

**CONCORSI PUBBLICI: Forze armate - Reclutamento - Concorso a posti di Maestro di Direttore della Banda musicale dell'Esercito - Requisiti di partecipazione - Limite di età - Militari - Maestro Direttore musicale dell'Esercito - Art. 944, d.P.R. n. 90 del 2010 - Limiti.**

**Cons. Stato, Sez. II, 14 marzo 2022, n. 1789**

in *Il Foro amm.*, 3, 2022, pag. 364

*Il limite di età, previsto dall'art. 944, D.p.r. 15 marzo 2010, n. 90 per partecipare al concorso a posti di Maestro di Direttore della Banda musicale dell'Esercito, non è giustificato, in base ai criteri della Direttiva 2000/78 e alla interpretazione data dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, per il candidato che sia già orchestrale della stessa banda.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2022 il Cons. Cecilia Altavista;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con decreto del Direttore generale della Direzione generale per il personale militare del Ministero della Difesa n. 64/1D del 24 febbraio 2016, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 1 marzo 2016, è stato indetto il concorso per titoli ed esami per un posto di Maggiore, Direttore della Banda musicale dell'Esercito. Tra i requisiti di partecipazione era richiesto, con riferimento all'età, sulla base dell'art. 944 del D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, *Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare*, il compimento del 25° anno e non avere superato “il giorno di compimento del 40° anno di età alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande”. Era altresì previsto che “eventuali aumenti dei limiti di età previsti dalle vigenti disposizioni di legge per l'ammissione ai pubblici impieghi non trovano applicazione. Si prescinde dal limite massimo di età esclusivamente per il Maestro direttore di banda in servizio permanente di altra Forza armata o Corpo di polizia e per il Maestro vice direttore della banda dell'Esercito”.

Per quanto riguarda i titoli di studio erano richiesti il diploma di istruzione secondaria superiore nonché il diploma di strumentazione per banda e il diploma di composizione o di direzione d'orchestra in un conservatorio statale o altro analogo istituto legalmente riconosciuto; inoltre era richiesta l'idoneità psico - fisica e attitudinale prevista per gli ufficiali in servizio permanente dell'Esercito Armi di Fanteria, Cavalleria, Artiglieria, Genio, Trasmissioni.

Tal decreto è stato impugnato con ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio dal signor -OMISSIS-, che ha dedotto, in punto di fatto, di essere Maresciallo Capo dell'Esercito in servizio dal 20 dicembre 2006, di prestare servizio presso la banda musicale dell'Esercito con il ruolo di 3° Flicorno Contralto (strumento con il quale ha vinto il concorso da orchestrale); di avere già compiuto quaranta anni al momento della pubblicazione del bando; di avere svolto attività di composizione, arrangiamento e trascrizione di numerosi brani eseguiti dalla banda dell'Esercito e di avere svolto anche le mansioni di Direttore della banda o di sue formazioni; ha formulato censure di violazione di legge ed eccesso di potere per la violazione del principio di proporzionalità, di certezza del diritto, di imparzialità, di ragionevolezza, di equità e di eguaglianza nonché sotto il profilo dello sviamento di potere e della disparità di trattamento; di violazione del principio di legalità e dei principi comunitari, di violazione di legge, sostenendo la illegittimità della previsione del requisito dell'età massima di 40 anni, costituente una ingiustificata discriminazione per motivi di età, non essendo ragionevole e proporzionato il limite di età in relazione alle specifiche funzioni svolte di Direttore della banda musicale e, quindi, in contrasto con l'art. 3, comma 6, L.15 maggio 1997, n. 127, con l'art. 20 e 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, con gli artt. 2, 3 e 7 della Direttiva europea 2000/43/CE e della direttiva europea 2000/78/CE, nonché con la Legge 14 febbraio 2003, n. 30 che vieta l'inserimento di barriere anagrafiche nelle offerte di lavoro, limite particolarmente ingiustificato in relazione alla posizione rivestita di appartenente alla medesima banda musicale, che ha svolto anche le specifiche funzioni del posto messo a concorso; ha richiamato la sentenza della Corte di Giustizia del 13 novembre 2014 (C 416/13) e ha invocato in suo favore l'applicazione dell'innalzamento del limite di età per chi abbia prestato servizio militare previsto dall'art. 2, comma 2, del d.P.R. 30 ottobre 1996, n. 693 (che ha sostituito la lettera d dell' art. 2 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487) riprodotto con analoga formulazione anche dal D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 "*Codice dell'ordinamento militare*". Nell'epigrafe e nelle conclusioni del ricorso è stata genericamente indicata una domanda risarcitoria.

Con decreto del Presidente della Sezione I *bis* del 4 aprile 2016 è stata accolta la domanda di tutela cautelare monocratica ed è stato sospeso il bando impugnato.

Con ordinanza n. -OMISSIS- del 29 aprile 2016 è stato confermato l'accoglimento della domanda cautelare disponendo l'ammissione con riserva, anche in soprannumero, alle successive fasi concorsuali. Si è costituito il Ministero della Difesa che, nella memoria, ha contestato la fondatezza del ricorso, sostenendo che, anche se destinato alle funzioni di Direttore della banda musicale, si tratterebbe comunque di un militare per cui le caratteristiche del servizio giustificerebbero la limitazione relativa all'età.

Con la sentenza n. -OMISSIS- del 10 luglio 2017 il ricorso è stato accolto, richiamando il principio generale posto dalla Direttiva 78/2000, che vieta discriminazioni per motivi di età nell'accesso al lavoro,

nonché l'ampio margine di discrezionalità attribuito dall'art. 4 della direttiva 78/2000 al legislatore nazionale in ordine ai limiti di età, in particolare per le esigenze delle Forze armate e di Polizia in relazione alla specificità delle funzioni svolte. E' stato, però, ritenuto ingiustificato il limite posto nel bando di concorso impugnato per la particolarità dell'attività di direzione della banda musicale rispetto alla svolgimento dell'attività propria del militare, rilevando che il codice dell'ordinamento militare non prevede tali limiti, disponendo invece limiti di età più alti per la cessazione dal servizio del direttore della banda musicale (fino a 65 anni, ai sensi dell'art. 1518 c.o.m.); i limiti riprodotti nel bando sono posti solo con il D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, all'art. 944, che prevede una apposita esclusione per chi sia direttore di altra banda musicale delle Forze armate o di Polizia; sono stati, quindi, richiamati i limiti di età più alti previsti per altre bande musicali, quale quella dei Vigili del Fuoco, fissata a 45 anni. E' stato, pertanto, affermato, che le norme derogatorie previste dall'art. 944 e richiamate dal bando siano volte a favorire lo stabile inserimento nella funzione direttiva musicale di coloro che siano già in servizio nel Corpo Musicale e debbano essere interpretate nel senso di essere applicabili anche al ricorrente che aveva esercitato in forma saltuaria le mansioni di Direttore, come affermato in ricorso e non specificamente contestato dalla Amministrazione, mentre una diversa interpretazione comporterebbe la disapplicazione delle norme per la violazione con i principi affermati dalla Corte di giustizia. E' stata respinta la domanda risarcitoria, non essendo stato dimostrato alcun danno ed essendo stato ammesso con riserva già in fase cautelare.

Avverso tale sentenza ha proposto appello il Ministero della Difesa, sostenendo l'erroneità delle argomentazioni del giudice di primo grado rispetto alla specificità del ruolo "artistico" degli orchestrali dell'Esercito, in quanto - secondo l'appellante - l'appartenenza alla banda militare non sottrarrebbe all'impiego operativo, come sarebbe dimostrato dalla verifica dei requisiti psico - fisici per l'accesso ai corpi militari e dai limiti di età per la permanenza in servizio per militari, inferiori a quella del restante personale pubblico, ha richiamato poi i profili degli ingegneri e dei sanitari dell'Esercito anch'essi soggetti a limiti di età; si tratterebbe, quindi, di attività pienamente rientrante nei compiti militari, come confermerebbe la deroga prevista dal comma 2 dell'art. 944 per chi è Direttore di altre bande musicali delle Forze armate o di Polizia e per chi è già vicedirettore della stessa banda dell'esercito; in particolare, la difesa erariale ha dedotto che la *"circostanza che l'unica deroga al limite di età sia prevista a favore del Vice Direttore della Banda dell'Esercito e dei Maestri Direttori delle altre Bande militari, evidenzia esattamente il contrario, e, cioè, che soltanto per soggetti già inquadrati nelle Forze Armate e, quindi, muniti di un profilo fisico, psichico ed attitudinale idoneo alla vita militare, in quanto sottoposti a specifici e continui controlli, può essere consentito di prescindere dal requisito anagrafico, in coerenza con la ratio della normativa di riferimento"*; ha poi contestato la sentenza in quanto non avrebbe chiarito se è stata disapplicata la normativa interna per contrasto con la direttiva comunitaria o è stata data una

interpretazione orientata, non ammissibile in presenza del dato testuale; in ogni caso, la legittimità della deroga al divieto di discriminazione in materia di età con la fissazione di limiti per le Forze Armate sarebbe espressamente prevista nel d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sono state richiamate, in particolare, le sentenze 12 gennaio 2010, in causa C- 229/08 Wolf; 13 settembre 2011, in causa C-447-09 Prigge).

Si è costituito in giudizio il signor -OMISSIS- che, nella memoria, depositata il 2 luglio 2018 ha contestato la fondatezza dell'appello e ha dedotto che il d.lgs. 216 del 2003, citato dall'Avvocatura dello Stato, è stato modificato con la legge 6 giugno 2008, n. 101 e ha richiamato il d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, che nelle controversie relative ad atti discriminatori ha posto l'onere della prova a carico del convenuto.

Con ordinanza cautelare n. 1547 del 6 aprile 2018 è stata dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse la domanda cautelare, sulla base della dichiarazione in tal senso resa dalla difesa appellante alla camera di consiglio del 5 aprile 2018.

Con istanza del 13 giugno 2018 l'Amministrazione ha riproposto la domanda cautelare di sospensione della sentenza di primo grado per sopravvenute esigenze dovute alla pubblicazione di un nuovo bando di concorso; con ordinanza n. 3144 del 6 luglio 2018 la domanda di sospensione della sentenza è stata respinta per mancanza del danno grave ed irreparabile.

All'udienza pubblica del 1 febbraio 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

Il presente giudizio riguarda la legittimità del bando del concorso pubblico, aperto, quindi, anche agli esterni, per un posto di Maggiore dell'Esercito, quale Direttore della banda musicale, che ha previsto il limite di età massima di 40 anni non superato al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande.

Il ricorrente in primo grado, signor -OMISSIS-, Maresciallo capo dell'Esercito già membro della medesima banda musicale aveva compiuto 40 anni al momento della pubblicazione del bando.

Il bando è stato emanato sulla base dell'art. 944 del D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, recante "*Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare*", che espressamente prevede: "*Il reclutamento dell'ufficiale in servizio permanente, Maestro direttore di banda, ha luogo mediante concorso pubblico per titoli ed esami, al quale possono partecipare i cittadini italiani che:*

- a) hanno compiuto il 25° anno di età e non superato il 40°;
- b) hanno conseguito il diploma di strumentazione per banda e il diploma di composizione o di direzione d'orchestra in un conservatorio statale o altro analogo istituto legalmente riconosciuto;
- c) sono in possesso degli altri requisiti per la nomina a ufficiale in servizio permanente".

2. Si prescinde dal limite massimo d'età per il concorrente:

- a) *ufficiale Maestro direttore di banda in servizio permanente di altra Forza armata o Corpo di polizia;*
- b) *ufficiale Maestro vice direttore della rispettiva banda”.*

Il giudice di primo grado, richiamando le norme della Direttiva 78/2000 e la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle discriminazioni per motivi di età per l'accesso al lavoro, ha ritenuto di potere evitare di disapplicare la normativa interna incompatibile con il diritto comunitario, in relazione ad una interpretazione estensiva della deroga contenuta nel secondo comma dell'art. 944, avendo lo stesso ricorrente svolto le mansioni in fatto - circostanza non contestata dalla difesa dell'Amministrazione- di direttore della medesima banda e quindi, nella sostanza avendo svolto le mansioni di vice direttore.

Con l'appello l'Avvocatura contesta tale interpretazione e sostiene che non sarebbe possibile una interpretazione estensiva essendo la norma derogatoria tassativa; richiama poi la giurisprudenza comunitaria, per cui sarebbero legittimi i limiti di età per i militari e le Forze di Polizia da cui il servizio nella banda musicale non si distinguerebbe, contestando sul punto le argomentazioni del giudice di primo grado.

L'appello è infondato, in quanto la stessa disciplina per il reclutamento degli orchestrali della banda musicale prevista sia dal codice dell'ordinamento militare che nel Regolamento 90/2010 conferma la specificità del servizio prestato in tale Corpo.

Come è noto la Direttiva 2000/78 “*Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*” “*mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento*” (art. 1).

In base all'art. 3, la direttiva “*si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene: a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione*”.

L'art. 4 prevede: “*gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato*”.

L'art. 6 dispone “*gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del*

*lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari”.*

Il divieto di discriminazione per motivi di età costituisce, altresì, un principio generale dell’Unione in base all’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, per cui *“È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale”.*

La direttiva 78/2010 è stata attuata nell’ordinamento nazionale con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che, al comma 3 dell’art. 3, nel testo vigente al momento di emanazione del bando impugnato con il ricorso di primo grado, a seguito delle modifiche introdotte con la legge di conversione del D.L. 8 aprile 2008, n. 59, aggiunto dalla relativa legge di conversione 6 giugno 2008 n. 101, prevedeva: *“nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell’ambito del rapporto di lavoro o dell’esercizio dell’attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell’articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all’handicap, all’età o all’orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell’attività medesima”.*

Il testo precedente, infatti, conteneva una ipotesi di esclusione, per cui non costituiva *“atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette (religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale), ove esse assumano rilevanza ai fini dell’idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare”*, successivamente espunta dalla norma.

La Corte di Giustizia, infatti, ha affermato, sulla base della formulazione dell’art. 4 della Direttiva 78/2010, che, per non costituire una discriminazione, la differenza di trattamento deve essere fondata su una caratteristica legata a uno dei motivi di cui all’art. 1 della direttiva 2000/78 e tale caratteristica deve costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa; non è, quindi, il motivo su cui è basata la differenza di trattamento, ma una caratteristica legata a tale motivo che deve costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa (sentenza 12 gennaio 2010, causa C-229/08; sent. 13 settembre 2011, C n. 447/09; sentenza 15 novembre 2016, C n. 258/15; sentenza 13 novembre 2014, C-2014/2371).

Le varie pronunce della Corte hanno, quindi, ritenuto legittime le discriminazioni in materia di età solo nei casi in cui le specifiche mansioni esercitate, quali quelle di Vigile del Fuoco o di agente di Polizia,

richiedessero in concreto una particolare capacità fisica collegata all'età, per l'esecuzione di compiti operativi ed esecutivi di tutela delle persone e dell'ordine pubblico.

La Corte ha affermato, altresì, che, quando consente di derogare al principio di non discriminazione, l'articolo 4, paragrafo 1, della menzionata direttiva dev'essere interpretato restrittivamente (sentenza 13 novembre 2014, C:2014/2371).

*“Come tratto comune, le sentenze citate si sono tutte pronunciate dopo avere preso in considerazione il mansionario della figura professionale considerata così come previsto dalle norme nazionali in materia; hanno poi preso in considerazione le concrete condizioni del servizio, in particolare il periodo di formazione eventualmente richiesto e l'età pensionabile prevista, con la correlata esigenza di garantire un congruo numero di anni di servizio attivo”* ( cfr. Consiglio, Sez. IV, ord. 23 aprile 2021, n. 3272, che ha rimesso alla Corte di giustizia la questione di rinvio pregiudiziale della compatibilità con la direttiva dei limiti di età previsti per i Commissari di Polizia).

Inoltre, l'art. 3, comma 6, della L. n. 127 del 1997 prevede che *“la partecipazione ai concorsi indetti da pubbliche amministrazioni non è soggetta a limiti di età, salvo deroghe dettate da regolamenti delle singole amministrazioni connesse alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione”*.

Sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia e, altresì, della disposizione dell'art. 3 del d.lgs. 216 del 2003 - che nel testo modificato dalla legge n. 101 del 2008 continua a far salve al comma 2 le disposizioni vigenti in materia di forze armate, *“limitatamente ai fattori di età e di handicap”* ma al comma 3 prevede una valutazione in relazione alle concrete caratteristiche dell'attività - per ritenere legittimo il limite di età di 40 anni previsto per il Direttore della banda musicale dell'Esercito si devono esaminare la concrete mansioni svolte e le norme di riferimento.

Non è, dunque, sufficiente, in base alla giurisprudenza della Corte europea, quanto sostenuto dalla difesa erariale, per cui si tratta di militari che svolgono una attività nell'ambito militare e comunque una attività caratterizzata da aspetti militari come *“portare il passo o trasmettere segnali”*.

Ritiene il Collegio che, nel caso di specie, la questione sia facilmente risolvibile nel senso della incompatibilità del limite stabilito di 40 anni - almeno nel caso di soggetto già in servizio nell'Esercito e, in particolare, nella stessa banda musicale, come per l'appellato - a seguito dell'esame della stessa disciplina normativa riguardante l'inquadramento del Direttore della banda musicale, le modalità di reclutamento, i requisiti di partecipazione al concorso.

In primo luogo, si deve rilevare che il Direttore della Banda musicale dell'Esercito è un militare con grado di Maggiore, come risulta dall'art. 1519 c.o.m., che prevede l'avanzamento al grado di Colonnello, e dalla espressa previsione del bando impugnato nel presente giudizio.

Si tratta, quindi, di una particolare procedura di reclutamento, aperta all'esterno, per l'accesso ad un grado elevato della scala gerarchica militare, che normalmente si raggiunge dopo un consistente periodo di servizio da ufficiale, con mansioni quindi, di carattere direttivo, che già in astratto non comportano le particolari esigenze che giustifichino il limite di età (cfr. Sez IV, ord. n. 3272 del 2021 sopra citata che si riferisce alle funzioni direttive del Commissario di Polizia).

L'art. 1518 c.o.m. prevede, poi, la possibilità del Ministro della difesa di disporre il trattenimento in servizio permanente del Maestro direttore, di anno in anno, fino al 65° anno di età, con ulteriore profilo di irrilevanza dei limiti attinenti all'età, potendo il Direttore della banda rimanere in servizio più a lungo degli altri militari, anche di pari grado e non mutando, nel corso del tempo, le caratteristiche delle mansioni del Direttore della banda.

In particolare, poi la stessa disposizione dell'art. 944 del D.P.R. 90 del 2010, al comma 2, prevede una deroga al limite massimo di età per la partecipazione al concorso, per i soli direttori di banda musicale di altra Forza Armata o della Polizia di Stato e per il vicedirettore della stessa banda dell'Esercito.

Ritiene il Collegio di richiamare, altresì, la disposizione dell'art. 945 del medesimo Regolamento 90/2010, relativa al Maestro vice direttore della stessa banda, per cui *“Il reclutamento dell'ufficiale in servizio permanente, Maestro vice direttore di banda, ha luogo mediante concorso pubblico per titoli ed esami, al quale possono partecipare i cittadini italiani che:*

*a) hanno compiuto il 25° anno di età e non superato il 40°, eccetto gli orchestrali della rispettiva banda, per i quali si prescinde dai limiti di età;*

*b) hanno conseguito il diploma in strumentazione per banda in un conservatorio statale o altro analogo istituto legalmente riconosciuto;*

*c) sono in possesso degli altri requisiti per la nomina a ufficiale in servizio permanente”; nonché l'art. 946, relativo al reclutamento degli orchestrali per cui “Gli orchestrali delle bande musicali sono reclutati mediante pubblici concorsi, per titoli ed esami, ai quali possono partecipare i cittadini italiani che:*

*a) hanno compiuto il 18° anno di età e non superato il 40°;*

*b) hanno conseguito in un conservatorio statale o altro analogo istituto legalmente riconosciuto il diploma nello strumento per il quale concorrono o in uno strumento affine, come stabilito dall'articolo 1517, comma 5, del codice;*

*c) hanno conseguito il diploma di istruzione secondaria di secondo grado o titolo equivalente, o possono conseguirlo entro l'anno in cui è bandito il concorso;*

*d) sono in possesso degli altri requisiti per l'arruolamento nei rispettivi ruoli marescialli o ispettori.*

*2. Per gli orchestrali della rispettiva banda che concorrono per una parte superiore a quella di appartenenza si prescinde dal limite massimo di età.*

3. *Il limite massimo di età è elevato di 5 anni per i militari delle Forze armate e dei Corpi di polizia in attività di servizio.*

4. *Per gli allievi dei centri di addestramento musicale di cui all'articolo 1509 del codice si prescinde dai limiti di età”.*

In relazione a tale differente regime di deroga, che esclude il limite di età per gli orchestrali in servizio della stessa banda dell'Esercito, che concorrano per una parte superiore o per il ruolo di vice direttore, non si comprende la *ratio* delle diversa e più ristretta disciplina della deroga al limite di età di 40 anni, prevista per l'accesso alla qualifica di Direttore, per il quale è indicato lo stesso limite di età previsto per il vice direttore e gli orchestrali, pur essendo richiesti - ragionevolmente - requisiti di preparazione professionale maggiori, quali il diploma di composizione o di direzione d'orchestra ( cfr. Consiglio di Stato, Sezione II, ord. 30 giugno 2021 n. 4961 che ha sollevato questione di legittimità costituzionale del limite di età previsto per gli psicologi della Polizia di Stato facendo riferimento, tra gli altri profili, al lungo periodo di formazione occorrente per la qualificazione professionale).

Inoltre, trattandosi della funzione apicale della banda, è chiaramente proporzionata anche un'età maggiore di quella degli altri ruoli, anche considerato il grado militare di Maggiore rivestito dal Direttore (mentre il vicedirettore è un ufficiale di grado inferiore e gli orchestrali sono sottufficiali dell'Esercito). La evidente sproporzionalità del requisito dell'età previsto per il Direttore d'orchestra (e della deroga limitata a chi sia già vice direttore o direttore di altra banda) è confermata dall'innalzamento del limite di età previsto per gli orchestrali, che siano già militari delle Forze armate e dei Corpi di polizia in attività di servizio, e dalle affermazioni della stessa difesa appellante, per cui la deroga confermerebbe che *“soltanto per i soggetti già inquadrati nelle Forze Armate e, quindi, muniti di un profilo fisico, psichico ed attitudinale idoneo alla vita militare, in quanto sottoposti a specifici e continui controlli, può essere consentito di prescindere dal requisito anagrafico, in coerenza con la ratio della normativa di riferimento”*, mentre proprio per il Direttore della banda musicale la deroga al limite di età non è prevista non solo per chi sia già militare - essendo escluse espressamente dal bando le elevazioni dei limiti di età previste dalle leggi vigenti, con ulteriore profilo di illegittimità del bando - ma neppure per chi sia già orchestrale della stessa banda come, invece, disposto per il vice direttore e per gli orchestrali che aspirino ad una parte superiore.

Sul punto deve essere, altresì, richiamata la disciplina dell'art. 2049 del codice dell'ordinamento militare, che prevede in via generale l'elevazione del limite di età per la partecipazione ai concorsi pubblici *“di un periodo pari all'effettivo servizio prestato, comunque non superiore a tre anni, per i cittadini che hanno prestato servizio militare”*, norma rispetto alla quale questo Consiglio ha già affermato che i Regolamenti che prevedano disposizioni in contrasto *“sebbene non oggetto di specifica impugnazione”* debbano essere disapplicati (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 2019, n. 3157, per cui

*“una volta eliminato il limite di età per la partecipazione ai concorsi pubblici ad opera dell'art. 3 comma 6 della L. n. 127 del 1997 la previsione di cui all'art. 2049 sarebbe inutiliter data se non fosse riferita proprio alle ipotesi derogatorie dettate da regolamenti delle singole amministrazioni connesse alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione per le quali persiste la possibilità di introdurre limiti di età ai sensi del menzionato art. 3, comma 6, con riferimento al D.M. 1 febbraio 2000, n. 50 relativo alla Polizia penitenziaria).*

Da tale quadro normativo deriva che sono irrilevanti le questioni poste nell'atto di appello relative al rapporto tra i ruoli artistico-musicali e l'attività operativa dei militari o il richiamo alla disciplina degli ingegneri e dei sanitari, essendo le stesse norme del regolamento 90/2010 a considerare la specificità delle mansioni svolte dai membri della banda musicale, ai fini dei limite di età per l'accesso, senza però correttamente valutare, a tali fini, la ulteriore specificità della attività svolta dal Direttore, risultante dal ruolo apicale dello stesso e dal previsto possibile prolungamento dell'età per la cessazione dal servizio, consentito solo per il Direttore e non per il vice direttore o gli altri componenti della banda musicale.

Considerato, quindi, che i limiti di età per l'accesso ai pubblici concorsi costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ipotesi eccezionali che devono trovare giustificazione nella specificità delle concrete mansioni svolte in attività che richiedono prestanza e capacità fisiche, nel caso di specie, il limite non appare proporzionato, essendo le stesse norme relative alla banda musicale a configurare la funzione di Direttore della banda musicale dell'Esercito come eseguibile anche oltre i quaranta anni (per chi sia già vicedirettore o Direttore di altra banda) e fino ai 65.

Né rispetto agli orchestrali già appartenenti alla medesima banda musicale o ai militari in servizio si pongono criticità dovute al breve tempo di attività lavorativa prima della pensione, che, comunque, per il direttore può intervenire anche a 65 anni.

La mancata estensione della deroga a chi sia già in servizio nell'Esercito e in particolare agli orchestrali della medesima banda comporta, quindi, una palese discriminazione per motivi di età, per gli orchestrali della banda musicale che, avendone i relativi titoli professionali (in particolare diploma di strumentazione per banda e diploma di composizione o di direzione d'orchestra) vogliano accedere al ruolo di Direttore - partecipando al relativo concorso - non essendo tale limitazione giustificata dal profilo oggettivo delle mansioni da svolgere ma solo dall'elemento soggettivo del non essere stati già Direttori di altre bande o vice direttore della stessa banda.

Ne deriva che l'art. 944 del D.P.R. 90/2010, non contemperando il limite di età di 40 anni, con apposite ragionevoli deroghe ed elevazioni, comporta una ingiustificata discriminazione per l'età, in contrasto, quindi, con la disciplina della Direttiva 78/2010, da cui consegue la disapplicazione della disciplina incompatibile con quella europea e la illegittimità del bando.

L'appello è quindi infondato e deve essere respinto con conferma della sentenza appellata, anche se con integrazione della motivazione secondo quanto sopra indicato.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e, liquidate in euro 2000,00 (duemila,00) oltre accessori di legge, devono essere poste a carico della parte appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio pari a euro 2000,00 (duemila,00) oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Italo Volpe, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

Carmelina Adesso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Cecilia Altavista**

**IL PRESIDENTE**

**Gianpiero Paolo Cirillo**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.