orientamento prevalente contrario all'adottata interpretazione; c) la necessità, tra le altre cose, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche (e, se del caso, talune implicazioni in sé imprevedibili, ma poi verificatesi, contro ogni intenzione, nella realtà delle cose).

Pare al Collegio che, nella controversia promossa dagli appellanti, si possano ravvisare tutt'e tre le predette condizioni. In particolare:

sub a), v'è un'oggettiva incertezza sul significato del valore abilitante del diploma magistrale, che non segue il regime, pur richiamato nella sentenza n. 11/2017, dell'abilitazione per gli insegnanti di scuola materna —soltanto ai quali si rivolge l'art. 9 della l. 444/1968—, incertezza dovuta alla poco felice formulazione dell'art. 2 del D.I. 10 marzo 1997, che sovrappone diplomati magistrali e diplomati di scuola materna e richiama non del tutto a proposito il testé citato art. 9, ferma restando, ove ve ne fosse bisogno, l'inderogabilità, da parte d'una fonte esecutiva, dell'allora

(1997) vigente art. 399 e ss. del D.lgs. 297/1994 (in virtù dei quali l'accesso ai ruoli dei docenti di scuola materna, elementare e secondaria avveniva, per metà, mediante concorsi per titoli ed esami e, per la restante metà, mercé concorsi per *soli titoli*);

sub b), invero, v'è stato un orientamento di questa Sezione teso a far valere, a fronte del perdurante regime transitorio ex art. 15, co. 7 del DPR 323/1998, l'efficacia *rebus sic stantibus* di detto valore abilitante, relativamente ai diplomi magistrali conseguiti entro l'a.s. 2001/2002 e di ciò la sentenza n. 11/2017 ha dato atto in vario modo, onde è da chiedere all'Adunanza plenaria, stante l'evidente commistione di regole tra valore del titolo di studio e metodi del reclutamento (questi ultimi rimasti ben oltre il 2013 con la regola del c.d. "doppio canale": 50% a concorso; 50% attingendo dalle c.d. graduatorie permanenti, così trasformate dalle graduatorie dei concorsi per soli titoli), qual debba essere il limite ultimo di validità del citato regime transitorio;

sub c) s'è verificato, per ragioni di cui il Collegio non è tenuto ad occuparsi — all'uopo registrando il fenomeno in sé—, un notevole e notorio impatto sociale della sentenza n. 11/2017, tant'è che, come meglio si dirà in prosieguo, è dovuto intervenire l'art. 4 del DL 12 luglio 2018 n. 87 (conv. modif. dalla l. 9 agosto 2018 n. 96), anche per indicare un percorso ordinato, si badi, per i soli docenti in possesso del diploma magistrale.

5. – Ciò posto, in ordine a quel che al Collegio s'appalesano criticità, la prima va individuata senza dubbio sulla natura dei DM d'aggiornamento delle GAE.

Nei loro riguardi, la Corte suprema di cassazione, nel regolare la giurisdizione in materia e così affermarne la giurisdizione amministrativa (e proprio con riferimento del DM 325/2015, che fu atto di riesame a seguito dell'annullamento del precedente DM 235/2014), ne ha predicato quella di atto generale ad effetti indivisibili.

Non sfugge al Collegio che detti DM non siano fonti regolamentari e ciò non è asserito certo dalla stessa Corte regolatrice nell'ord.za n. 25840/2016, cui, pure, la sentenza n. 11/2017 si riferisce. Essi però hanno un contenuto normativo generale

per tutti gli iscritti nelle GAE e per tutti coloro che, pur avendone titolo *ab illo tempore*, ne son stati indebitamente pretermessi, nonché per coloro i quali ne hanno maturato (si pensi ai casi delle fasce III e IV) il titolo solo all'attualità. Quantunque la citata sentenza n. 11 citi l'ordinanza della Corte regolatrice, essa non sembra coglierne appieno la ragione per cui la Corte ha affermato la giurisdizione amministrativa, ossia proprio la natura di atto generale e non di mera macro-organizzazione.

5.1. – La seconda criticità riposa, ad avviso del Collegio, proprio nella definizione del concetto di «*valore abilitante*» riconoscibile al diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002.

A tal riguardo la sentenza n. 11 si pone di fronte all'art. 15, co. 7 del DPR 323/1997, suggerendo che la corretta interpretazione di tal disposizione, per vero transitoria e cautelativa, dovesse partire dalle fasi d'attuazione della riforma ex art. 3, co. 2 della l. 19 novembre 1990 n. 341. Quest'ultima previde, sì e tra l'altro, che la formazione culturale e professionale degli insegnanti della scuola materna e di quella elementare fosse, con percorsi separati, di tipo universitario.

Sennonché, per un verso, la medesima sentenza n. 11 ha dovuto dar atto, che al di là dell'istituzione dei rispettivi corsi di laurea e con efficacia abilitante, essi in realtà furono istituiti solo col DPR 31 luglio 1996 n. 471 e col DM 26 maggio 1998 e furono attivati solo a partire dall'a.acc. 1999/2000.

Allora non irrazionale fu, a fronte di tal lungo travaglio organizzativo, la scelta cautelare dell'art. 15, co. 7 del DPR 323/1998 (come si vede, successivo all'istituzione, ma precedente all'attivazione dei corsi di laurea *de quibus*), di conservare la natura abilitante del diploma magistrale, oltre a mantenerne la differenza con quello per la scuola d'infanzia.

Ebbene, l'art. 3, co. 8 della l. 341/1990 rinviò al regolamento attuativo, da emanare nella forma del decreto del Ministro della pubblica istruzione, di concerto con i

Ministri della funzione pubblica e del tesoro, di determinare i tempi e le modalità per il *graduale passaggio* al nuovo ordinamento, se del caso con riferimento ai diritti degli insegnanti di scuola materna ed elementare in servizio. In particolare, si dovette dar atto della cessazione degli effetti e del valore legale dei titoli rilasciati fin a quel momento dalle scuole e dagli istituti magistrali, a seguito della introduzione dei suddetti corsi di laurea, ai fini dell'accesso all'insegnamento nelle predette scuole. Intervenne allora il citato art. 2 del D.I. 10 marzo 1997, che non poté derogare certo all'allora vigente l'art. 9 della l. 444/1968 circa l'obbligo di specifica abilitazione per i docenti della scuola materna. Ma, per i docenti della scuola primaria, invece, la norma del medesimo art. 2 suonava così: «… *i titoli di studio conseguiti al termine… 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… ai concorsi ordinari per titoli e per esami a posti di insegnante… nella scuola elementare, secondo quanto previsto dagli articoli 399 e seguenti… del… decreto legislativo n. 297 del 1994…*».

Come si vede, l'art. 2 mantenne in via permanente (quel che vuol dire siffatta permanenza si dirà nel successivo § 6) il valore legale del diploma magistrale, consentì quindi al relativo titolare di partecipare ai concorsi ordinari) ai sensi degli artt. 399 e 400 del D.lgs. 297/1994 e, ove fosse già iscritto nelle allora vigenti graduatorie di cui al successivo art. 401, d'esser reclutato in via diretta e ciò anche se non fosse, anzi senza bisogno d'esser laureato in Scienza della formazione.

L'art. 15, co. 7 del DPR 323/1998 è una norma diversa dal citato art. 2 e, quindi, non s'integra con esso e non ne eleva la forza formale di fonte esecutiva. Essa è e fu emanata, appunto come regola transitoria, in attuazione della riforma, ex l. 10 dicembre 1997, n. 425, degli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio d'istruzione secondaria superiore. Si tratta, come s'è detto più volte, d'una norma transitoria a favore di chi aveva intrapreso un percorso di studi incentrato sul vecchio

ordinamento, vale a dire quello previsto dall'abrogato art. 197 del D.lgs. 297/1994. Tanto affinché egli non fosse deprivato, fintanto che non fosse a regime il sistema dei corsi di laurea ex art. 3, co. 2 della l. 341/1990, delle opportunità di lavoro che il valore abilitante del diploma magistrale era in grado d'offrire in quel sistema di reclutamento.

Non a caso, la morfologia della norma transitoria solo in parte è simile al citato art. 2, poiché il co. 7 s'articola in due distinti periodi che esprimono altrettanti concetti generali: a) il mantenimento del valore legale attuale (a quel tempo, ripetesi, anteriore all'entrata in funzione dei corsi di laurea in Scienza della formazione); b) la piena legittimazione del diplomato magistrale a partecipare *optimo jure* ai concorsi per titoli ed esami a posti di insegnante nella scuola materna e nella scuola elementare. Pertanto, le due norme concorrono, ciascuna per la sua parte, alla finalità di reclutare i diplomati magistrali entro una certa data come docenti nelle rispettive scuole, senza imporre loro altra specializzazione.

Se poi tal reclutamento potesse o possa tuttora avvenire, anche nel regime di prima applicazione della l. 13 luglio 2015 n. 107, è questione di cui entrambe le norme non si occupano. La ragione è chiara: la disciplina del reclutamento del personale docente era ed è tuttora racchiusa in fonti primarie distinte da esse. A tali fonti, quindi, esse non possono porre limiti né definitori (i diplomati magistrali legittimati ai soli concorsi, piuttosto che ad altri tipi di reclutamento), né funzionali (qual sia il senso e la durata della "permanenza" è dato disponibile solo dalla legge).

6. – Vi sono poi due importanti sopravvenienze, che si segnalano all'Adunanza plenaria affinché ne valuti l'incidenza nella specie.

Quanto alla prima, ossia l'art. 4 del DL 87/2018, essa consta di due parti, l'una emergenziale, l'altra dedicata ad un piano straordinario di assunzioni.

Per un verso, l'art. 4 ha inteso salvaguardare la continuità didattica per tutta la durata dell'a.s. 2018/19 con riguardo ai docenti in possesso del (solo) diploma magistrale

conseguito entro l'a.s. 2001/2002, prevedendo che: 1) – all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali che s'adeguino alla ripetuta sentenza n. 11/2017 e che comportino la decadenza dei contratti di lavoro a termine o a tempo indeterminato stipulati con detti docenti in quanto iscritti con riserva nelle GAE, il MIUR vi provvede entro 120 giorni dalla relativa comunicazione ai sensi dell'art. 14, co. 1 del DL 31 dicembre 1996 n. 669 (conv. modif. dalla l. 28 febbraio 1997 n. 39); 2) – tal esecuzione si attua con la trasformazione dei rapporti in essere o, a seconda dei casi, delle supplenze annuali in contratti di lavoro a tempo determinato (termine finale: 30 giugno 2019).

Per altro verso, l'art. 4, co. 1-ter ha stabilito che, in base all'art. 399 del D.lgs. 297/1994 e nella scuola dell'infanzia e in quella primaria, il 50% dei posti di docente vacanti e disponibili, comuni (compresi quelli di potenziamento) e di sostegno, è coperto, ogni anno e fino al loro esaurimento, attingendo dalle GAE e, quando esaurite per ciascuna provincia, i posti vacanti s'aggiungono a quelli disponibili per le procedure concorsuali di cui al comma successivo. Quest'ultimo (art. 4, co. 1-quater) ha previsto una procedura concorsuale straordinaria, *per titoli e prova orale*, bandita in ciascuna regione e riservata agli stessi iscritti nelle GAE ed ai laureati in Scienze della formazione primaria, purché in possesso di requisiti minimi di servizio presso le scuole statali, per la copertura (almeno, se non oltre in caso di esaurimento delle GAE) del restante 50% dei predetti posti vacanti e disponibili nella scuola dell'infanzia e nella scuola primaria. Tal procedura è attuata mediante lo scorrimento: a) in via prioritaria, delle graduatorie di merito dei concorsi, per titoli ed esami, banditi nel 2016 ai sensi dell'art. 1, co. 114 della l. 107/2015, ma solo se i candidati abbiano raggiunto il punteggio minimo previsto dal bando (c.d. "idonei"); b) in via gradata e se residuano ancora posti disponibili, per metà dalle graduatorie regionali del nuovo concorso straordinario e fino all'integrale esaurimento; c) per l'altra metà

dei posti, mediante ricorso alle graduatorie di concorsi ordinari per titoli ed esami, che saranno indetti con cadenza biennale.

Ad avviso del Collegio, le misure emergenziali non riguardano gli appellanti, i quali aspirano, ove mai fosse loro ritenuto possibile, accedere alle GAE, da cui essi attualmente son fuori.

Quanto poi al piano straordinario di assunzioni, con ogni evidenza esso potrà concernere gli stessi appellanti, solo se, al momento della procedura essi saranno già iscritti a pieno titolo nelle GAE, in caso contrario, l'attingimento da queste ultime non potendo esser possibile, ai sensi dell'art. 4, co. 1-ter, se non a favore di chi v'è già collocato in una delle fasce previste.

Per i tre casi indicati nel successivo co. 1-quater, lo scorrimento delle graduatorie dei concorsi del 2016, che è prioritaria, per definizione non riguarda gli appellanti, i quali, a quanto consta, non danno contezza d'aver mai sostenuto uno di tali concorsi e lo stesso dicasi per i concorsi biennali che saranno banditi. Per contro, nel caso *sub* b), la questione sembrerebbe favorire gli appellanti, ma non è così, giacché è certo vero che l'art. 4, co. 1-quinquies autorizzi il (in realtà, imponga al) MIUR di bandire il concorso straordinario di cui al precedente co. 1-quater, lett. b) in deroga alle ordinarie procedure autorizzative, in ciascuna regione e distintamente per la scuola dell'infanzia e per quella primaria, Tuttavia, tal procedura resta riservata, tra gli altri, ai docenti muniti di «… *diploma magistrale con valore di abilitazione o analogo titolo conseguito all'estero e riconosciuto in Italia ai sensi della normativa vigente, conseguiti, comunque, entro l'anno scolastico 2001/2002, purché … abbiano svolto, nel corso degli ultimi otto anni scolastici, almeno due annualità di servizio specifico, anche non continuative, su posto comune o di sostegno, presso le istituzioni scolastiche statali, valutabili come tali ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 3 maggio 1999, n. 124* (cioè, se il servizio ammonti, per ciascun anno, ad almeno 180 giorni, o se sia stato prestato senza interruzioni dal 1° febbraio fino al termine delle operazioni di scrutinio finale)…». È da ritenere, dunque, che al più il

concorso straordinario, per i posti che si renderanno disponibili al netto di quanto previsto dall'art. 4, co. 1-ter, potrà concernere i soli soggetti di cui al precedente co. 1-bis e, se del caso, coloro che, iscritti nelle graduatorie d'istituto, abbiano potuto cumulare le due annualità, ma sempreché raggiungano i minimi temporali ex art. 11, co. 14 della l. 124/1999.

È solo da far presente che il bando di siffatto concorso è stato pubblicato nella G.U., IV s. spec., del 9 novembre 2018, disponendo che tanto la procedura, quanto le relative graduatorie son organizzate su base regionale, sicché le domande di partecipazione dovranno esser inviate entro il 12 dicembre 2018, mentre le sedi della prova orale saranno comunicate nella GU del successivo giorno 18. Ed è appena da far presente che, spettando alla fonte primaria definire il valore legale del titolo di studio conseguito in esito ad un esame di Stato, non è chi non veda come proprio l'art. 4, co. 1-quinquies abbia risolto in radice il concetto di «*valore di abilitazione*» del diploma magistrale nel senso qui propugnato dalla Sezione, poco importando se la relativa *occasio* sia la necessità di rimediare, in via di somma urgenza, a taluni problemi tecnici e sociali.

La seconda sopravvenienza si riconnette all'art. 15, co. 3 del DPR 323/1998 e si rinviene nell'art. 26, co. 6 del D.lgs. 13 aprile 2017 n. 62, recante norme sulla valutazione e la certificazione delle competenze nel primo ciclo e sugli esami di Stato. La norma delegata dell'art. 26, co. 6, II per., lett. a), emanata ai sensi dell'art. 1, commi 180 e 181, lett. i) della l. 13 luglio 2015 n. 107, così recita: «… *con effetto a partire dal 1° settembre 2018 cessano di avere efficacia: a) le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 luglio 1998, n. 323*…». Sicché, in difetto di un'altra e pariordinata fonte normativa, reputa il Collegio che, una volta esaurite le procedure straordinarie ex art. 4, commi 1-ter e 1-quater del DL 87/2018, quand'anche gli appellanti conseguissero l'iscrizione nell'invocata III fascia delle GAE, il loro titolo non sarebbe più spendibile per ottenere la docenza.

7. – Alla luce di tali brevi considerazioni, la Sezione non può più condividere i principi di diritto indicati nella sentenza n. 11/2017 e, per l'effetto, il presente ricorso viene deferito, ai sensi dell'art. 99, co. 3, c.p.a., all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, anche per i profili cautelari implicati, chiedendo:

a) qual debba essere la definizione normativa dei DM che dispongono gli aggiornamenti delle GAE e se la sopravvenienza ora per allora d'un titolo legittimante l'iscrizione imponga al MIUR la piena delibazione di legittimità sulla relativa domanda, al di là sia della forma materiale (informatica, o no di essa), sia dell'eventuale adizione dell'AGO, in funzione di Giudice del lavoro, da parte dello stesso titolare;

b) se la definizione dei DM, in base a quanto indicato dalla Corte regolatrice e chiarito dianzi, quali atti generali per l'esecuzione della legge implichi, in caso di reiterati annullamenti giurisdizionali, la rimessione in termini dei soggetti, che intendano far valere il titolo legittimante, per far constare, ai sensi degli artt. 30 e 114 c.p.a., la nullità del DM che, in sede di riemanazione, replichi tal quale il vizio di legittimità che ha determinato l'annullamento del precedente provvedimento;

c) se di conseguenza l'indicazione della Corte regolatrice induca a superare, in corretta applicazione del principio d'effettività della tutela, ogni ipotesi di decadenza connessa a vicende pregresse e se, quindi, un atto amministrativo generale e nullo sia in grado di definire rapporti comunque inerenti all'acquisizione di posizioni di *status* connessi al valore legale del titolo di studio;

d) se la natura abilitante del diploma magistrale, così definito dalle norme regolatrici del valore legale del titolo conseguito in esito ad un corso di studi nel periodo transitorio indicato da siffatte norme ed in attesa della definitiva trasformazione delle procedure abilitanti per gli aspiranti docenti, dovendosi collegare tali disposizioni al sistema del reclutamento di questi ultimi che però ne resta distinto, essendo stato (e per certi versi essendo tuttora) disciplinato a sua volta come sistema misto, ossia

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

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

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio dell'8 novembre 2018, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Silvestro Maria Russo	**Sergio Santoro**

IL SEGRETARIO