Il Consiglio di Stato, in sede cautelare, ha sollevato q.l.c. dell'art. 1, comma 18-*ter,* del d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 2019 n. 159, in relazione agli artt. 2, 3, 32, 34 e 97 della Costituzione, nella parte in cui consente l'ammissione con riserva al concorso ordinario e alla procedura straordinaria di cui al comma 1, nonché ai concorsi ordinari per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria, banditi negli anni 2019 e 2020 per i posti di sostegno, ai soli soggetti iscritti ai percorsi di specializzazione all'insegnamento di sostegno avviati entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 9 febbraio 2021, n. 604 – Pres. Montedoro, Est. Russo

Istruzione pubblica – Concorso pubblico – Posti di sostegno – Ammissione con riserva – Questione non manifestamente infondata di costituzionalità

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 1, co. 18-ter del d.l. 29 ottobre 2019 n. 126 (conv. modif. dalla l. 20 dicembre 2019 n. 159), in relazione agli artt. 2, 3, 32, 34 e 97 della Costituzione (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in esame la sesta sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte costituzionale la q.l.c. dell'art. 1, comma 18-*ter,* del d.l. 29 ottobre 2019, n. 126, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 2019, n. 159, in relazione agli artt. 2, 3, 32, 34 e 97 della Costituzione, nella parte in cui consente l'ammissione con riserva - al concorso ordinario e alla procedura straordinaria di cui al comma 1, nonché ai concorsi ordinari per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria, banditi negli anni 2019 e 2020 per i posti di sostegno - ai soli soggetti iscritti ai percorsi di specializzazione all'insegnamento di sostegno avviati entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, non consentendo pertanto la partecipazione ai soggetti in relazione ai quali la procedura è iniziata in data successiva a quella di entrata in vigore della legge di conversione. Contestualmente il collegio ha disposto la concessione di misure cautelari provvisorie a favore degli appellanti, ai fini della loro ammissione con riserva al relativo concorso.

II. – Il collegio, con l'ordinanza in esame, dopo aver analizzato la vicenda processuale sottesa e le argomentazioni delle parti, ha osservato quanto segue:

a) i ricorrenti sono docenti precari, idonei all'insegnamento per le rispettive classi di concorso e iscritti ai tirocini formativi attivi (TFA sostegno), ossia ai percorsi di specializzazione annuali, a numero chiuso, tenuti presso le Università e gli altri

istituti autorizzati, al fine di conseguire la specializzazione sul sostegno didattico agli alunni disabili nelle scuole di ogni ordine e grado;

b) con il citato d.l. n. 126 del 2019, il legislatore ha previsto un concorso straordinario, per titoli ed esami, preordinato all'immissione in ruolo di personale docente su posti comuni e di sostegno a partire dall'a.s. 2020/21 in poi. Al comma 18-*ter* ha in particolare stabilito che "*sono ammessi con riserva al concorso ordinario e alla procedura straordinaria di cui al comma 1, nonché ai concorsi ordinari, per titoli ed esami, per la scuola dell'infanzia e per la scuola primaria, banditi negli anni 2019 e 2020 per i relativi posti di sostegno, i soggetti iscritti ai percorsi di specializzazione all'insegnamento di sostegno avviati entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. La riserva è sciolta positivamente solo nel caso di conseguimento del relativo titolo di specializzazione entro il 15 luglio 2020*";

c) con il decreto del Direttore del dipartimento n. 510 del 23 aprile 2020, il Ministro dell'istruzione ha indetto un concorso straordinario, per titoli ed esami, stabilendo l'ammissione con riserva dei docenti iscritti ai TFA sostegno, se avviati entro il 29 dicembre 2019, data di entrata in vigore della legge di conversione, prevedendo, quindi, una causa escludente per i ricorrenti il cui ciclo di abilitazione era stato avviato il 12 febbraio 2020 con d.m. n. 95 del 2020;

d) stante la ristrettezza dei tempi per la partecipazione degli appellanti al concorso, non appare condivisibile la tesi sulla eventualità di trattare le q.l.c. e di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE solo nella fase di merito:

   d1) nel caso in esame, la misura cautelare è in sé garanzia essenziale e strumento necessario per il soddisfacimento, in via interinale, dei legittimi interessi oggetto del giudizio, nonché strumento volto ad evitare che il tempo necessario per la definizione della causa determini un pregiudizio non solo grave, ma irreversibile in capo agli appellanti a causa della peculiare conformazione delle regole del procedimento concorsuale;

   d2) pertanto, poiché l'effetto preclusivo deriva non da un atto amministrativo, ma direttamente dalla norma primaria, appare dirimente proporre fin da ora la q.l.c. di cui in massima;

   d3) "*in caso contrario si verificherebbe, di fatto (cioè a causa della mera sfasatura temporale tra l'avvio postergato del 5° ciclo di TFA, rispetto ai tempi programmati di esso, e la regola sull'indizione del concorso straordinario, peraltro rinviato al 15 febbraio 2021), quella nociva mora judicii che il giudizio cautelare deve evitare, specie se, come nel caso in esame, occorra apprestare una rapida piena tutela prima della decisione sul merito, in relazione al ristretto e inderogabile termine di partecipazione a tal procedura selettiva*";

e) con riferimento alla non manifesta infondatezza della q.l.c.;

e1) il difetto di ragionevolezza e di imparzialità si ravvisa non tanto nel termine apposto per legge, quanto nella sua rigidità, aggravata dal fatto che il legislatore non ha previsto un rimedio perequativo nel caso di mancato rispetto, pur se fortuito, della scansione annuale nell'attivazione dei corsi TFA, neppure in sede di normativa emergenziale conseguente alla pandemia di Covid-19;

e2) in caso di legge provvedimento che preveda un'ammissione con riserva di alcuni soggetti, concretamente individuati, il legislatore, per assicurare insieme il rispetto dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di buon andamento dell'amministrazione, avrebbe dovuto fare riferimento non alla data di conversione in legge del decreto ma all'attivazione della procedura abilitativa in data antecedente a quella di indizione della procedura concorsuale straordinaria;

e3) ogni concorso fissa una propria dimensione temporale circa il possesso dei requisiti di ammissione, per cui è fisiologico il fatto che taluni aspiranti non facciano in tempo a divenire candidati, senza che ciò implichi un intento discriminatorio;

e4) la norma che prevede la possibilità per alcuni docenti di essere ammessi con la riserva di concludere positivamente il ciclo TFA sostegno, introduce un regime differenziato di ausilio per consentire, grazie all'ammissione degli specializzandi o abilitandi, il ravvicinamento tra il tempo della loro specializzazione e quello dell'assunzione in ruolo di essi;

e5) pertanto, tale agevolazione produce effetto per i destinatari, ma è posta anche nell'interesse generale al reclutamento di docenti muniti o in via di raggiungimento della specializzazione sul sostegno, al fine di dare effettività al diritto allo studio degli studenti diversamente abili;

e6) il termine relativo al possesso dei requisiti di ammissione al concorso non è un parametro nella libera disponibilità del legislatore, quando, definita l'architettura dei requisiti stessi, il termine a data fissa, neutro se la scansione tra reclutamento e specializzazione mantenga il passo ipotizzato dal legislatore stesso, è irrazionale e perturbatore quando tale scansione non sia più governabile per un insieme di eventi non previsti e non risolubili dal mantenimento della data indicata dalla legge;

e7) nel caso di specie, i noti fatti pandemici hanno inciso sia sulla scansione temporale dei corsi di specializzazione sia su quella del procedimento selettivo;

e8) la preclusione normativa avrebbe potuto avere un senso non discriminatorio solo se i tempi relativi delle due procedure,

ontologicamente distinte ma divenute complementari per volizione della stessa norma primaria che le ha collegate, avessero mantenuto le distanze relative pronosticate;

e9) "*occorre dunque non già estendere benefici in modo arbitrario a favore di chi non ne ha titolo ed in violazione del principio meritocratico, bensì riportare a ragionevolezza la disuguaglianza provocata dalla data fissa, giacché, trattandosi di ammissione ad un concorso a pubblici impieghi, il bando e la norma presupposta ex art. 1, co. 18-ter, il bando impugnato e la richiamata normativa che lo ha legificato si pongono, pertanto, in violazione dell'art. 3 Cost.*";

e10) nel restringere la platea dei soggetti aventi titolo a partecipare alla procedura concorsuale ai soli docenti che hanno avuto la possibilità di ultimare i corsi entro tale termine di legge, pur avendo titolo a parteciparvi *ex ante* e in astratto e non avendo potuto farlo solo per il relativo slittamento dei tempi di indizione delle diverse procedure, si dimostra l'indebita restrizione non solo materiale del principio di ragionevole massima partecipazione, ma soprattutto connessa all'evidente incoerenza della norma primaria con gli interessi pubblici perseguiti con il collegamento tra i TFA sostegno e il concorso;

e11) la costante giurisprudenza costituzionale evidenzia come la tutela del legittimo affidamento anche degli abilitandi, se non esclude la possibilità per il legislatore di porre disposizioni modificative della disciplina dei rapporti giuridici in senso sfavorevole agli interessati purché le nuove regole non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica (da intendere quale elemento fondamentale dello Stato di diritto), il legislatore deve esimersi dallo stabilire regole rigide che non governino i poteri della pubblica amministrazione in modo congruente con i valori costituzionali implicati;

f) il principio di ragionevolezza avrebbe dovuto comportare:

f1) il riferimento, per l'ammissione al concorso straordinario, ad una data di avvio al corso TFA comunque antecedente la concreta indizione del concorso;

f2) che il legislatore costruisse lo sbarramento temporale di scioglimento della riserva con riguardo al conseguimento dell'abilitazione non ad una data fissa, ma al momento della verifica dei requisiti per l'assunzione in servizio;

g) la norma in esame si pone in contrasto anche con l'art. 97 Cost., non ravvisandosi un interesse pubblico, attuale e concreto, a disporre l'esclusione dal concorso stesso degli appellanti specializzandi sul sostegno;

h) non si ritiene che la questione posta si configuri come una estensione indebita di un privilegio, quale potrebbe essere inteso il concorso riservato, in quanto la procedura selettiva semplificata risponde alla regola costituzionale del pubblico concorso, ma quello che più rileva è l'esigenza che essa riesca a reclutare rapidamente ed efficacemente anche gli specializzandi sul sostegno sia per accelerare i tempi di relativo impiego sia per salvaguardare il diritto alla salute del disabile cui l'ordinamento riconosce un diritto di natura assoluta "*che partecipa della natura del diritto alla salute ex art. 32 Cost., ossia il diritto all'inserimento scolastico con affiancamento di un insegnante di sostegno professionalmente titolato e, quanto più possibile, già pronto (a partire dall' a.s. 2021/22) a svolgere i propri compiti d'affiancamento al discente*";

i) "*in definitiva, quanto appena argomentato giustifica la valutazione di rilevanza e di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art 1, co. 18-quater del DL 126/2010, nella parte in cui pone una data fissa (senza avere riguardo al fatto che il corso abilitante legittimante la partecipazione sia stato comunque avviato prima dell'indizione del concorso straordinario ed al fatto che l'ammissione al corso abilitante sia avvenuta in data utile per la presentazione della domanda al concorso straordinario) per l'ammissione degli specializzandi TFA/S al concorso riservato, per titoli ed esami previsto dalla medesima disposizione ed altresì nella parte in cui pone una data fissa pure per il conseguimento della abilitazione (senza considerare chi comunque consegua l'abilitazione in tempo utile per l'ammissione in servizio) e da quelle racchiuse nei commi precedenti, per violazione degli artt. 2, 3, 32, 34 e 97 e 113 della Costituzione*";

j) l'assetto normativo descritto, pertanto viola:

   j1) l'art. 3 Cost. e in particolare i principi di ragionevolezza che devono assistere ogni legge provvedimento – giustificata ove ammette gli specializzandi, ma non ove limita tale ammissione con un troppo rigido sbarramento temporale che non ha alcuna sua autonoma giustificazione – e di uguaglianza – ove discrimina fra soggetti che sono in situazioni similari tranne che per il profilo temporale;

   j2) gli artt. 2, 32 e 34 Cost., ossia i diritti fondamentali alla salute e all'istruzione, ove restringe irragionevolmente la platea dei partecipanti alla selezione con possibile compromissione di tali valori rilevanti nello svolgimento dell'insegnamento di sostegno a persone con disabilità;

   j3) l'art. 97 Cost., in quanto, pur in assenza di un'attività riservata all'amministrazione, compromette con disposizioni di eccessivo dettaglio gli stessi interessi che la disposizione si propone di tutelare restringendo senza motivo la platea dei soggetti ammessi al concorso straordinario per soluzioni distoniche rispetto a quelle che in assenza della norma

l'amministrazione avrebbe potuto adottare nella sua ordinaria attività di indizione dei concorsi;

j4) l'art. 113 Cost., in quanto, legificando i bandi, sottrae, senza motivazione alcuna, alla tutela giurisdizionale le posizioni degli istanti lasciando al giudice amministrativo solo ed esclusivamente la strada della rimessione della norma al giudice delle leggi.

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

k) sulle leggi provvedimento si veda Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116 (in *Foro it.*, 2020, I, 3715, con note di D'AURIA e DELLA VALLE; *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2020, fasc. 2, 27; oggetto della News US, n. 80 del 23 luglio 2020), la quale nell'accogliere una q.l.c. che era stata sollevata dal T.a.r. per il Molise (T.a.r. per il Molise, con ordinanza 15 novembre 2018, n. 663, in *Foro amm.*, 2018, 2051, nonché oggetto della News US in data 29 novembre 2018), concernente l'approvazione, con legge dello Stato, del Piano Operativo Straordinario (POS) 2015-2018 della Regione Molise, commissariata per disavanzi sanitari, conferma la propria rigorosa giurisprudenza che impone un "sindacato stretto" sulle leggi provvedimento, riferendosi in particolare alle leggi di sanatoria e valorizzando, in tale quadro, le norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo, quali codificate dalla legge n. 241 del 1990. In particolare si rinvia:

k1) alla citata News US, n. 80 del 23 luglio 2020, oltre che per l'analisi della sentenza della Corte: al § i), sull'utilizzo della disciplina normativa del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990, quale strumento per il test di ragionevolezza costituzionale applicato ad una legge provvedimento; al § k), sulla conformità alla Costituzione di un'operazione con la quale il legislatore recepisce il contenuto di un provvedimento amministrativo, superando pronunce giurisprudenziali di contrario avviso; ai §§ l), m) ed n), sulla nozione generale di legge provvedimento, sui relativi limiti di ammissibilità e sulla giurisprudenza costituzionale in tema di leggi provvedimento statali e regionali; al § o), per riferimenti dottrinali; al § p), ancora sul test di ragionevolezza e proporzionalità delle leggi;

k2) D'AURIA, *op. ult. cit.*, osserva che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale, approvando un atto amministrativo generale prodotto in sede di conferenza Stato-Regioni, ne elevava il contenuto dispositivo al livello legislativo. Si tratta pertanto di una norma qualificabile come di sanatoria, in quanto intesa a fornire copertura legislativa a precedenti atti amministrativi, resi non più contestabili nella

sede giurisdizionale a questi propria, ma solo davanti alla Corte costituzionale. In sostanziale accoglimento di siffatta prospettazione, la Corte, senza riprendere la problematica dell'esistenza, nel nostro ordinamento, della riserva di amministrazione e pur considerando che, in linea di principio, la tutela giudiziaria non viene meno per il trasferimento del contenzioso alla giurisdizione costituzionale, ha ritenuto che la disposizione censurata fosse priva di ragionevolezza, una volta accertato che la materia dei piani di rientro dai deficit sanitari regionali è stata compiutamente strutturata, dalla legislazione statale (fin dal 2014), in base alle caratteristiche proprie del procedimento amministrativo. Con la duplice conseguenza, da un lato, che tale strutturazione non può essere contraddetta dalla decisione dello stesso legislatore statale di intervenire in via diretta nella materia, dall'altro lato, che non può essere impedito alla regione di adottare scelte discrezionali che ricadano nell'area della sindacabilità assicurata dalle regole del procedimento, esponendosi alle eventuali contestazioni dei diversi portatori di interessi e al possibile contenzioso davanti al giudice amministrativo. Inoltre, proprio l'esclusione — in esito all'avvenuta legificazione del Pos — di tale contenzioso ha finito, secondo la Corte, per sottrarre al giudice amministrativo il potere di conformare, a sua volta, tramite le sue pronunce, l'attività amministrativa, così da renderla pienamente rispettosa dei principî di efficienza, imparzialità e trasparenza di cui all'art. 97 Cost.;

l) sui concorsi riservati, si vedano:

l1) Corte cost. 29 luglio 2020, n. 174 (in *Foro it.*, 2020, I, 3305, con nota di D'AURIA, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui, tra l'altro: "*Va dichiarata cessata la materia del contendere, poiché la norma impugnata è stata successivamente modificata in termini satisfattivi per il ricorrente e non ha ricevuto, durante la sua vigenza, alcuna applicazione, in ordine alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 24 l. prov. Trento 6 agosto 2019 n. 5, nella parte in cui prevede che la valutazione dei candidati al concorso straordinario 2019 per l'accesso a posti di lavoro con contratto a tempo indeterminato di personale insegnante nelle scuole dell'infanzia provinciali avvenga sulla base di soli titoli (e non anche di una prova d'esame scritta o orale), in riferimento all'art. 97, 4° comma, cost.*". La cessata materia del contendere è dovuta, oltre che alla mancata applicazione della norma impugnata durante il periodo della sua vigenza, alla intervenuta modifica della stessa norma nel senso che la selezione dei candidati nel concorso straordinario a posti di personale insegnante nelle scuole dell'infanzia provinciali (concorso al

quale sono ammessi, sia secondo la norma impugnata, sia secondo la norma modificata, gli insegnanti che abbiano prestato servizio per almeno tre anni continuativi nelle stesse scuole) debba avvenire sulla base non già di soli titoli, ma anche di una prova d'esame (scritta o orale), la cui mancata previsione era stata assunta, nel ricorso governativo, come motivo di violazione dell'art. 97, comma 4, Cost. (sull'accesso ai pubblici impieghi mediante concorso). Osserva D'AURIA, *op. ult. cit.*, che, nella giurisprudenza costituzionale, "*eventuali deroghe al principio del pubblico concorso possono essere considerate legittime solo quando siano funzionali al buon andamento dell'amministrazione e ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle, cosicché: a) esse possono ritenersi consentite a condizione, da un lato, che siano previsti adeguati criteri selettivi volti a garantire la necessaria professionalità degli assunti e, dall'altro, che la legge bilanci in modo equilibrato il criterio di selezione del personale mediante concorso pubblico con sistemi alternativi al concorso, stabilendo delle percentuali rigorose entro le quali l'ente pubblico può ricorrere a procedure di selezione interne; b) va esclusa la legittimità di arbitrarie restrizioni alla partecipazione alle procedure selettive, essendo insufficiente a giustificare la deroga la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione, come pure la personale aspettativa degli aspiranti ad una misura di stabilizzazione; c) la deroga deve essere contenuta entro determinati limiti percentuali, per non precludere in modo assoluto la possibilità di accesso della generalità dei cittadini a detti posti pubblici*";

l2) Corte cost. 24 aprile 2020, n. 77 (in *Foro it.*, 2020, I, 2591, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti e richiami giurisprudenziali specie § 2 della nota di richiami; *Riv. corte conti*, 2020, fasc. 3, 165), secondo cui "*Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale degli art. 1, commi 300, 360, 361, 362, 363, 364, 365, l. 30 dicembre 2018 n. 145 e 9 bis, 1° comma, lett. a), d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito, con modificazioni, in l. 11 febbraio 2019 n. 12, nelle parti in cui disciplinano le procedure concorsuali per l'accesso alle amministrazioni pubbliche anche del personale medico, tecnico-professionale e infermieristico presso gli enti del ssn e le modalità di utilizzo delle graduatorie, in riferimento agli art. 3, 5, 97, 117, 4° comma, e 120 cost., in combinato disposto con l'art. 10 l.cost. 18 ottobre 2001 n. 3, e agli art. 2, lett. a) e b), 3, lett. l), 4 e 38 statuto speciale per la Valle d'Aosta*";

l3) Corte cost., 2 maggio 2019, n. 106 (in *Foro it.*, 2019, I, 1829, nonché oggetto della News US, n. 57 del 14 maggio 2019), la quale, chiamata a pronunciarsi sulle q.l.c. sollevate dalla sesta sezione del Consiglio di Stato con quattro

identiche ordinanze del 21 giugno 2017 nn. 3008-3011 (oggetto della News US in data 27 giugno 2017, cui si rinvia per gli ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali) in tema di procedura riservata per l'immissione nei ruoli dei dirigenti scolatici di cui all'art. 1, commi 87-90, della legge 13 luglio 2015, n. 107, ha dichiarato le stesse in parte inammissibili e in parte infondate. In particolare alla citata News US, n. 57 del 14 maggio 2019 si rinvia, oltre che per l'esame della pronuncia della Corte: al § m), sull'obbligo costituzionale del pubblico concorso; ai §§ n), o), e p), per precedenti giurisprudenziali sui requisiti di ammissione ai pubblici concorsi;

l4) in senso conforme all'orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale sui concorsi riservati è costantemente orientata la giurisprudenza amministrativa, tra le tante si vedano, a titolo esemplificativo: T.a.r. Lazio, sez. III-*bis*, 15 febbraio 2021, n. 1793; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2021, n. 1145; Ta.r. Lazio, sez. III-*bis*, 27 gennaio 2021, n. 1040; Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 203; T.a.r. Lazio, sez. III-*bis*, 23 dicembre 2020, n. 13948; T.a.r. Lazio, sez. III-*bis*, 22 dicembre 2020, n. 13860;

m) con specifico riferimento alla data entro la quale occorre conseguire i requisiti previsti per partecipare alla procedura selettiva si veda Corte cost., 21 dicembre 2020, n. 275 (oggetto della News US n. 20 del 18 febbraio 2021), che ha dichiarato infondata la q.l.c. della legge n. 205 del 2017 nella parte in cui, all'art. 1, comma 605, prevede la possibilità che, al concorso per direttori dei servizi amministrativi e generali delle scuole (DSGA), partecipino gli assistenti privi della laurea che abbiano comunque maturato tre anni di servizio, nelle suddette mansioni direttive, alla data di entrata in vigore della legge stessa e non alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione al concorso medesimo, ritenendo tale scelta del legislatore non irragionevole o illogica. Alla citata News US si rinvia, oltre che per l'analisi degli argomenti sviluppati dalla Corte: ai §§ g) e h), sull'obbligo costituzionale del pubblico concorso e sulle deroghe a tale principio; al § j), sui principi generali in materia di pubblici concorsi; al § k), sul sindacato di razionalità e ragionevolezza della legge.