

N° 644/12 SENT.
N° 154/12 R.G.L.
N° 1283 CRONOL.
N° REPERT.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI LANCIANO

il dr. Paola De Nisco in funzione di Giudice del Lavoro

ha pronunciato la seguente

SENTENZA CON MOTIVAZIONE CONTESTUALE

nella causa civile in I grado iscritta al n° 154 del Ruolo generale Lavoro dell'anno 2012, decisa all'udienza del 19/11/2012, promossa da:

, nato a . il (c.f.

) elettivamente domiciliato in Lanciano via De Crecchio n. 61, presso lo studio dell'avv. Francesco Orecchioni, che lo rappresenta e difende, come da mandato a margine del ricorso;

- ricorrente-

CONTRO

MINISTERO dell'ISTRUZIONE UNIVERSITA' e RICERCA, in persona del ministro pro tempore, (c.f./p.i.) elettivamente domiciliato in Chieti via Discesa delle Carceri n. 2 presso l'Ufficio Scolastico Regionale per l'Abruzzo e rappresentato e difeso ex art. 417 bis

c.p.c. dal legale rappresentante di detto ufficio dr Sandro Liberatore;

- convenuto-

OGGETTO

impugnazione graduatoria

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato in data 16/3/2012, chiedeva a questo tribunale di accertare ai fini della graduatoria di cui alla L. 124/1999 e succ. modificazioni per la classe di concorso il proprio diritto al riconoscimento del punteggio del servizio militare prestato non in costanza di rapporto ed il conseguente diritto all'assunzione con contratto a tempo indeterminato dal 1/9/2011, con condanna del convenuto ministero al pagamento di tutti gli arretrati dovuti per differenza tra il percepito ed il percipiendo, con accessori di legge ed il favore delle spese di lite.

Costituitosi ritualmente in giudizio, il convenuto ministero chiedeva il rigetto della domanda, chiedendo in via preliminare l'integrazione del contraddittorio nei confronti di , primo in graduatoria nella classe di concorso indicata dal ricorrente ed immesso in ruolo a far data dall'1/9/2011.

In via preliminare non vi è luogo a procedere alla integrazione del contraddittorio nei confronti del professor , assunto con contratto a tempo indeterminato in quanto primo nella graduatoria per la classe di



concorso , non incidendo sulla sua posizione giuridica l'esito del presente giudizio.

Ed infatti, con la contrattualizzazione del pubblico impiego a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs 29/93 oggi D.lgs 165/01, è precluso alla Amministrazione pubblica ogni potere discrezionale ed autoritativo e di preminenza sul lavoratore nella gestione dei rapporti di lavoro contrattualizzati. Pertanto, il rapporto di lavoro intercorrente tra la P.A. datrice di lavoro ed il lavoratore si fonda su base paritetica ed è disciplinato secondo le norme di diritto privato: la P.A. non occupa quindi una posizione di preminenza o supremazia rispetto al lavoratore e non è più legittimata all'esercizio di poteri discrezionali in via di autotutela, potendo agire esclusivamente con i poteri del privato datore di lavoro con preclusione della possibilità di adottare unilateralmente modifiche, risoluzioni, rescissioni, o revoche del contratto di lavoro già stipulato. In tal senso si sono espresse ormai da tempo le Sezioni Unite della Suprema Corte (vedi sent. n. 41 del 24/2/2000 a tenore della quale "...a seguito dell'evoluzione normativa il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni è oggi fondato su base paritetica, ad esso è estranea ogni connotazione autoritariamente discrezionale"), in tal senso dispone l'art. 5 comma 2° del D.lgs 165/01 nello stabilire che "nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2 comma 1 le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure



inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”, in tal senso deduce la stessa amministrazione convenuta nella nota prot. 3321 del 18/4/2007, laddove afferma “la natura privatistica del contratto di lavoro comporta necessariamente che le cause di risoluzione del contratto stesso, per situazioni che si verificano successivamente alla stipula, sono tassativamente determinate dagli artt. 1453 (risoluzione per inadempimento), 1463 (per impossibilità sopravvenuta), 1467 per eccessiva onerosità del c.c.” (vedi doc. prodotto dal ricorrente all'udienza del 22/10/2012).

Sotto altro profilo, invece, la circostanza che al detto professor è stata assegnata una sede di servizio diversa rispetto a quella di titolarità (vedi elenco assegnazioni provvisorie e decreto di trasferimento 26/7/2012 prodotti dal ricorrente all'udienza del 22/10/2012) rende evidente la disponibilità di un altro posto nella classe di concorso

Nel merito il ricorso appare meritevole di accoglimento nei limiti di cui in prosieguo.

Il ricorrente ha chiesto riconoscersi il diritto al punteggio relativo al servizio militare di leva, espletato dopo il conseguimento del titolo di studio necessario all'inserimento nella graduatoria per la classe di concorso, in applicazione del D.M. 12/5/2011 n. 44 e previo accertamento della illegittimità dello stesso nella parte in cui prevede che il servizio militare di



leva ed i servizi sostitutivi siano valutabili solo se prestati in costanza di nomina. Lo stesso ricorrente ha poi dedotto che qualora gli fosse stato riconosciuto detto punteggio, avrebbe avuto diritto alla immissione in ruolo con decorrenza dal 1/9/2011, in quanto collocato al primo posto della graduatoria.

Il MIUR non ha contestato le circostanze di fatto dedotte dal ricorrente a fondamento del ricorso, ma ha escluso la sussistenza dell'invocato diritto, tenuto conto del tenore inequivoco del sesto comma dell'art. 2 del citato decreto, alla luce anche disposto di cui all'art. 2050 del codice dell'ordinamento militare.

Si deve innanzitutto rilevare la non applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 2050 del nuovo codice dell'Ordinamento Militare di cui al Dlgs 66/2010, che sancisce la valutabilità ai fini dei concorsi pubblici del solo servizio militare di leva prestato in costanza di rapporto. In primo luogo tale norma riguarda unicamente i concorsi pubblici ai quali non sono equiparabili le graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola, posto che queste ultime non costituiscono l'esito di una procedura concorsuale in senso stretto, ma rappresentano un elenco nel quale sono utilmente collocati soggetti già in possesso del titolo abilitante l'insegnamento, conseguito a titolo di concorso, ed in attesa dell'immissione in ruolo (vedi in tal senso Adunanza Plenaria Cons. Stato 12/74/2011 n. 11 e Sez. Un. Cass. 8/2/2011



n. 3032).

In secondo luogo si tratta di una norma di carattere generale che in quanto tale non può derogare, in applicazione del principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, alla disciplina di settore (ordinamento scolastico) di cui all'art. 485 comma 7 Dlgs 297/1994, in forza del quale il periodo del servizio militare di leva o di richiamo ed il servizio civile sostitutivo di quello di leva è valido a tutti gli effetti. E' solo il caso di rilevare che si tratta di una norma che, per la sua portata generale priva di limitazioni di sorta, impone la sua applicazione anche alla disciplina delle graduatorie di accesso all'insegnamento.

Il diritto al riconoscimento del punteggio connesso all'espletamento del servizio militare di leva non può essere negato neppure in forza del disposto di cui all'art. 2 comma VI del D.M. 44/11, trattandosi nella specie di una disposizione di carattere secondario rispetto al D.lgs (di cui costituisce attuazione) per cui, in quanto allo stesso subordinata, non può derogare ai principi ivi contenuti.

Infine si deve evidenziare come la consolidata giurisprudenza dei tribunali amministrativi, che sono stati investiti della questione fino alla pronuncia delle sezioni Unite della Corte di Cassazione del 10/11/2010 n. 22805 (che ha affermato la giurisdizione dell'AGO in materia), ha ritenuto che il servizio militare di leva effettuato dopo il conseguimento del titolo di studio

indispensabile per l'accesso all'insegnamento è sempre oggetto di valutazione nelle graduatorie di insegnamento in ragione del fatto che la sua prestazione obbligatoria poteva essere di ostacolo alla instaurazione del rapporto di servizio (cfr. TAR Lazio Roma 28/1/2010 n. 325; TAR Lazio Roma 19/2/2010 n. 2515; TAR Lazio Roma 16/4/2010 n. 7259; TAR Campania Napoli 2/7/2010 n. 16560; TAR Sardegna 26/1/2006 n. 74; Con. Stato sent. 15/5/2003 n. 2650; ord. 4028 e 4031 del 3/7/2009, 4032 dell'1/8/2009, 4403 del 27/8/2009 ecc.).

In termini analoghi si è pronunciata la giurisprudenza civile di merito maggioritaria investita della questione (cfr. vedi tra gli altri Trib. Napoli 22/5/2012, Tribunale Catania sent. 15/3/2012 n. 78; Trib. Brindisi sent. 30/12/2011 e 10/5/2012 ecc.; contra solo Trib. Foggia sent. 2/5/2012 n. 2759, Trib. Enna sent. 23/8/2012 e Corte d'Appello di L'Aquila 12/12/2011 n. 1014).

Si deve quindi concludere che la valutabilità del servizio militare è condizionata alla sola circostanza di essere stato espletato dopo il conseguimento del titolo di studio indispensabile all'accesso all'insegnamento, requisito documentato dal ricorrente e non contestato dal resistente. Ne consegue l'illegittimità del D.M. 44/11 nella parte in cui all'art. 2 comma 6 prevede che il servizio militare di leva ed i servizi sostitutivi assimilati per legge siano valutabili solo se prestati in costanza di nomina,



con conseguente sua disapplicazione.

In punto di quantificazione il punteggio oggetto di richiesta deve tuttavia essere limitato a 16 punti, dovendo il servizio militare di leva essere valutato con esatto riferimento ai corrispondenti periodi di servizio scolastico. Pertanto tenuto conto che il servizio militare è stato prestato dal 2/7/1996 al 1/10/1997 devono essere assegnati 3 punti per l'a.s. 1993/1994, 12 punti per l'a.s. 1994/1995 e 1 punto per l'a.s. 1995/1996 (cfr. doc. 10 prodotto dal ricorrente).

Il tempestivo riconoscimento del punteggio aggiuntivo sopra accertato avrebbe collocato il ricorrente al primo posto della graduatoria (cfr. doc. 3 nel fascicolo del ricorrente), atteso che il prof. aveva un punteggio totale di 96 ed il ricorrente avrebbe avuto quello di 100 (84 + 16).

Le conclusioni raggiunte accertano il diritto del ricorrente ad essere immesso in ruolo con decorrenza dall'1/9/2011 ed al pagamento delle conseguenti differenze retributive maturate con decorrenza dal medesimo periodo.

Infine, quanto agli accessori devono essere riconosciuti, con decorrenza dalla maturazione delle differenze stipendiali maturate, i soli interessi legali in forza del disposto di cui all'art. 22 comma 36 della L. 724/1994, la cui legittimità costituzionale è stata ribadita dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 82 del 27/3/2003.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo ai sensi del DM 20/7/2012 n. 140.

P.Q.M.

Il Tribunale di Lanciano, in funzione di Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando, sul ricorso proposto da _____ contro il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, così provvede:

disapplicato, l'art. 2 comma 6 del D.M. n. 44 del 12/5/2011 nella parte in cui prevede che "il servizio militare di leva ed i servizi assimilati per legge sono valutati solo se prestati in costanza di nomina", accerta il diritto del ricorrente al riconoscimento alla valutazione del servizio militare prestato non in costanza di nomina nella misura di 16 punti;

condanna la convenuta amministrazione a riconoscere detto servizio, attribuendo al _____ il punteggio predetto nella graduatoria della classe di concorso _____, con tutte le conseguenze giuridiche ed economiche con decorrenza dall'1/9/2011, queste ultime maggiorate di interessi legali;

condanna la società resistente al rimborso in favore del ricorrente delle spese di lite, liquidate nella misura di € 2.000,00, di cui € 230,00 per esborsi, oltre IVA e CPA.

Lanciano, il 19/11/2012

Il Giudice
dr. P. De Nisco

Funzionario Giudice
Giovanni COZZOLISSA 9


