

Il Consiglio di Stato, sez. VI, rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale delle norme del d.lgs. n. 59 del 2017 (art. 17, commi 2, lett. b, e 3) che, nel prevedere una procedura concorsuale straordinaria per la copertura dei posti di docente vacanti e disponibili nelle scuole secondarie, ne riservano l'accesso ai soli docenti che siano già in possesso del titolo abilitante all'insegnamento nella scuola secondaria (o di specializzazione di sostegno per i medesimi gradi di istruzione) ovvero agli insegnanti tecnico-pratici già iscritti nelle graduatorie ad esaurimento oppure nella seconda fascia delle graduatorie di istituto, escludendo, invece, la possibilità di partecipazione di coloro che abbiano conseguito il dottorato di ricerca in una materia coerente con la classe di concorso.

**Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 3 settembre 2018, n. 5134 – Pres. Santoro, Est. Gambato Spisani**

**Istruzione – Scuola secondaria – Reclutamento del personale docente – Regime transitorio – Riserva di partecipazione per talune categorie di docenti ed insegnanti tecnico-pratici – Questione non manifestamente infondata di costituzionalità.**

*E' rilevante e non manifestamente infondata, in principalità, la questione di costituzionalità dell'art. 17, commi 2, lett. b), e 3, del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59, nella parte in cui prevede un concorso per l'accesso ai ruoli dei docenti della scuola secondaria riservato, ai sensi del comma 3 citato, alle sole categorie dei docenti in possesso, alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, del titolo abilitante all'insegnamento nella scuola secondaria o di specializzazione di sostegno per i medesimi gradi di istruzione, degli insegnanti tecnico-pratici iscritti nelle graduatorie ad esaurimento oppure nella seconda fascia di quelle di istituto sempre alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, nonché dei docenti che conseguono il titolo di specializzazione per il sostegno entro il 30 giugno 2018, nell'ambito di procedure avviate entro la data di entrata in vigore del decreto legislativo stesso. (1)*

*Per il caso di ritenuta infondatezza della questione di cui sopra, è altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 2, lett. b), e del comma 3 dell'art. 17 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59, nella parte in cui queste disposizioni non consentono la partecipazione per l'accesso ai ruoli dei docenti della scuola secondaria, riservato ai soggetti previsti dalle norme stesse, anche a coloro i quali abbiano conseguito il dottorato di ricerca di cui all'art. 4, comma 1, della legge 3 luglio 1998, n. 210, in materia coerente con la classe di concorso per la quale concorrono. (2)*

(1, 2) I. – Con l'ordinanza in rassegna la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, in sede di appello avverso un'ordinanza cautelare del T.a.r. per il Lazio, ha rimesso alla Consulta la q.l.c. delle norme del d.lgs. n. 59 del 2017 (attuative della legge n. 107 del 2015, sulla c.d.

buona scuola) le quali, nel provvedere al riordino del sistema di reclutamento degli insegnanti delle scuole secondarie (medie e superiori), hanno previsto, in via transitoria, un concorso straordinario riservato ai soli “abilitati” (cioè a chi è in possesso, oltre alla laurea, anche del titolo necessario per l’insegnamento, secondo il sistema previgente) nonché ai c.d. insegnanti tecnico-pratici (c.d. IPT) già iscritti nelle graduatorie ad esaurimento oppure nella seconda fascia delle graduatorie di istituto. Così facendo le norme in questione hanno derogato al principio, dalla legge previsto a regime, secondo il quale al concorso per l’insegnamento possono accedere tutti i laureati che hanno conseguito un certo numero di crediti qualificanti. In proposito vale la pena di ricordare che:

- a) secondo la novella del 2017 (la quale si è data carico di riformare il sistema di formazione iniziale e di accesso nei ruoli di docente nella scuola secondaria, “*per renderlo funzionale alla valorizzazione sociale e culturale della professione*” – come si legge nel titolo stesso del decreto legislativo –, secondo le indicazioni della legge-delega sulla c.d. buona scuola), nel momento in cui il nuovo sistema entrerà a regime, è previsto (art. 3) un concorso pubblico nazionale, su base regionale, per esami e titoli, con cadenza biennale, per coprire i posti disponibili nelle diverse classi di concorso; ai sensi dell’art. 4, requisiti di accesso a tali concorsi biennali sono il possesso della laurea (o titolo equipollente) unitamente ad un certo numero di *crediti formativi universitari od accademici*;
- b) il Capo V del d.lgs. n. 59 del 2017 ha tuttavia previsto una lunga fase transitoria per far fronte allo storico problema del precariato costituito, per un verso, da quegli insegnanti che ancora risultano inseriti nelle c.d. graduatorie ad esaurimento (GAE, di cui all’articolo 1, comma 605, lett. c, della legge n. 296 del 2006), ivi inclusi gli stessi insegnanti tecnico-pratici, nonché, per altro verso, da coloro che avevano già conseguito un titolo abilitante all’insegnamento secondo il sistema previgente. Per i prossimi anni, pertanto, la legge ha stabilito una sorta di ripartizione dei posti disponibili, suddividendoli tra le menzionate categorie dei “precari” (nonché di coloro che hanno superato il concorso del 2016, di cui all’art. 1, comma 114, della legge n. 107 del 2015) ed i nuovi laureati in possesso dei crediti formativi, conferendo precedenza ai “precari”. In particolare, a norma dei commi 1, 2 e 3 dell’art. 17, il 50% dei posti vacanti dovrà essere coperto, anno per anno, attingendo dalle GAE e fino al loro definitivo esaurimento; i posti rimanenti, in ragione di un numero via via sempre decrescente anno dopo anno, sarà invece coperto mediante scorrimento delle graduatorie del concorso (già espletato) del 2016 e dei concorsi pubblici straordinari previsti dal comma 2 dell’art. 17;
- c) tra questi concorsi straordinari vi è anche (e soprattutto) quello oggetto dell’odierna questione di costituzionalità, concorso che, in linea con la *ratio* del

periodo transitorio, è stato riservato ai soli docenti già in possesso del titolo abilitante all'insegnamento (ma privi dei *crediti formativi universitari od accademici*) ed agli insegnanti tecnico-pratici iscritti nelle GAE o nella seconda fascia delle graduatorie di istituto. Ne deriva un sistema nel quale già si stabilisce, per i primi anni (con previsione, addirittura, che si spinge fino oltre l'anno scolastico 2027/28), un serio sbarramento all'accesso per tutti coloro che non rientrano nelle categorie riservatarie delle selezioni straordinarie, i quali risultano radicalmente esclusi per i primi due anni scolastici successivi alla riforma (2018/19 e 2019/20), potendo contare su *chances* di entrata solo a partire dall'anno scolastico 2020/21 (anno a partire dal quale, secondo la scansione temporale delineata dall'art. 17, comma 2, lett. *b, c*, aumenteranno via via i posti loro consentiti, fino a giungere, come si diceva, all'a.s. 2028/29 quando avranno una finestra d'accesso pari all'80% dei posti disponibili, con successiva necessità, comunque, di esaurire, nel corso dei successivi anni, i "precari" ancora eventualmente rimasti);

d) all'interno del quadro normativo appena delineato si inserisce la fattispecie oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato qui in epigrafe la quale può essere così di seguito, in sintesi, ricostruita:

d1) il ricorrente in primo grado era insorto contro l'indizione del concorso straordinario di cui all'art. 17, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 59 del 2017 (effettivamente indetto con decreto 1° febbraio 2017, n. 85, pubblicato in *Gazzetta ufficiale– IV Serie speciale* n. 14 del 16 febbraio 2018), dal quale egli risultava escluso in quanto privo del requisito dell'abilitazione all'insegnamento, essendo titolare solo del dottorato di ricerca (oltre che, ovviamente, della laurea);

d2) in sede cautelare, il T.a.r. per il Lazio, sede di Roma, Sezione III-*bis*, aveva respinto le doglianze del ricorrente (ordinanza 12 giugno 2018, n. 3478), non ritenendo sussistenti i pur prospettati dubbi di costituzionalità, avuto riguardo al "*carattere straordinario*" della procedura concorsuale *de qua*, per la quale la legge è chiara nel richiedere il possesso del requisito dell'abilitazione all'insegnamento; secondo il T.a.r. non vi sarebbe neanche spazio per una disapplicazione della legge nazionale, "*posto che non si riscontra una puntuale violazione di una norma europea, né emerge una discriminazione trattandosi di una normativa giustificata sulla peculiarità del reclutamento e della procedura*", né il titolo di dottore di ricerca potrebbe ritenersi equiparabile al titolo abilitativo all'insegnamento "*dovendosi valorizzare la diversità ontologica tra percorsi di abilitazione e dottorato di ricerca, non essendovi né disposizioni espresse, né considerazioni di ricostruzione sistematica che possano indurre l'interprete a ritenere il conseguimento del*

*dottorato di ricerca titolo equipollente all'abilitazione all'insegnamento"* (con richiamo a Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2018, n. 2264);

e) in sede di appello cautelare, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza in epigrafe, ha ritenuto di sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità sulla norma transitoria del d.lgs. n. 59 del 2017, ritenendo anzitutto sussistente, all'esito di una complessa analisi (che qui di seguito verrà ricapitolata), il requisito della rilevanza; la sezione rimettente muove dalla considerazione del vuoto normativo che si creerebbe per l'effetto di un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità, vuoto normativo che, precisano, *"potrebbe essere colmato in due modi, alternativi fra loro"*, entrambi i quali, comunque, condurrebbero allo stesso risultato, ossia l'accoglimento delle censure proposte dal ricorrente:

e1) secondo una prima possibilità, *"potrebbero tornare applicabili le norme ordinarie sull'accesso ai concorsi per l'insegnamento nella scuola secondaria anteriori all'entrata in vigore del d. lgs. 59/2017"*, così come ricostruite dalla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato. Viene qui offerto un preciso ed esauriente *excursus* sul previgente sistema, scandito dalle seguenti fasi:

- l'abilitazione all'insegnamento, quale requisito di accesso ai concorsi per l'insegnamento nella scuola (ulteriore rispetto alla laurea), è stato introdotto con la legge n. 341 del 1990, nella forma del diploma post-universitario che si conseguiva con la frequenza ed il superamento dell'esame finale delle Scuole di Specializzazione per l'Insegnamento Secondario (S.S.I.S.);
- a seguito dell'art. 64, comma 4-ter, del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito in legge n. 133 del 2008, tuttavia, la procedura per l'accesso alle SSIS fu sospesa, determinandosi un lungo intervallo temporale in cui l'ordinamento non offriva più alcuno strumento atto a far conseguire, a chi ne fosse interessato, il titolo abilitante;
- solo con l'entrata in vigore, nel 2011, del d.m. 10 settembre 2010, n. 249 (*"Regolamento concernente: 'Definizione della disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale degli insegnanti della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado, ai sensi dell'articolo 2, comma 416, della legge 24 dicembre 2007, n. 244'"*), abolite le SSIS, fu fatto partire l'analogo istituto del tirocinio formativo attivo (c.d. T.F.A.), anch'esso avente valore abilitante;
- le menzionate procedure abilitative (SSIS e TFA), pur qualificandosi come "ordinarie", non davano però a tutti i laureati

la concreta possibilità di accedervi, in quanto 1) come detto, nel periodo intercorrente tra la soppressione delle SSIS e l'avvio del TFA, si era determinato un *black-out* delle procedure stesse e, soprattutto, 2) la concreta possibilità di abilitarsi per una data materia dipendeva da circostanze estranee alla volontà dell'interessato, essendo sottoposta alla duplice condizione che, per tale materia, fosse stato effettivamente attivato il relativo corso di specializzazione e che fossero disponibili posti per tutti gli aspiranti;

- vi erano, in alternativa, anche i Percorsi Abilitanti Speciali (c.d. P.A.S.), istituiti in via straordinaria e transitoria sul solco di quanto previsto dall'art. 2, comma 4, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (*"Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico"*), e varati, per la prima volta, con l'ordinanza ministeriale 15 giugno 1999, n. 153, i quali, però, erano aperti non a tutti i laureati ma solo a chi avesse già prestato servizio per un periodo minimo come docente non di ruolo (c.d. precario) presso le scuole statali o paritarie;
- in definitiva, quindi, la previsione del titolo abilitante, quale requisito essenziale per la partecipazione ai concorsi per il reclutamento del personale docente, finiva per determinare evidenti discriminazioni all'interno della stessa categoria di persone (i laureati) consentendone la partecipazione solo a determinati candidati, *"selezionati oltretutto in base a circostanze casuali, ovvero soltanto a coloro che avessero già prestato servizio nell'amministrazione e intrapreso un PAS, ovvero coloro che fossero riusciti a conseguire un diploma di SSIS o di TFA, risultato come si è visto non disponibile alla generalità dei laureati"*, di fatto trasformando la selezione in un concorso riservato, in violazione dell'art. 97, comma 3, Cost.;
- con l'ordinanza cautelare 18 maggio 2016, n. 1836 la VI Sezione del Consiglio di Stato ha pertanto inaugurato un nuovo orientamento, volto a propugnare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale considerava applicabile, alla fattispecie *de qua*, la norma transitoria a suo tempo dettata per la novella del 1990, ossia l'art. 402 del d.lgs. n. 297 del 1994. Quest'ultima disposizione ammetteva infatti transitoriamente, ai concorsi per l'insegnamento, anche i semplici laureati; essa, pertanto, poteva essere *"ripescata"* anche al momento attuale (attraverso un delicato

meccanismo di recupero, in via analogica, reso possibile dal richiamo che la legge sulla c.d. buona scuola faceva al d.lgs. n. 297 del 1994), nel senso di avallare l'ammissione ai concorsi anche per tutti i laureati che fossero sprovvisti del titolo abilitante "*finché non sia stato almeno astrattamente possibile conseguire il predetto titolo abilitante all'esito di un percorso aperto all'accesso da parte di ogni interessato: ossia finché non sia stato possibile conseguire l'abilitazione nei modi 'ordinari' (nei sensi predetti, ossia senza indirettamente postulare la necessità di un periodo di transito attraverso il precariato)*" (così l'ordinanza n. 1836 del 2016, cit.);

- in definitiva, il recupero della normativa previgente al d.lgs. n. 59 del 2017 consentirebbe, secondo il Consiglio di Stato, l'ammissione del ricorrente al concorso straordinario di cui si tratta, in quanto "*egli, come dottore di ricerca, possiede per definizione la laurea richiesta*" (si noti qui che, secondo l'ordinanza di rimessione, la circostanza fattuale che sta alla base di tutto il ragionamento – ossia che, per la materia oggetto dei *desiderata* del ricorrente, non ci sia mai stata la concreta possibilità di seguire un percorso abilitante – può essere meramente allegata dal ricorrente stesso, salva la "*prova contraria*" che la sua controparte è onerata ad offrire: cfr. l'*obiter dictum* di cui al par. n. 16.12 dell'ordinanza in esame);

e2) sempre in punto di rilevanza, la seconda possibilità di colmare il vuoto normativo che discenderebbe da un'eventuale declaratoria di incostituzionalità delle norme del d.lgs. n. 59 del 2017 consiste – secondo l'ordinanza di rimessione – nell'applicazione immediata del sistema "a regime" previsto dalla stessa novella del 2017, con i requisiti di ammissione delineati dall'art. 5 del d.lgs. in parola (laurea e crediti formativi); la sua domanda cautelare, pertanto, andrebbe incontro ad un accoglimento, salvo il dovere dell'amministrazione –precisa il Consiglio di Stato – di "*rideterminarsi sulla sua domanda per verificare se egli possieda o no i 24 crediti formativi richiesti come requisito ulteriore*";

e3) precisa ancora l'ordinanza di rimessione che, qualora i prospettati dubbi di costituzionalità venissero respinti (con conferma, cioè, delle norme transitorie di cui al d.lgs. n. 59 del 2017), ne discenderebbe un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, relativa all'esclusione dei soli candidati in possesso del titolo di dottore di ricerca, rispetto alla quale la sussistenza del requisito della rilevanza è, nel caso di specie, di immediata percezione;

f) in punto di non manifesta infondatezza, questo è il ragionamento dell'ordinanza di rimessione:

f1) le norme di legge sospettate di incostituzionalità, secondo il Consiglio di Stato, *“rientrano nella categoria delle cd leggi provvedimento, ovvero di quelle leggi le quali incidono su un numero determinato e limitato di destinatari, e presentano un contenuto particolare e concreto”*: viene qui richiamata la definizione di leggi-provvedimento di cui alla sentenza della Corte cost., n. 275 del 2013 (in *Foro it.*, 2014, I, 349; in *Dir. e giustizia*, 2013, 1530, con nota di G. MILIZIA, *L'AAMS vince facile anche al Tar: l'abrogazione della soglia di riduzione dei minimi riequilibra i suoi rapporti con i concessionari?*), secondo cui si tratta di *“quelle che contengono disposizioni dirette a destinatari determinati, ovvero incidono su un numero determinato e limitato di destinatari, che hanno contenuto particolare e concreto, anche in quanto ispirate da particolari esigenze, e che comportano l'attrazione alla sfera legislativa della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa”*; tali norme, pertanto, devono sottostare *“ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio”*;

f2) nella cornice costituzionale delineata dagli artt. 51, comma 1, prima parte (*“Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”*), 3 (principio di uguaglianza) e 97, comma 4, Cost. (*“Agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*), tre sono i requisiti necessari affinché un *“concorso pubblico”* sia rispettoso del dettato costituzionale, e cioè: apertura della selezione al maggior numero possibile di cittadini; natura di tipo comparativo della procedura, volta cioè a selezionare i migliori fra gli aspiranti; congruità della procedura, nel senso che essa deve consentire di verificare che i candidati posseggano la professionalità necessaria a svolgere le mansioni caratteristiche, per tipologia e livello, del posto di ruolo che aspirano a ricoprire (sono qui citate: Corte cost., sentenza n. 225 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2565, con nota di A. PERTICI, *I limiti di derogabilità della regola del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi: una riserva di legge (sempre più) rinforzata in via giurisprudenziale*, *ivi*, 3601 ss.; Corte cost., sentenza n. 293 del 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 387; *Giur. cost.*, 2009, 4465, con nota di G. BOTTINO, *La «stabilizzazione» in ruolo, a tempo indeterminato, dei dipendenti pubblici assunti con contratto di lavoro a termine: la «regola» del concorso pubblico (art. 97, comma 3, Cost.)*

*come principio, nella fattispecie, inderogabile; Riv. it. dir. lav., 2010, II, 89, con nota di S. BORELLI, La legittimità delle deroghe alla regola del concorso pubblico nelle procedure di stabilizzazione operate dalle Regioni; Foro amm.-Cons. Stato, 2009, 2794, con nota di B. GAGLIARDI, Principio del pubblico concorso e professionalità dei pubblici funzionari);*

- f3) sono pertanto ammissibili – sempre secondo la giurisprudenza costituzionale – solo eccezioni “*rigorose e limitate*” (così la già citata sentenza n. 293 del 2009), subordinate a due requisiti: sussistenza di una “*specificità funzionale*” dell’amministrazione, ovvero di “*peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico*”; e tali non sono né l’esigenza di consolidare il precariato né quella di venire incontro a personali aspettative degli aspiranti (così Corte cost., sentenza n. 81 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 873, con nota di A. FILIPPINI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di pubblici concorsi: una breve rassegna per l’anno in corso*), né, tantomeno, le esigenze strumentali di gestione del personale (come ritenuto da Corte cost., n. 195 del 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2312); peraltro, con specifico riferimento alla scuola, la Corte costituzionale ha ritenuto che la finalità di assorbimento del precariato, in quanto legata ad esigenze di natura straordinaria, “*non è [...] replicabile in riferimento al sistema ordinario di reclutamento, il quale presuppone il superamento della prospettiva dell’emergenza, attraverso il raggiungimento degli obiettivi programmati*” (così la sentenza n. 251 del 2017, in *Foro it.*, 2018, I, 763), argomentazione che, secondo il Consiglio di Stato, è “*estensibile, secondo logica, a tutte le limitazioni di accesso alla procedura*”;
- f4) al contrario, sempre secondo la Corte costituzionale, un concorso riservato può essere giustificato solo quando si tratti di esigenze desumibili da funzioni svolte dall’amministrazione (così la sentenza n. 195 del 2010, cit.) e, in particolare, quando si tratti di consolidare specifiche professionalità che non si potrebbero acquisire all’esterno dell’amministrazione, così giustificandosi che ci si rivolga solo a chi già ne è dipendente in una data posizione (cfr. sentenza n. 293 del 2009, cit.); in ogni caso, precisano i Giudici della VI Sezione, le eccezioni alla regola del pubblico concorso devono prevedere “*adeguati accorgimenti idonei a garantire la professionalità del personale assunto*” (con richiamo a Corte cost., sentenza n. 149 del 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 1992; *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 99, con nota di S. CALIANDRO, *Concorso nel pubblico impiego e potestà legislativa concorrente*);

- f5) nel caso di specie, pur comportando un'eccezione alla regola del pubblico concorso (trattandosi, nei sensi poc'anzi precisati, di concorso riservato), le norme di legge sospettate di incostituzionalità non appaiono – secondo il Giudice rimettente – supportate da “peculiari ragioni di interesse pubblico”, né garantiscono il criterio del merito, proprio perché esse favoriscono un'unica categoria di persone per il solo fatto che queste ultime posseggono un'abilitazione all'insegnamento (la quale, come visto, dipende da circostanze casuali e non legate al merito, *“ovvero in sintesi estrema dall'essersi o no trovati, per ragioni anagrafiche, o di residenza, nella posizione di poter partecipare ad uno dei percorsi abilitanti ordinari di cui si è detto, ovvero dall'aver o no potuto frequentare una SSIS ovvero un TFA, ovvero ancora dall'aver potuto usufruire di un PAS, legato quest'ultimo, come pure si è detto, ad una circostanza ulteriore a sua volta casuale, ovvero all'aver o no prestato servizio come docente precario”*);
- f6) né, ai fini di legittimare questo tipo di procedura selettiva, potrebbe farsi leva sull'intento di stabilizzare il precariato (come si esprime la parte finale del comma 3 dell'art. 17, che si riferisce al *“fine di superare il precariato e ridurre il ricorso ai contratti a termine”*), posto che essa è stata inserita, dal legislatore, all'interno del sistema ordinario di reclutamento e quindi, come ritenuto dalla citata sentenza n. 251 del 2017 della Corte costituzionale, *“presuppone che l'emergenza relativa sia superata, o per lo meno sia stata affrontata con gli interventi legislativi precedenti, ovvero con il piano straordinario di assunzioni di cui all'art. 1, commi 108 e seguenti, della legge 13 luglio 2015, n. 107”*;
- g) l'ordinanza di rimessione passa, poi, ad esaminare l'ulteriore questione che viene sollevata in via subordinata (per l'ipotesi in cui dovesse essere respinta la questione sollevata in via principale), ossia quella relativa alla legittimità costituzionale delle medesime norme del d.lgs. n. 59 del 2017 *“nella sola parte in cui escludono dal concorso i dottori di ricerca”*; in questo caso il Consiglio di Stato dubita della conformità di detta previsione al principio di ragionevolezza e di pari trattamento di cui all'art. 3 Cost. osservando che:
- g1) il dottorato di ricerca rappresenta il più alto titolo di studio previsto dal nostro ordinamento non tanto (o non solo) perché – come previsto dall'art. 4, comma 1, della legge n. 210 del 1998 – fornisce *“le competenze necessarie per esercitare ... attività di ricerca di alta qualificazione”*, quanto piuttosto perché abilita all'insegnamento presso le università, ovvero presso il corso di istruzione immediatamente superiore alla scuola secondaria secondo quanto prevede l'art. 4, comma 8, della legge n. 210

del 1998 (cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, sentenza 28 luglio 2017, n. 3797); è pur vero che quest'ultima norma pone limitazioni alla docenza effettuata dai dottorandi, ma la *ratio* – precisa il Consiglio di Stato – è solo quella *“che il tempo dedicato alla docenza non vada a discapito della ricerca, cui il dottorando deve per definizione dedicarsi”*, senza che da ciò possa desumersi *“in alcun modo un livello inferiore della docenza impartita dal dottorando stesso”*;

g2) appare pertanto illogico – conclude il Giudice rimettente – *“che nel più, ovvero l'abilitazione all'insegnamento nell'università, istituzione di grado superiore, non sia compreso il meno, ovvero l'abilitazione all'insegnamento della stessa materia nell'istituzione di grado inferiore, ovvero la scuola superiore”*;

h) in base a tutte le riportate considerazioni, quindi, il Consiglio di Stato ritiene anche la sussistenza del *fumus boni iuris* quale presupposto per l'accoglimento della domanda cautelare già dispiegata in primo grado e, per l'effetto, per tutelare le ragioni del ricorrente appellante, *“nelle more”* della decisione dell'incidente di costituzionalità (cfr. il dispositivo), *“dispone in via cautelare la sua ammissione con riserva”* al concorso.

II. – Per completezza, si segnala quanto segue:

i) l'art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 59 del 2017 aveva già formato oggetto di una questione di costituzionalità, dalla Corte accolta con la citata sentenza n. 251 del 2017 (sulla quale si veda la News US dell'11 dicembre 2017, cui si rimanda per ogni ulteriore approfondimento). Per la precisione, in quell'occasione la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 110, ultima parte, della legge n. 107 del 2015 (legge sulla c.d. buona scuola), a norma del quale *“Ai concorsi pubblici per titoli ed esami non può comunque partecipare il personale docente ed educativo già assunto su posti e cattedre con contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato nelle scuole statali”*; la dichiarazione di incostituzionalità è stata, quindi, estesa in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, anche all'art. 17, comma 3, ultimo periodo del d.lgs. n. 59 del 2017, norma quest'ultima che, con riguardo alla fase transitoria del reclutamento, aveva parimenti escluso che potesse partecipare al concorso straordinario ivi previsto il *“personale docente ed educativo già assunto su posti e cattedre con contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato nelle scuole statali”*;

j) per riferimenti alla vicenda dei contratti a tempo determinato nella scuola, si veda, di recente, Cass., sez. lav., 7 novembre 2016, n. 22552 (in *Foro it.*, 2016, I, 3792, con nota di A.M. PERRINO; *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 347, con nota di L. CALAFA', *The ultimate say della cassazione sul “caso scuola”*), con cui il Giudice di

legittimità ha offerto un quadro riepilogativo della situazione all'indomani della sentenza della Corte di Giustizia UE sul c.d. "caso Mascolo" (sentenza del 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo ed altri*, in *Foro amm.*, 2015, 1864, con nota di L. FLORE, *La disciplina dei contratti a tempo determinato nella scuola pubblica italiana: stato della giurisprudenza e prospettive future*; *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 336, con note di L. CALAFA', *Il dialogo multilevel tra corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, e di L. MENGHINI, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*; *Dir. e giust.*, 2014, fasc. 1, 44, con nota di I.L. NOCERA, *Il continuo rinnovo dei contratti a tempo determinato nel settore della scuola è contrario al diritto comunitario*; *Giur. cost.*, 2015, 158, con note di F. GHERA, *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e giudici comuni* e di R. CALVANO, *L'abuso dei contratti a tempo determinato nella scuola italiana, tra norme costituzionali e diritto dell'Unione europea*) e della conseguente sentenza di incostituzionalità della norma italiana (art. 4, commi 1 ed 11, della legge n. 124 del 1999) che aveva autorizzato il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti, nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario (sentenza n. 187 del 2016 della Corte costituzionale, in *Foro it.*, 2016, I, 2993, con nota di richiami di R. ROMBOLI e nota di A.M. PERRINO, *Pot-pourri di precetti, sanzioni e riparazioni: l'incontenibile universo del contratto a termine*; *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 325, con nota di V. ALLOCCA, *il giudizio della corte costituzionale sul conferimento di supplenze nelle scuole pubbliche prima e dopo la legge sulla «buona scuola»*; *Dir. relaz. industr.*, 2016, 1119, con nota di M. DEL FRATE, *La Corte costituzionale sulla vicenda dei precari della scuola: un intervento risolutivo?*; *Giur. cost.*, 2016, 1875, con nota di D. NOCILLA, 1858 ss.); con la medesima sentenza, peraltro, la Corte costituzionale ha ritenuto che il successivo regime disegnato dalla legge n. 107 del 2015, nel prevedere forme di stabilizzazione del personale precario, e ferma la proponibilità dell'azione di risarcimento dei danni ulteriori, ha introdotto misure che (proprio come auspicato dalla sentenza *Mascolo* della Corte di Giustizia) possono ritenersi proporzionate, effettive, sufficientemente energiche ed idonee a sanzionare debitamente l'abuso commesso nonché a cancellarne le conseguenze;

- k) ancora in tema di "concorsi riservati" nella scuola, deve ricordarsi che, con ordinanze 21 giugno 2017, nn. da 3008 a 3011 (sulle quali si rinvia alla relativa [News US del 27 giugno 2017](#)), il Consiglio di Stato, sez. VI, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi da 87 a 90, della legge n. 107 del 2015, nella parte in cui è prevista una procedura di immissione nei ruoli dei

dirigenti scolastici riservata a coloro che avevano già superato una precedente procedura concorsuale poi annullata in sede giurisdizionale (la questione risulta ancora pendente e risulta calendarizzata, dalla Corte costituzionale, all'udienza pubblica del prossimo 20 novembre 2018);

- l) sempre il Consiglio di Stato, con l'ordinanza 5 luglio 2017, n. 3299, della sez. VI (sulla quale si veda la News US del 14 luglio 2017, alla quale si rinvia per ogni opportuno approfondimento), ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 4-bis, del decreto-legge n. 97 del 2004, convertito, con modificazioni, nella legge n. 143 del 2004, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non ammette al corso abilitante per la classe di concorso 77/A, previsto dallo stesso art. 2, i soggetti i quali, in possesso dell'abilitazione per la classe di concorso 32/A, abbiano prestato, per il periodo minimo di 360 giorni indicato dalla norma, servizio di insegnamento di strumento musicale presso la scuola secondaria di secondo grado. La questione è stata rigettata dalla Corte costituzionale con la sentenza di non fondatezza n. 62, del 27 marzo 2018, oggetto della News US del 4 aprile 2018, alla quale parimenti si rimanda; in particolare, la Corte cost. ha rilevato la natura eccezionale e derogatoria della disciplina dell'ammissione ai corsi speciali abilitanti attraverso i quali si vuol consentire agli insegnanti precari della scuola statale di conseguire, con percorsi agevolati, l'abilitazione all'insegnamento, necessaria per l'immissione nei ruoli e la stabilizzazione del rapporto di impiego; da tale connotazione di specialità discendono – ha precisato la Corte – la mancata estensione dei criteri selettivi espressamente stabiliti ai fini dell'ammissione al corso abilitante e la non equiparazione del servizio rispettivamente prestato in due differenti classi di concorso; da ciò quindi consegue che non è né irragionevole, né discriminatoria, l'individuazione degli insegnanti legittimati al percorso abilitativo speciale soltanto tra coloro che abbiano già in concreto prestato quella stessa attività didattica per la quale aspirano ad abilitarsi; al contrario il trattamento riservato dalla disposizione censurata agli insegnanti con altre esperienze di servizio risulta ragionevolmente differenziato in funzione della esigenza di selezionare – in modo efficiente e con la dovuta tempestività – i docenti da destinare all'insegnamento dello strumento musicale nella scuola secondaria inferiore;
- m) in tema di graduatorie ad esaurimento, si ricorda che, con l'importante decisione n. 11 del 20 dicembre 2017 (oggetto della News US del 29 dicembre 2017, cui si rimanda per ogni opportuno approfondimento), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha definitivamente sancito l'insufficienza del diploma magistrale, sia pure conseguito entro l'anno scolastico 2001/02, ai fini dell'inserimento in dette graduatorie, così ponendo fine ad una delicata *querelle*

(dalle ricadute sociali, peraltro, ampiamente riportate dai *mass media* e, forse, in precedenza, generalmente sottovalutate); la motivazione dell'Adunanza plenaria ha fatto leva, in particolare, sulla natura decadenziale del termine per la presentazione della domanda di inserimento nelle GAE *ex* articolo 1, comma 1-*bis*, del decreto-legge n. 97 del 2004, convertito in legge n. 143 del 2004;

- n) sulle leggi provvedimento, in dottrina, S. SPUNTARELLI, *Leggi provvedimento, funzione giurisdizionale e cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, nonché G. ARCONZO, *Conferme e nuove prospettive in tema di leggi provvedimento (in margine alla sent. n. 267 del 2007)*, entrambe in *Giur. cost.*, 2007, rispettivamente 2619 ss. e 2629 ss., a commento della sentenza n. 267 del 2007 della Corte costituzionale (*ivi* pubblicata); successivamente, nella giurisprudenza costituzionale, v. le sentenze nn. 289 e 345 del 2010; 61 del 2011; 85, 154 e 275 del 2013. Per un caso peculiare, cfr. anche Corte cost., sentenza n. 250 del 2014, in *Foro it.*, 2015, I, 1144, che ha dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale di una legge che, secondo la prospettazione del giudice *a quo*, aveva provveduto a "legificare", attraverso lo strumento del rinvio materiale, il contenuto di precedenti atti amministrativi (si trattava, nella specie, delle deliberazioni del Consiglio dei Ministri che, nel 2009, avevano dichiarato la situazione emergenziale, ed attuato la relativa gestione commissariale, nell'ambito dei lavori di realizzazione di un'importante opera viaria); secondo la Corte costituzionale, invece, nel caso di specie doveva escludersi, secondo la *voluntas* ricostruibile del legislatore, che quest'ultimo avesse inteso effettuare un rinvio materiale ai provvedimenti amministrativi (con conseguente novazione della fonte), avendo egli invece voluto escludere che detti provvedimenti finissero con l'essere sottoposti ad una normativa sopravvenuta che, in mancanza di un intervento diretto del legislatore, sarebbe stata loro applicabile. Da ultimo, sempre nella giurisprudenza costituzionale, cfr. la sentenza n. 182 del 13 luglio 2017 (in *Giur. cost.*, 2017), che ha dichiarato la non fondatezza della questione concernente le norme introdotte dal decreto-legge n. 98 del 2016, convertito in legge n. 151 del 2016, concernenti la nuova procedura di modifica ed integrazione del Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria, in relazione alla vicenda dello stabilimento Ilva di Taranto: nell'occasione la Corte, pur riconducendo dette norme alla categoria delle leggi-provvedimento, ha ritenuto che esse non appaiono prive di giustificazione sul piano costituzionale né, tanto meno, irragionevolmente discriminatorie, "in quanto la procedura introdotta con la disposizione impugnata, pur rispondendo a esigenze di accelerazione, rese doverose dalla peculiarità e dalla gravità della situazione creatasi a Taranto e concretizzatesi nell'anticipazione della fase della valutazione delle eventuali modifiche o integrazioni al

*Piano del 14 marzo 2014 al momento della selezione dei soggetti offerenti, predispone diversi strumenti di coinvolgimento della Regione interessata, nel rispetto del principio di leale collaborazione, il quale può esprimersi a livelli e con strumenti diversi in relazione al tipo di interessi coinvolti e alla natura e all'intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte. Inoltre, le leggi provvedimento — cui la disciplina censurata può ascrivarsi — non sono di per sé incompatibili con l'assetto costituzionale. La natura di azienda di interesse strategico nazionale; le ricadute delle vicende che hanno riguardato lo stabilimento ILVA di Taranto sul piano occupazionale, ambientale, sanitario ed economico; la necessità di perfezionare le procedure di trasferimento a terzi delle attività aziendali del gruppo ILVA in amministrazione straordinaria e di armonizzare la tempistica delle misure di tutela ambientale con l'autorizzazione all'esercizio d'impresa, sono tutti elementi che denotano la necessità di intervenire urgentemente in questioni di pubblica utilità, con misure ad hoc".*