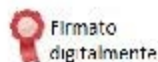


Numero 01449/ 2023 e data 16/11/2023 Spedizione



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

Consiglio di Stato

Sezione Prima

A dunanza di Sezione del 8 novembre 2023

NUMERO AFFARE 00284/2022

OGGETTO:

Ministero della giustizia.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dalle signore [REDACTED] Annalisa Muscarello e [REDACTED] contro il Ministero della giustizia e nei confronti dei signori [REDACTED] per l'annullamento del decreto del Direttore generale del personale e delle risorse del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia dell'11 novembre 2021 recante l'approvazione della graduatoria definitiva del concorso interno per 691 posti (606 uomini; 85 donne) della qualifica iniziale degli ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria, limitatamente al ruolo maschile, e degli atti presupposti.

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 0089178.E-2022 in data 16

dicembre 2022 con la quale il Ministero della giustizia ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, presidente ff Paola Alba Aurora Puliatti;

Premesso in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1. - Esposizione sommaria dell'oggetto della controversia e dei fatti rilevanti.

1.1. - Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, notificato al Ministero della giustizia il 24 febbraio 2022 e presentato direttamente, ex art. 11 d.P.R. n. 1199/1971, in data 7 marzo 2022, le ricorrenti impugnano, denunciandone l'illegittimità:

- il decreto dell'11 novembre 2021, pubblicato in data 12 novembre, con cui il direttore generale del personale e delle risorse del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia ha approvato la graduatoria definitiva del concorso interno a 606 posti della qualifica iniziale del ruolo maschile di ispettori di polizia penitenziaria, pubblicato in data 17 maggio 2021;

- il provvedimento di estrema necessità con cui è stato disposto l'aumento dei posti da 182 a 241 (solo per il ruolo maschile) della graduatoria aliquota b), riservata al personale maschile proveniente dal ruolo degli agenti assistenti, rilevante per le ricorrenti;

- il presupposto decreto del Direttore generale del personale e delle risorse del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, in data 12 maggio 2020, col quale veniva indetto il concorso interno per la qualifica iniziale di ispettore del Corpo di Polizia penitenziaria per un totale di 691 posti, nella parte in cui distingueva 606 posti per il ruolo maschile e 85 posti per il ruolo femminile e, in particolare, per quanto di interesse, nella parte relativa all'aliquota b) per posti 207, di cui 182 riservati al ruolo maschile e 25 riservati al ruolo femminile;

- il decreto ministeriale 2 ottobre 2017 con cui veniva adottata la nuova ripartizione

della dotazione organica del Corpo di Polizia penitenziaria di cui alle tabelle A e B, nella parte in cui si prevede nel ruolo degli ispettori la distinzione tra ruolo maschile e ruolo femminile;

- ogni atto connesso, presupposto e consequenziale.

1.2. - Le ricorrenti prestano servizio in qualità di assistenti nel Corpo di Polizia penitenziaria presso diverse sedi e hanno preso parte alla procedura concorsuale per l'aliquota b) (posti riservati al personale del ruolo degli assistenti e agenti) che prevede un totale di 207 posti, di cui 182 riservati agli uomini e 25 alle donne.

1.3. - Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

I.- violazione e falsa applicazione di legge: art. 44, comma 10, d.lgs. 95 del 29 maggio 2017; eccesso di potere per difetto di motivazione; difetto di presupposto; sviamento.

La norma rubricata, in esecuzione della quale è stato indetto il concorso, non prevede distinzione tra uomini e donne e disciplina una procedura straordinaria per la promozione al ruolo degli ispettori specificando solo le aliquote riservate al personale proveniente dal ruolo dei sovrintendenti ed al personale proveniente dal ruolo degli assistenti, per cui l'Amministrazione avrebbe introdotto illegittimamente la distinzione dei ruoli maschile e femminile.

II.- violazione e falsa applicazione di legge: art. 8, comma 1, lett. a), l. n. 125 del 6 agosto 2015 e art. 6 legge n. 395 del 15 dicembre 1990.

L'art. 8 della legge n. 125 del 2015 aveva delegato il governo ad attuare le disposizioni finalizzate al riallineamento ovvero alla piena equiparazione delle forze armate, attraverso una revisione della disciplina in materia di reclutamento e progressione, tenendo conto del merito e delle professionalità, prevedendo l'eventuale unificazione, soppressione dei ruoli, nonché rideterminazione delle relative dotazioni organiche.

Il decreto ministeriale impugnato non ha dato piena attuazione ai principi e obiettivi indicati dalla legge delega.

L'unica deroga al criterio della parità di genere è dettata dall'art. 6, comma 2, della

1. 395 del 1990 che prevede la distinzione in relazione all'assegnazione a servizi di istituto all'interno di sezioni femminili o maschili di detenuti.

Tenuto conto che il personale a stretto contatto con i detenuti è solo appartenente al ruolo degli agenti e assistenti, la riproposta ripartizione tra ruolo maschile e femminile relativa al personale diverso da quello appartenente al ruolo degli agenti e assistenti non ha ragione di esistere.

In realtà, i sovrintendenti e gli ispettori non svolgono compiti esecutivi all'interno delle sezioni; alla data del provvedimento impugnato l'Amministrazione aveva già preso atto della irrilevanza della distinzione di genere in relazione al ruolo unico dei funzionari – che svolgono in gran parte compiti affidati in passato a sovrintendenti e istruttori - istituito con d.lgs. n. 146 del 21 maggio 2000.

Nelle sedi extramoenia - tabella B relativa alla dotazione organica per le sedi dell'Amministrazione diverse dagli Istituti penitenziari - dove non esistono sezioni di detenuti, illegittimamente viene applicata la disposizione di cui all'art. 6, comma 2, della l. n. 395 del 1990 e viene riservato l'80% dei posti al personale maschile (per quanto concerne il ruolo Ispettori, sono previsti 325 posti per il ruolo maschile e 47 per quello femminile).

III.- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 57, 3, 51 Cost; direttiva CE 76/2007, art. 3 e art. 6; direttiva CE 78/2000, art. 1; Carta di Nizza, art. 21 e Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) art. 10; legge 9 dicembre 1977, n. 903; legge 10 aprile 1991, n. 125, art. 1 e art. 4, comma 3; legge 15 dicembre 1990, n. 395, art. 6, comma 2; d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, art. 25 e 48.

Il principio di non discriminazione è derogabile, alla luce della Costituzione e della normativa comunitaria, solo se il sesso costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, se la finalità è legittima e il requisito proporzionato.

Le mansioni dell'ispettore (art 23 d.lgs. n. 443 del 1992) non giustificano la deroga al principio di non discriminazione in quanto trattasi di compiti di concetto e non

esecutivi, di coordinamento di responsabilità delle unità operative, ma non di vigilanza all'interno delle sezioni ove sono ospitati i detenuti e le detenute, che giustificerebbe, a mente dell'art. 6 della l. n. 395 del 1990, la distinzione in base al sesso.

Ma vi è di più. La dotazione organica adottata dall'Amministrazione non riguarda solo gli istituti penitenziali, ma l'intera amministrazione penitenziaria comprensiva di uffici *extra moenia* ove non è prevista la presenza di detenuti.

Infine, nel ruolo dei funzionari, la distinzione tra ruolo maschile e ruolo femminile è stata abrogata sin dal 2000; mentre il d.lgs. n. 172 del 2019 ha introdotto modifiche alla l. n. 395 del 1990 ampliando i compiti amministrativi e prevedendo che i preposti ai singoli servizi sono scelti di regola tra gli appartenenti ai ruoli degli ispettori e sovrintendenti.

IV.- Illegittimità dell'aumento del numero dei posti di ruolo maschile.

L'Amministrazione, nonostante sia consapevole della ininfluenza della distinzione fra uomo e donna nel ruolo degli ispettori e pur avendo assunto formalmente con le OO.SS. ed il Comitato per le pari opportunità l'impegno a modificare le piante organiche abolendo detta distinzione, ha ritenuto ancora una volta di favorire i candidati uomini, malgrado avessero conseguito un punteggio inferiore alle ricorrenti.

1.4. - Con la relazione istruttoria, il Ministero eccepisce, preliminarmente, la tardività dell'impugnazione dei decreti presupposti (bando e decreto del 2017 relativo alla nuova ripartizione della dotazione organica) e, nel merito, l'infondatezza del ricorso in quanto il bando è conforme alle previsioni del d.m. 2 ottobre 2017, che distingue la dotazione organica per sesso come previsto dal d.lgs. 29 maggio 2017 n. 95 per tutto il personale, ad eccezione dei funzionari.

Le aliquote differenti, dunque, rispecchiano le carenze di organico derivanti dalla ripartizione stabilita dal d.m. 2 ottobre 2017.

L'aumento dei posti riservati agli uomini è consequenziale al fatto che nella categoria maschile i partecipanti uomini sono risultati in numero inferiore rispetto

ai posti messi a concorso nel ruolo dei sovrintendenti (cui è riservato il 70% dei posti) e si è provveduto, pertanto, ad aumentare i posti dell'altra aliquota maschile (30% riservati al ruolo agenti e assistenti) come prevede il d.lgs. n. 95 del 2017 che ha disciplinato la procedura straordinaria di assunzione.

1.5. - In data 28.12.2022 la relazione è stata trasmessa al legale delle ricorrenti.

1.6. - Con parere interlocutorio n. 200 dell'8 febbraio 2022, la sezione ha disposto l'integrazione del contraddittorio.

1.7. - La parte ricorrente ha provveduto nei termini alla notifica per pubblici proclami, allegando copia degli atti con attestazione di conformità alla memoria del 6 aprile 2023.

1.8. - Con la medesima memoria, il legale delle ricorrenti ha anche precisato che soltanto la sig.ra Muscarello Annalisa conserva interesse alla decisione del ricorso.

2.- *Questione di legittimità costituzionale in via incidentale – la normativa italiana.*

2.1. - La sezione ritiene che, ai fini della decisione di merito, sia rilevante e non manifestamente infondata, nei termini che verranno esposti di seguito, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, commi 7, 8, 9, 10 e 11, d.lgs. n. 95 del 29 maggio 2017 (*Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*) e della allegata tabella 37, nonché in parte qua della tabella A allegata al decreto legislativo n. 443 del 30 ottobre 1992 (*Ordinamento del personale del Corpo di Polizia penitenziaria, a norma dell'art. 14, comma 1, della l. n. 395 del 1990*), in relazione all'art. 6, comma 2, della legge n. 395 del 1990 (*Ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria*), nella parte in cui distinguono, in dotazione organica, secondo la differenza di sesso, i posti da mettere a concorso nella qualifica iniziale degli ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria, per contrasto con gli artt. 3, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione, per il sospetto che violino il principio di parità e non discriminazione tra uomo e donna nell'accesso al lavoro e non tengano conto

dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

2.2. - L'Italia ha introdotto le donne nel Corpo della Polizia penitenziaria con la legge n. 395 del 1990, il cui art. 6, comma 2, asserisce che "*il personale del corpo di Polizia penitenziaria da adibire ai servizi di istituto all'interno delle sezioni deve essere dello stesso sesso dei detenuti*".

L'applicazione della norma ha dato luogo, in fase di definizione dell'ordinamento del personale ex art. 14 della stessa legge, all'adozione di dotazioni organiche distinte a seconda del sesso dei dipendenti per tutti i ruoli, anche per quelli che non esplicano mansioni direttamente esecutive all'interno delle sezioni detentive, a diretto contatto coi i carcerati, ma che si occupano del coordinamento come i sovrintendenti e gli ispettori.

2.3. - Si consideri, a tal fine, che l'ordinamento del personale del Corpo di Polizia penitenziaria, a norma dell'art. 14, comma 1, della legge 15 dicembre 1990, n. 395, è disciplinato dal decreto legislativo 30 ottobre 1992, n. 443 e allegata tabella A.

L'art. 1 istituisce i ruoli e le dotazioni organiche, definite dalla tabella A allegata al decreto, che distingue la dotazione maschile da quella femminile, quest'ultima numericamente inferiore in ragione del numero inferiore di detenute ristrette nelle carceri.

Il d.lgs. n. 95 del 2017 - che reca norme in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ai sensi della L. 7.8.2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni - nel sostituire l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 443 del 1992, dispone che la gerarchia tra gli appartenenti ai ruoli del personale del Corpo di Polizia penitenziaria è determinata come segue: personale della carriera dei funzionari; ispettori; sovrintendenti; assistenti ed agenti." (art. 37 del D.lgs. n. 95 del 2017).

2.4. - La distinzione in ruoli maschile e femminile è stata mantenuta anche per il ruolo dei funzionari direttivi fino al 2000, allorché è stata eliminata con il d.lgs. n. 146/2000 mediante l'istituzione di un ruolo unico (tabella D- allegata al decreto legislativo).

2.5. - Da ultimo, il d.lgs. n. 172/2019 ha introdotto modifiche alla l. n. 395 del 1990 ampliando i compiti amministrativi che possono essere affidati agli appartenenti al Corpo della Polizia penitenziaria (cfr. art. 5, comma 3, l. n. 395 del 1990, come modificato dall'art. 29, che introduce l'impiego in "*attività amministrative di supporto e direttamente connesse ai servizi di istituto*", accanto alle tradizionali attività istituzionali elencate al comma 2, consistenti nell'assicurare l'esecuzione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e garantire l'ordine all'interno degli istituti di pena, partecipare, anche nell'ambito di gruppi di lavoro, alle attività di osservazione e di trattamento rieducativo dei detenuti e degli internati, espletare il servizio di traduzione dei detenuti ed internati ed il servizio di piantonamento dei detenuti e verifica del rispetto delle prescrizioni previste dai provvedimenti della magistratura di sorveglianza).

3.- *Questione di legittimità costituzionale in via incidentale – rilevanza.*

3.1. - Con riferimento al requisito della rilevanza, preliminarmente, la sezione ritiene di dover affermare la tempestività dell'impugnazione del bando e degli atti presupposti.

L'eccezione di tardività sollevata dall'Amministrazione è infondata.

Va rilevato che il bando di concorso ed il decreto ministeriale 2 ottobre 2017 sono stati impugnati quali atti presupposti, unitamente al decreto di approvazione della graduatoria nella quale le ricorrenti non risultano utilmente collocate.

La lesione dell'interesse legittimo e l'interesse concreto e attuale delle ricorrenti all'impugnazione è riconducibile all'atto conclusivo del concorso, cosicché correttamente il termine di impugnazione, anche per gli atti presupposti, decorre dalla conoscenza della graduatoria finale.

Né potrebbe ritenersi che l'onere di impugnazione per le ricorrenti risalga al momento della conoscenza del bando di concorso argomentando sulla base della considerazione che il bando prevede per l'aliquota b) un numero di posti a concorso inferiore per le donne rispetto al numero di posti messi a concorso per gli uomini.

L'onere di immediata impugnazione del bando di concorso va circoscritto al caso della contestazione di clausole riguardanti requisiti di partecipazione direttamente ostativi all'ammissione dell'interessato e, correlativamente, va escluso nei riguardi di ogni altra clausola che risulti dotata solo di astratta e potenziale lesività, ovvero la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione può essere valutata unicamente all'esito della procedura, ove negativo per l'interessato (Consiglio di Stato, sez. II, 8 aprile 2022, n. 2634; sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1266; T.A.R. per il Lazio, sez. V, 4 aprile 2022, n. 3861).

Nella fattispecie, la clausola che determina il numero dei posti messi a concorso per il ruolo femminile degli ispettori non preclude alle ricorrenti la partecipazione, ma ne condiziona in modo non prevedibile ex ante l'esito di un'eventuale collocamento in graduatoria non utile alla nomina.

Ove le stesse ricorrenti fossero, viceversa, risultate tra le vincitrici, in relazione al numero dei posti messi a concorso per il ruolo femminile, non vi sarebbe stato interesse personale all'impugnazione.

3.2. - Tanto premesso, si osserva che le norme della cui costituzionalità si dubita sono certamente applicabili alla fattispecie oggetto del giudizio.

I provvedimenti amministrativi impugnati (la graduatoria definitiva del concorso interno a 606 posti della qualifica iniziale del ruolo di ispettori di polizia penitenziaria e il presupposto bando di concorso) sono stati adottati in applicazione delle norme che disciplinano la procedura concorsuale straordinaria alla quale le ricorrenti hanno partecipato (art. 44, commi 7, 8, 9, 10 e 11, d.lgs. n. 95 del 2017 e allegata tabella 37).

3.3. -L'applicazione che il Ministero ha fatto di tali norme risulta corretta, atteso che non esistono spazi per una diversa interpretazione, conforme alla Costituzione, dal momento che il d.lgs. n. 95 del 2017, la tabella 37 allegata e il d.m. 2 ottobre 2017 ripetono la distinzione presente nella dotazione organica della Polizia penitenziaria nel ruolo degli ispettori secondo il requisito di genere, come delineata dal decreto legislativo n. 443 del 1992, tabella A.

3.4. - L'eventuale dichiarazione di incostituzionalità delle norme denunciate avrebbe così l'effetto di rimuovere l'ostacolo normativo alla partecipazione delle ricorrenti al concorso di cui trattasi in condizioni di parità.

4.- *Questione di costituzionalità in via incidentale – considerazioni preliminari circa la non manifesta infondatezza.*

4.1. – Sotto il profilo della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, occorre evidenziare, preliminarmente, le ragioni della scelta di adire la Corte costituzionale, nonostante la pluralità dei rimedi giurisdizionali esperibili nei confronti di leggi nazionali nell'area dei diritti fondamentali ed affette da vizi rispetto, ad un tempo, al diritto europeo e a quello costituzionale interno (c.d. doppia pregiudizialità, cfr. Corte costituzionale n. 67 dell'8 febbraio 2022).

Nel caso in esame, si versa, infatti, in una ipotesi di diritti e principi fondamentali per i quali sussiste una sovrapposizione di garanzie: per un verso, il principio di uguaglianza rientra in quel nucleo costitutivo dell' "identità costituzionale" della Repubblica che è rimessa agli strumenti di intervento propri del sindacato sulla costituzionalità delle leggi; per altro verso, il principio della parità di trattamento tra uomini e donne è ormai consolidato da un consistente corpo di norme comunitarie, già presenti nel Trattato sull'Unione europea e successivamente declinato, per quanto attiene in particolare alla parità nell'accesso al lavoro, dalla direttiva 76/2007/CEE del Consiglio del 9 febbraio 1976 e dalla direttiva 2000/78/CEE del Consiglio del 27 novembre 2000.

La sezione ritiene opportuno, se non doveroso, nel caso in esame, sollecitare il pronunciamento della Corte costituzionale che assicura, mediante decisioni efficaci erga omnes, la tutela dell'eguaglianza e della certezza del diritto.

4.2.- Si consideri che il T.A.R. per il Lazio, sez. V, con sentenza del 22.4.2022, n. 4608, divenuta definitiva, ha respinto l'impugnazione avverso la medesima graduatoria impugnata con il ricorso straordinario in esame, proposta da altre candidate, affermando che *"al di là delle funzioni svolte concretamente nel Corpo*

di Polizia penitenziaria si distinguono coloro a cui sono assegnati compiti operativi da coloro a cui sono assegnati compiti direttivi.”

E nella prima categoria, rientrano gli ispettori.

Tuttavia, ad avviso della sezione, alla luce dei criteri indicati dalla Corte di Giustizia in casi analoghi, al fine di individuare le discriminazioni nell'accesso al lavoro non giustificate dalle caratteristiche intrinseche ed essenziali della prestazione in relazione al legittimo scopo perseguito ed al fine di valutare la proporzionalità e ragionevolezza del requisito discriminante rispetto al detto scopo, occorrerebbe tenere conto non tanto dei “ruoli” (direttivi e operativi) quanto degli effettivi contenuti mansionistici della qualifica attribuita sulla base della normativa nazionale (Corte di giustizia U.E. sez. VII, 17.11.2022, VT, C-304/21).

Tali contenuti mansionistici della qualifica di ispettore, come è venuta evolvendosi nella più recente legislazione, che differenzia nell'ambito della categoria c.d. “operativa” gli ispettori dagli assistenti e agenti, fanno propendere per la conclusione che il diverso trattamento di accesso alla qualifica iniziale degli ispettori per le donne e gli uomini possa ritenersi ingiustificato e discriminatorio, in contrasto sia col principio della prevalenza del diritto comunitario di cui all'art. 117, comma 1, Cost., sia con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost. e non idoneo a configurare l'eccezione, di cui all'art. 4, comma 2, della l. 10 aprile 1991, n. 125 e all'art. 4 paragrafo 1 della direttiva CEE 78/2000 del 27 novembre 2000, giustificata solo dalla natura dell'attività lavorativa e dal contesto in cui viene espletata.

4.3.- Vi è, dunque, l'esigenza di certezza del diritto e di assicurare erga omnes la tutela del diritto fondamentale alla parità di genere e non discriminazione nell'accesso al lavoro.

Un simile risultato non è ovviamente perseguibile mediante il rimedio della disapplicazione della legge anti-europea, che, essendo limitato al singolo caso, lascia sopravvivere la legge anticomunitaria nell'ordinamento, rimettendone le sorti alle decisioni diverse dei giudici.

4.4. - Neppure il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sembra, in tale caso, giustificato dalla esistenza di dubbi interpretativi.

Invero, le disposizioni comunitarie richiamate hanno formato oggetto più volte di interpretazione da parte della Corte che ha risolto in punto di diritto questioni analoghe, anche se non identiche a quella in esame, enunciando tra l'altro il principio che, caso per caso, dal giudice del rinvio va verificato se le mansioni attribuite al dipendente richiedano quel determinato requisito essenziale discriminante e se il diverso trattamento riservato alle categorie di concorrenti sia il mezzo funzionale e proporzionato al raggiungimento di un legittimo obiettivo.

4.5. - Inoltre, la pronuncia di illegittimità costituzionale, pur in presenza di situazioni consolidate per effetto del giudicato formatosi sulla richiamata sentenza del T.A.R. per il Lazio n. 4608 del 2022, potrebbe costituire valido motivo per l'esercizio dell'autotutela da parte dell'Amministrazione.

5.- *Questione di costituzionalità in via incidentale – non manifesta infondatezza.*

5.1. - La sezione ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità delle norme denunciate che disciplinano la procedura concorsuale della quale si controverte per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.

5.2. - Si è detto che il principio della parità di trattamento tra uomini e donne è ormai consolidato nell'ordinamento comunitario.

In particolare dalla direttiva 76/2007/CEE del Consiglio del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro e dalla direttiva 2000/78/CEE del Consiglio del 27 novembre 2000, la quale stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

5.3. - Già l'art. 3, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea disponeva che l'Unione «promuove» la parità tra donne e uomini” e confermava un tale impegno nelle sue «azioni» (art. 8 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea

firmato a Roma il 25 marzo 1957 -TFUE).

5.4. - Anche l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata [...] sul sesso», mentre l'art. 23 della stessa Carta dispone che «La parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione».

5.5. - Entrambe queste norme, come riconosciuto dalla Corte di giustizia, hanno efficacia diretta, con la conseguenza che non trovano applicazione le disposizioni in conflitto con il principio di parità di trattamento, previo ricorso, se del caso, al rinvio pregiudiziale, ove ritenuto necessario, al fine di interrogare la medesima Corte di giustizia sulla corretta interpretazione delle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione e, quindi, dirimere eventuali residui dubbi in ordine all'esistenza del conflitto.

5.6. - In particolare, il principio di non discriminazione “diretta” e “indiretta” fissato dalla direttiva 2000/78/CEE del Consiglio del 27 novembre 2000, comporta che qualsiasi discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali dovrebbe essere proibita in tutta la Comunità (paragrafo 12 dei considerando) allo scopo di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

5.7. - Tuttavia, la stessa direttiva 2000/78/CEE precisa che il principio di “non discriminazione” non può avere l'effetto di costringere le forze armate nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi (paragrafo 18 dei considerando).

5.8.- La direttiva, inoltre, stabilisce che il principio di “non discriminazione” subisce deroghe solo alle condizioni di cui all'art. 4, paragrafo 1, il quale prevede che “*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 (tra cui*

il sesso) 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”.

5.9.- La giurisprudenza comunitaria ha costantemente affermato l'illegittimità di un requisito previsto dalla procedura selettiva per l'accesso al pubblico impiego che svantaggi una categoria di concorrenti, ove il detto requisito non risulti idoneo e necessario per conseguire il legittimo obiettivo che essa persegue (cfr. Corte giustizia UE sez. I, 18 ottobre 2017, Maria Eleni *Kalliri*, C-409/16, in tema di statura minima identica per uomini e donne per l'arruolamento alla scuola di polizia) e, più in generale, allorché la diversità di trattamento dei lavoratori non sia giustificata da “fattori oggettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso” (Corte giustizia UE sez. II, 30 giugno 2022, C-625, in tema di discriminazione indiretta nel regime previdenziale).

Recentemente, la Corte ha affermato che ciò che giustifica l'introduzione di un diverso trattamento, senza che si configuri una “discriminazione” per la partecipazione ad un concorso ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva CEE n. 78/2000, sono le funzioni effettivamente e prevalentemente esercitate nello svolgimento delle mansioni ordinarie da assegnare in esito alla procedura concorsuale, secondo la normativa nazionale (Corte di Giustizia U.E. sez. VII, 17 novembre 2022, *VT*, C-304/21 in tema di limite massimo di 30 anni per la partecipazione al concorso per Commissario dei ruoli della Polizia di Stato).

5.10. - Fatta tale premessa, ad avviso del collegio, nel caso di specie, sembra plausibile ritenere che il requisito della differenza di genere per l'accesso all'impiego pubblico nella polizia penitenziaria con la qualifica di ispettore costituisca una forma di discriminazione in contrasto con le richiamate direttive europee e pronunce della Corte di giustizia UE, che conduce a ritenere sussistente la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., che impone il rispetto dei vincoli posti

dall'ordinamento comunitario.

5.11. - Sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza formale di cui all'art. 3, comma 1, della Costituzione, la giurisprudenza della Corte costituzionale è da tempo consolidata nell'affermare il generale divieto di arbitrarie discriminazioni in materia di accesso al lavoro fondate sulla differenza di genere (sentenza n. 173 del 16 giugno 1983; sentenza n. 225 dell'8 maggio 1990; ordinanza n. 172 del 31 maggio 2001).

Dalle pronunce emerge che l'esclusione dall'accesso al lavoro sulla base della sola valutazione del genere di appartenenza è lesivo del principio di uguaglianza ed è priva di alcun tipo di ragionevole giustificazione.

Anche in tema di divieto di discriminazioni indirette di cui all'art. 4 della l. n. 125 del 10 aprile 1991, la Corte si è pronunciata (con sentenza n. 163 del 15 aprile 1993 che dichiara illegittima la norma di cui all'art. 4, n. 2 della legge delle Provincia di Trento n. 3 del 1980) affermando la contrarietà al divieto della previsione di una statura minima indifferenziata per uomini e donne tra i requisiti per l'accesso alle carriere direttiva e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi della Provincia di Trento.

5.12. - Ad avviso della sezione, anche la discriminazione nell'accesso alla qualifica di ispettore di polizia penitenziaria fondata sulla differenza di sesso appare ingiustificata ed arbitraria.

Le mansioni da attribuire agli ispettori, come meglio si illustra di seguito, non richiedono necessariamente la distinzione uomo/donna ai fini del raggiungimento degli scopi del servizio da espletare e, astrattamente, la differenza di genere non sembra si ponga quale "*requisito essenziale e determinante allo svolgimento del servizio*" dell'ispettore di polizia penitenziaria, ma, al contrario, eccedente rispetto allo scopo.

Tuttavia, la dotazione organica del personale del Corpo di Polizia penitenziaria è improntata a tale differenza di genere, sulla base dell'art. 6, comma 2, della l. 395 del 1990 che attribuisce genericamente rilevanza a detta differenza per il personale

penitenziario impiegato nelle sezioni.

Viceversa, la distinzione del personale maschile e femminile non addetto a mansioni di stretto contatto con i detenuti, come normata dai decreti legislativi delegati adottati ai sensi dell'art. 14 della legge 395 del 1990, e da ultimo con il d.lgs. n. 95 del 2017, sembra contrastare non solo con le richiamate norme europee, ma anche con la norma costituzionale di cui all'art. 3, comma 1.

5.13. - Va aggiunto, per completezza, con riguardo alla normativa europea più specificamente concernente il personale appartenente alla polizia penitenziaria, che la Raccomandazione R (2006)2 del Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri, rivolta agli Stati membri sulle "Regole penitenziarie europee" (Adottata dal Consiglio dei ministri l'11 gennaio 2006, in occasione della 952esima riunione dei Delegati dei ministri) ha disposto che:

"82. Il personale deve essere selezionato e nominato su base egualitaria e senza nessuna discriminazione fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o altre, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la fortuna, la nascita o ogni altra situazione.

"85. Uomini e donne devono essere rappresentati in modo equilibrato nel personale penitenziario."

Per quanto concerne le mansioni, le regole penitenziarie europee raccomandano soltanto che le perquisizioni personali dei detenuti siano effettuate da personale dello stesso sesso.

Di fatto, molti Paesi europei (Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Spagna, Portogallo, Regno Unito, Francia e Germania), attenendosi a tale unica regola, hanno riformato gli ordinamenti penitenziari ammettendo anche le donne nelle sezioni maschili dei Penitenziari, con la sola limitazione dell'effettuazione delle perquisizioni personali dei detenuti, riservate ad agenti dello stesso sesso.

5.14.- Le specifiche mansioni dell'ispettore, più analiticamente riportate di seguito,

non giustificano la deroga al principio di “*non discriminazione*”, in quanto trattasi di compiti di concetto e non esecutivi, di coordinamento, di responsabilità delle unità operative, per le quali l’idoneità psico/fisica e l’attitudine non richiedono caratteristiche attribuibili all’uno piuttosto che all’altro sesso, né comportano uno stretto contatto con i detenuti e le detenute, come i compiti di sorveglianza e di perquisizione personale.

La sezione ritiene che, alla luce della evoluzione della normativa concernente l’organizzazione del servizio penitenziario dal 1990 ad oggi, non essendo attribuiti agli ispettori esclusivamente o prevalentemente compiti “operativi” diretti di vigilanza, custodia, sorveglianza all’interno delle sezioni ove sono ospitati i detenuti e le detenute, per i quali sarebbe ipotizzabile astrattamente una diversa capacità fisica e psicologica tra uomini e donne (sebbene anche questa discutibile, alla luce delle diverse esperienze europee e della Raccomandazione di riservare solo alle perquisizioni personali l’impiego di agenti di sesso diverso), il differente impiego degli ispettori uomini e donne appare ingiustificatamente discriminatorio, logicamente poco ragionevole e non proporzionato al raggiungimento dei fini del servizio penitenziario.

5.15. - L’art. 4 del d.lgs. n. 443/1992, nel testo modificato dal richiamato D.lgs. n. 95/2017, così descrive le mansioni del personale appartenente al ruolo degli agenti e degli assistenti del Corpo: “*mansioni esecutive, a supporto dei ruoli superiori, con il margine di iniziativa e di discrezionalità inerente alle qualifiche possedute; vigila sulle attività lavorative e ricreative organizzate negli istituti per i detenuti e gli internati; indica elementi di osservazione sul senso di responsabilità e correttezza nel comportamento del personale e nelle relazioni interpersonali interne, utili alla formulazione di programmi individuali di trattamento. Agli assistenti ed agli assistenti capo possono essere conferiti compiti di coordinamento operativo di più agenti in servizio di istituto, nonché eventuali incarichi specialistici. 3. Il personale delle qualifiche di assistente e di assistente capo, previo apposito corso di specializzazione, potrà svolgere, in relazione alla*

professionalità posseduta, compiti di addestramento del personale del Corpo di Polizia penitenziaria.”

5.16. - Di contro, ben diverse le mansioni attribuite agli ispettori e assistenti.

L'art. 22 del citato D.lgs. 443/1992, nel nuovo testo introdotto dal d.lgs. n. 95 del 2017, dispone che *“Il ruolo degli ispettori del Corpo di polizia penitenziaria, con carriera a sviluppo direttivo, è articolato in cinque qualifiche, che assumono le seguenti denominazioni: a) vice ispettore; b) ispettore; C) ispettore capo; d) ispettore superiore; e) sostituto commissario.”*

Per quanto concerne le mansioni, l'art. 23 del D.lgs. n. 443 del 1992 dispone che al personale del ruolo degli ispettori *“sono attribuite funzioni che richiedono una adeguata preparazione professionale e la conoscenza dei metodi e della organizzazione del trattamento penitenziario nonché specifiche funzioni nell'ambito dei servizi istituzionali della Polizia penitenziaria secondo le direttive e gli ordini impartiti dal direttore dell'area sicurezza comandante di reparto dell'istituto o della scuola ovvero dal funzionario del Corpo responsabile; sono altresì attribuite funzioni di coordinamento di una o più unità operative dell'area della sicurezza, dei nuclei e degli uffici e servizi ove sono incardinati nonché la responsabilità per le direttive e le istruzioni impartite nelle predette attività Il personale del ruolo degli ispettori svolge in relazione alla professionalità posseduta, compiti di formazione o di istruzione del personale di Polizia penitenziaria.”*

5.17.- Ad ulteriore chiarimento del tipo di mansioni attribuite agli ispettori, va aggiunto che l'art. 39, comma 2, del regolamento di servizio di cui al d.P.R. n. 82 del 1999 prevede che sono scelti di regola tra gli appartenenti ai ruoli degli ispettori e sovrintendenti i dipendenti preposti ai singoli servizi d'istituto (tra i cui compiti sono ricompresi: fornire collaborazione ai superiori nello svolgimento dei compiti propri di questi ultimi; distribuire ed illustrare il servizio al personale dipendente; eseguire frequenti controlli sullo svolgimento del servizio e disporre, nei casi di necessità, la sostituzione del personale, richiedendone l'altro occorrente; osservare e

far osservare al personale dipendente scrupolosamente le disposizioni contenute nell'ordine di servizio).

Ed ancora, l'art. 33 del detto regolamento di servizio, che attribuisce agli ispettori e sovrintendenti la preposizione alle unità operative dei servizi, specifica che le unità operative comprendono uno o più complessi funzionali concernenti, principalmente: “a) la predisposizione dei turni di servizio;

b) l'ordine e la sicurezza, ivi compresa la vigilanza armata;

c) la ricezione e la dimissione dei detenuti e degli internati ed altri adempimenti connessi, nonché comunicazioni informatiche e successivi aggiornamenti;

d) le traduzioni dei detenuti e degli internati ed il piantonamento dei medesimi quando sono ricoverati in luoghi esterni di cura;

e) l'armamento, l'equipaggiamento, il vestiario uniforme del personale del Corpo di polizia penitenziaria;

f) i mezzi di trasporto del Corpo di Polizia Penitenziaria.”.

5.18. - A tutto ciò va aggiunto, e non da ultimo, che gli ispettori potrebbero essere destinati ad uffici diversi dagli istituti penitenziari.

Difatti, la dotazione organica dell'Amministrazione, attualmente distinta in due ruoli maschile e femminile, non riguarda solo gli istituti penitenziari, ma l'intera amministrazione penitenziaria comprensiva di sedi diverse dagli istituti di reclusione, ove non è prevista la presenza di detenuti e detenute.

Si tratta delle sedi elencate nella tabella B) allegata al decreto ministeriale 2 ottobre 2017, che ripartisce la nuova dotazione definita con d.lgs. n. 95 del 2017; trattasi, segnatamente, degli uffici dell'Amministrazione centrale (Dipartimento amministrazione penitenziaria, Direzione generale del personale, Direzione generale dei detenuti e del trattamento, Direzione generale della formazione), dei Reparti operativi e Gruppo sportivo (Ufficio per la sicurezza personale e vigilanza, Nucleo investigativo centrale, Specializzazioni- Unità cinofile- Unità ippomontane – settore navale, Centrale operativa nazionale, Banda musicale del corpo, gruppo sportivo Fiamme azzurre), degli Uffici dei Provveditorati regionali

dell'amministrazione penitenziaria e presidi, delle Scuole di formazione e aggiornamento, di sedi genericamente definite “*diverse dagli istituti penitenziari*”. In nessuna delle unità operative “*extra moenia*” sopra ricordate vi è alcuna evidenza di mansioni che richiedano funzionalmente di essere correlate alla differenza di genere dei dipendenti, tanto da configurare una caratteristica essenziale della prestazione giustificativa della discriminazione di accesso al lavoro.

Né in tali sedi, le mansioni affidate sono correlabili alla diversità di genere dei detenuti, l'unica che giustifichi una distinzione in ruoli maschile e femminile della dotazione organica ai sensi dell'art. 6, comma 2, della l. n. 395 del 1990; e ciò vale, soprattutto, per il personale del ruolo degli ispettori.

6.- Conclusioni.

6.1. - Il bando di concorso qui impugnato è stato emanato in conformità alla normativa dettata dall'art. 44, commi 7, 8, 9, 10, 11, del d.lgs. n. 95 del 29 maggio 2017, concernente l'ampliamento della dotazione organica dei sovrintendenti e ispettori, e alla tabella 37 allegata che non ha modificato la ripartizione per genere della dotazione preesistente ed ha disposto le modalità di copertura dei posti, in fase di prima applicazione, mediante concorso straordinario per titoli riservato al personale in servizio alla data di indizione del bando, con modalità semplificate e con una distinzione per 2 aliquote dei posti riservati (una agli assistenti capo e l'altra riservata al personale del ruolo degli agenti e assistenti) prescrivendo il possesso di alcuni requisiti di servizio.

E' previsto che i posti rimasti scoperti in una delle due aliquote siano devoluti all'altra fino alla data di inizio del relativo corso di formazione.

Gli eventuali posti residuali vanno ad aumentare la corrispondente aliquota relativa alla procedura annuale immediatamente successiva.

Rispetto a tale disciplina, la distinzione di genere nella dotazione del ruolo degli ispettori appare irragionevole e sprovvista di una sostanziale giustificazione e,

come tale, in contrasto con uno dei corollari del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost., ovvero con il principio di ragionevolezza della legge.

Non pare ravvisarsi, infatti, una idonea ragione giustificatrice che possa essere addotta a sostegno della differente dotazione e della differente possibilità di accesso al ruolo nella qualità delle mansioni che non rivestono carattere di stretta prossimità con i detenuti.

La scelta legislativa appare illegittima, sbilanciata e sproporzionata, perché il legislatore non si fa carico di considerare le implicazioni negative che derivano alla parità di genere nell'accesso al lavoro, né il mancato rispetto della normativa comunitaria in materia.

6.2. - Per quanto sin qui argomentato, appare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, commi 7, 8, 9 e 10 del D.lgs. n. 95 del 2017 e della allegata tabella 37 - cui il bando del concorso si è attenuto - nella parte in cui distingue il numero dei posti messi a concorso per l'accesso alla qualifica iniziale di ispettore in base al sesso dei concorrenti, ripetendo una distinzione presente nella dotazione organica a partire dal d.lgs. n. 443 del 1992, e prevede la devoluzione dei posti rimasti scoperti secondo la medesima discriminazione in base alla differenza sessuale.

6.3. - Né il principio di "non discriminazione" così declinato produrrebbe l'effetto (non consentito dal paragrafo 18 dei considerando della Direttiva CEE 78/2000) di costringere la Polizia penitenziaria ad assumere persone che non possiedono i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, venendo meno ai principi del buon andamento e dell'efficienza di cui all'art. 97 della Cost.

6.4.- Appare, all'evidenza, infatti, che il requisito di genere, in applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, non debba considerarsi indispensabile, per il ruolo degli ispettori, ad assicurare il buon funzionamento dell'insieme delle funzioni operative proprie della polizia penitenziaria, ovvero "*a garantire il coordinamento e la responsabilità a supporto dei funzionari direttivi*

nell'esecuzione delle misure penali disposte dalla magistratura, nonché l'ordine e la sicurezza all'interno degli istituti di detenzione e l'attività di osservazione e trattamento rieducativo dei detenuti", tanto più allorché gli ispettori vengono impiegati nell'ambito di alcuni servizi "*extra moenia*", cui è estraneo il contatto diretto con detenuti di diverso sesso.

In tali servizi è palese che il requisito sia eccedente rispetto allo scopo.

6.5. - Pertanto, ai sensi dell'art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, ritenendola rilevante e non manifestamente infondata, questa sezione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. dell'art 44, commi 7, 8, 9, 10 e 11, d.lgs. n. 95 del 2017 e della allegata tabella 37, nonché in parte qua della tabella A allegata al decreto legislativo n. 443 del 1992, in relazione all'art. 6, comma 2, della legge 395 del 1990, per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, della Costituzione, secondo i profili e per le ragioni sopra indicate, con sospensione del parere fino alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana della decisione della Corte costituzionale sulle questioni indicate, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 79 e 80 c.p.a. e 295 c.p.c..

6.6.- La sezione riserva al parere definitivo ogni decisione in rito e nel merito.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede consultiva (sezione prima), interlocutoriamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, visti gli artt. 134 della Costituzione; 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1; 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli articoli 3, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, commi 7, 8, 9, 10 e 11, d.lgs. n. 95 del 29 maggio 2017 e della allegata tabella 37, nonché in parte qua della tabella A allegata al decreto legislativo n. 443 del 30 ottobre 1992, nella parte in cui distinguono, in dotazione organica, secondo la differenza di sesso, i posti da mettere a concorso nella qualifica iniziale degli ispettori del Corpo di Polizia penitenziaria, per contrasto con

gli artt. 3, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione.

Dispone la sospensione del presente procedimento al fine dell'emissione del parere definitivo rinviando ogni definitiva statuizione in rito e nel merito all'esito del promosso giudizio incidentale di costituzionalità, ai sensi dell'art. 13, comma 1, l. n. 1199 del 24 novembre 1971, come modificato dall'art. 69, comma 1, della l. n. 69 del 18 giugno 2009.

Ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina che a cura della segreteria della Sezione il presente parere sia notificato al Ministero della giustizia, alla parte ricorrente e al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

IL PRESIDENTE F/F ED ESTENSORE
Paola Alba Aurora Puliatti

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio