

RGL 3/2021

PARTE II

RGL GIURISPRUDENZA ONLINE

NEWSLETTER N. 7/2021

APPROFONDIMENTI

CASSAZIONE, 8.4.2021, n. 9379, ord. – Pres. Manna, Rel. Calafiore - Inps (avv.ti Stumpo, Triolo) c. B.G.S. (avv.ti Guarisio, Neri).

CASSAZIONE, 8.4.2021, n. 9378, ord. – Pres. Manna, Rel. Calafiore - Inps (avv.ti Stumpo, Triolo) c. M.R. (avv.ti Guarisio, Neri).

Parità di trattamento – Disapplicazione – art. 2, c. 6-bis, l. n. 153/1988 – Illegittimità costituzionale – Assegni per il nucleo familiare – Direttiva 2003/109 – Direttiva 2011/98 – Tutela multilevel – Dialogo tra le Corti.

La Cassazione, ritenendo di non poter utilizzare nel caso di specie il rimedio della disapplicazione, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, c. 6-bis, del d.l. n. 69/88 (conv., con modif., dalla l. n. 153/88), con riferimento agli artt. 11 e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 2, par. 1, lett. a), b) ed e) e all'art. 11, par. 1, lett. d), della Direttiva 2003/109 relativa allo "status" dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, nella parte in cui anche per i cittadini non appartenenti all'Ue, titolari di permesso di lungo soggiorno, prevede che non fanno parte del nucleo familiare di cui al c. 6 il coniuge e i figli ed equiparati di cittadino straniero che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica, salvo che dallo Stato di cui lo straniero è cittadino sia riservato un trattamento di reciprocità nei confronti dei cittadini italiani ovvero sia stata stipulata convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia, diversamente dagli altri beneficiari non cittadini stranieri. (1)

(1) IL DIALOGO TRA LE CORTI NELL'EMBLEMATICO CASO
DEGLI ASSEGNI PER IL NUCLEO FAMILIARE

1. — Le autorità giudiziarie degli stati membri, come noto, sono investite del gravoso compito di vigilare sull'applicazione e sull'osservanza del diritto dell'Unione

nell'ordinamento giuridico nazionale (C. Giust. 6.12.1990, C-2/88, *Imm.*, J.J. Zwartveld e al., punto 10, in *Racc.*, 1990, I, 4405).

Ed invero, a partire dalla nota sentenza *Costa c. Enel* (C. Giust. 15.7.1964, 6/64, in *GDir.*, 2012, 1, 39), il pilastro del diritto comunitario è costituito dalla “*primauté*” del diritto dell’Unione: conseguentemente, le autorità giudiziarie nazionali devono dare diretta attuazione alla norma comunitaria nei casi in cui la stessa risulti chiara, precisa e incondizionata (sulla primazia del diritto del diritto comunitario si veda, per tutti, Tesauro 2006, 235 ss. e Tizzano 2006, 9).

Ne discende che, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione, nei casi di contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria, il giudice nazionale è chiamato a disapplicare – o per meglio dire non applicare – la norma interna contrastante (cfr. Vannucci 2011), senza doverne attendere, quindi, la rimozione ad opera degli organi nazionali a ciò preposti (sul punto v. C. Giust. 9.03.1978, C-106/77, *Simenthal c. Italia*, punto 24, in *FI*, 1978, IV, 202).

Come si avrà modo di rilevare in seguito, con le due pronunce in commento la Suprema Corte, dando corso ad un emblematico caso di tutela *multilivel* dei diritti, sembra dimenticare il ruolo attribuito ai giudici nazionali di garanti dell’effettività dei diritti di fonte europea.

2. — L’*iter* che ha condotto alle due ordinanze trae origine dai ricorsi proposti da due lavoratori, rispettivamente un cittadino pakistano soggiornante di lungo periodo, ai sensi della direttiva 2003/109, e uno dello Sri Lanka titolare, invece, di un permesso unico di lavoro ai sensi della direttiva 2011/98.

Ebbene, i due lavoratori proponevano ricorso avverso il mancato versamento da parte dell’Inps degli assegni per il nucleo familiare nei periodi in cui i familiari erano rientrati presso i paesi d’origine.

I giudici di prime cure – con pronunce confermate in sede di appello – disapplicavano l’art. 2, c. 6-*bis*, della l. 13.5.1988, n. 153, ritenendo che la predetta norma fosse in contrasto con il diritto dell’Ue, nella specie, con il diritto alla parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro in cui lo straniero soggiorna, sancito dall’art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/UE con riguardo alle «prestazioni sociali, l’assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale», nonché dall’art. 12, par. 1, lett. e), della Direttiva 2011/98.

Tale disparità di trattamento era ravvisabile in maniera evidente nel testo normativo di cui all’art. 2, l. n. 153/1988, poiché se, per un verso, esclude dal nucleo familiare i cittadini di paesi terzi che non abbiano la residenza sul territorio nazionale, dall’altro, include nel nucleo familiare dei cittadini italiani i familiari che siano residenti in un paese terzo.

Di conseguenza, l’Inps, ritenendo insussistente il suddetto contrasto tra la normativa interna in materia di assegni per il nucleo familiare e la normativa comunitaria, adiva la Suprema Corte, ravvisando, altresì, la necessità di sollevare una questione di pregiudizialità alla Corte di Giustizia, nonché una questione di legittimità costituzionale.

Il Supremo Consesso, optando per il rinvio pregiudiziale, interrogava la Corte di Giustizia, con due distinti rinvii, domandando se il diritto dell’Unione osti a una normativa nazionale quale quella di cui all’art. 2, l. n. 153/1988 che se, da un lato, esclude

dal computo dei componenti del nucleo familiare il coniuge del cittadino straniero, i figli ed equiparati, che non abbiano la residenza sul territorio nazionale, dall'altro, per i cittadini italiani, prevedendo una disciplina di maggior favore, annovera quali componenti del nucleo familiare il coniuge, i figli ed equiparati residenti in un paese terzo.

La Corte di Giustizia si pronunciava con le sentenze del 25.11.2020 nelle cause C-302/19 e C-303/19 (entrambe le pronunce sono reperibili in *FA*, 2020, 11, 2075), rilevando che sia la direttiva 2011/98, sia la Direttiva 2003/109 ostano a una normativa nazionale quale l'art. 2, c. 6-*bis*, l. n. 153/1988, in forza del quale non vengono presi in considerazione i familiari del titolare del permesso di soggiorno che risiedano in un paese terzo mentre vengono computati i familiari del cittadino di detto Stato membro residenti in un paese terzo.

In particolare, la Corte di Giustizia, con riferimento alla direttiva 2003/109/CE, ha rilevato che, nonostante la stessa preveda una deroga circa l'esclusione di quei lavoratori i cui familiari non risiedano nel territorio dello stato membro, il legislatore, al momento della trasposizione della direttiva, avrebbe dovuto manifestare la volontà di avvalersi della predetta deroga.

Per quanto attiene, invece, la Direttiva 2011/98, ha rilevato che essa non contiene una deroga espressa che possa consentire allo stato membro di limitare la parità di trattamento rispetto al diritto di cui all'art. 12, par. 1, lett. e), al caso in cui i familiari del titolare del permesso unico risiedano nello Stato membro interessato.

Rimessa la questione alla Suprema Corte, gli Ermellini hanno ritenuto che la disapplicazione non fosse, nel caso di specie, esperibile, affermando che le due direttive in questione non sono *self-executing*, e che, in ogni caso, il rimedio della disapplicazione non avrebbe dato piena attuazione a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia.

Dunque, l'unica via percorribile a giudizio della Corte era interpellare la Corte Costituzionale sulla possibile violazione degli artt. 11 e 117, c. 1, Cost. in relazione, in un caso (ord. n. 9378/2021), agli artt. 2, par. 1, lett. a), b) ed e) e 11 par. 1, lett. d della Direttiva 2003/109 e, nell'altro (ord. n. 9379/2021), agli artt. 3, par. 1, lett. b e c, e 12 par. 1, lett. e della Direttiva 2001/98.

3. — Invero, le motivazioni poste a sostegno della necessità di sollevare la questione di legittimità, piuttosto che procedere con la disapplicazione della norma interna discriminatoria che prevede l'esclusione dal nucleo familiare dei cittadini di paesi terzi dei familiari non residenti, non sembrano essere condivisibili.

Innanzitutto, quasi inspiegabilmente, la Cassazione ha qualificato la condotta dell'Inps, ossia il diniego degli assegni per i periodi in cui i familiari avevano fatto ritorno presso i paesi di origine, come meramente esecutiva, nonostante la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia (C. Giust., 4.12.2018, C-378/17, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, punto 38) abbia dichiarato che le autorità amministrative sono tenute ad applicare il diritto dell'Unione nell'ambito delle rispettive competenze, e, allorché ne sussistano i requisiti, anche alla disapplicazione della norma nazionale in contrasto con una disposizione di diritto euro-unitario produttiva di effetti diretti (sul punto v. Giubboni, Lazzerini 2021).

Per quanto attiene, invece, gli ostacoli che a giudizio della Corte si pongono alla

disapplicazione dell'art. 2, c. 6-*bis*, l. n. 153/1988, il primo lo individua nella mancata previsione di una normativa in tema di assegni familiari nel diritto dell'Unione.

Se *prima facie* tale rilievo potrebbe sembrare fondato, da una lettura più attenta, invece, sembrerebbe emergere l'erroneità di tale ragionamento: infatti, se è vero che non esiste una disciplina in tema di assegni per il nucleo familiare nel diritto dell'Unione, le sentenze della Corte di Giustizia fondano la propria decisione sulla violazione, all'interno della disciplina italiana in tema di assegni per il nucleo familiare, del principio di parità di trattamento.

Come noto, il Giudice delle leggi (C. cost., 11.7.1989, n. 389, in *FI*, 1991, I, 1076) ha definito la disapplicazione come un metodo di risoluzione delle antinomie normative, il quale si distingue dall'abrogazione perché non opera sull'esistenza della norma, ma semmai le norme contrastanti vigono all'interno dell'ordinamento contemporaneamente.

Pertanto, la disapplicazione costituisce uno strumento del tutto eccezionale, che consente di non applicare la norma contrastante con il diritto dell'Unione esclusivamente nell'ambito del giudicato senza avere alcun effetto *erga omnes*, non incidendo, quindi, come chiarito dalla Corte di giustizia, su successive decisioni giurisprudenziali (C. Giust., 17.11.1992, C-235/91, *Commissione c. Irlanda*, in *eur-lex.europa.eu*).

Come noto, però, al fine di poter ricorrere al rimedio della disapplicazione, è necessario che la norma comunitaria possieda precisi requisiti (sulla disapplicazione in generale si veda Pagotto 2008; Porena 2011).

Innanzitutto, la norma deve essere dotata di effetti diretti, i quali vengono riconosciuti ai Trattati e a tutti gli strumenti di diritto derivato da essi previsti quali regolamenti, direttive, decisioni. In particolare, per quanto attiene le direttive, originariamente erano state concepite come fonti del diritto destinate a vincolare i singoli stati membri soltanto riguardo al risultato da raggiungere e non anche in relazione alla forma e ai mezzi (art. 288 TFUE), quest'ultime, infatti, sembravano non dotate di diretta applicabilità e quindi di prevalenza sulla normativa interna.

Tale impostazione originaria è stata nel corso del tempo superata dalla Corte di Giustizia (sul punto C-33/70, *SACE c. Ministero delle finanze*, in *eur-lex.europa.eu*, poi sviluppata in C-41/74, *Van Duyn c. Home Office*, in *eur-lex.europa.eu*), la quale ha riconosciuto alle direttive effetti diretti esclusivamente al verificarsi di determinate condizioni. Le condizioni individuate dai Giudici del Lussemburgo possono essere così riassunte: in primo luogo, la necessità che sia scaduto invano il termine di attuazione; che la direttiva, in tutto o in alcune parti, sia precisa e non condizionata dalla necessità di emanazione da parte delle autorità nazionali di ulteriori atti per garantirne l'applicazione e che dalla stessa discenda un effetto giuridico favorevole all'individuo rispetto allo stato. Ebbene, solo allorquando ricorrano tali condizioni il giudice sarà tenuto a disapplicare la normativa interna contrastante.

4. — Tornando alle fattispecie in esame, la Suprema Corte avrebbe dovuto ricercare la sussistenza di tali requisiti non nella (inesistente) disciplina in materia di assegni per il nucleo familiare, ma, bensì, negli artt. 11 direttiva 2003/109 e 12 direttiva 2011/98 e, pertanto, nella disciplina ivi contenuta in tema di parità di trattamento.

Ed invero, come rilevato da autorevole dottrina (Guarisio 2021), non sembra corretto limitare il novero di ipotesi in cui può operare la disapplicazione ai soli casi in cui il diritto dell'Unione produca l'effetto di sostituire la disciplina nazionale con una propria regolamentazione.

Il principio di parità di trattamento costituisce uno dei principi cardine del diritto euro unitario in tema di immigrazione, e, sebbene il diritto dell'Unione non disciplini nel merito ogni singola materia, ciò che rileva ai fini della effettiva realizzazione del principio è l'uguaglianza del trattamento tra i cittadini comunitari e quelli di paesi terzi.

Ciò che preoccupa, tuttavia, è che la Corte nelle ordinanze in commento ritenga che l'obbligo di parità di trattamento nel caso di specie non sia direttamente applicabile, richiamando la sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Stolwitzer c. ÖBB Personenverkehr AG* (14.3.18, C-482/16, in *DeG*, 16.12.2018), laddove questa affermerebbe che, in caso di violazione del divieto di discriminazione, il diritto comunitario lascia agli Stati membri libera scelta tra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo che esso contempla, quella che appare la più adatta a tale effetto, in funzione delle situazioni che possono presentarsi.

Nel caso *Stolwitzer*, tuttavia, lo stato membro era intervenuto in seguito a una precedente pronuncia della Corte di Giustizia in merito alla violazione del principio di parità di trattamento, prevedendo una disciplina meno favorevole per gli ex-beneficiari dal regime discriminatorio.

Pertanto, la libertà di scelta a cui si riferisce la Cassazione è stata affermata in relazione alla attività "rimediale" dello Stato che, una volta obbligato a modificare il regime discriminatorio, può farlo sia in *mejus*, sia in *pejus*, spettando, al contrario, al giudice nazionale di porre fine alla discriminazione attribuendo al soggetto discriminato un trattamento di maggior favore (sul punto si veda Guarisio 2021).

Infatti, nella sentenza *Stolwitzer*, richiamata dalla Cassazione, viene a sua volta richiamato il consolidato orientamento secondo cui «fintanto che il legislatore non abbia adottato misure che ristabiliscono la parità di trattamento...il rispetto del principio di uguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata, regime che, in assenza della corretta applicazione del diritto dell'Unione resta il solo riferimento valido».

5. — Un aspetto sul quale è necessario compiere alcune riflessioni è, poi, il significato da attribuire al termine "residenza", in quanto l'art. 2, c. 6-*bis*, l. n. 153/1988, esclude espressamente dal nucleo familiare il coniuge del cittadino straniero, nonché i figli ed equiparati, che non siano residenti in Italia.

Come noto, ai sensi dell'art. 43 c.c., la residenza è il luogo ove un soggetto abita con stabilità, ossia in maniera duratura, seppure non perpetua (per una panoramica sull'istituto della residenza si veda Riva 2015).

Il requisito dell'abitudine viene inteso come stabilità della presenza in un luogo, non rilevando, invece, che la permanenza sia perpetua o continua, in quanto eventuali allontanamenti, seppure frequenti, non sono incompatibili con la persistenza della residenza nel luogo in cui la persona è solita ritornare (Cass. 28.5.2008, n. 14058, in

MGC, 2008, 5, 828). Infatti, la residenza può considerarsi mutata esclusivamente allorquando il permanere della persona in un altro luogo assuma il connotato dell'abitualità.

Val la pena chiarire, dunque, che qualora i familiari del cittadino straniero siano residenti in Italia e si allontanino per brevi periodi, come pare sia accaduto in uno dei due casi posti al vaglio della Cassazione, l'art. 2, c. 6-*bis*, l. n. 153/1988 non dovrebbe applicarsi, in quanto non verrebbe meno il requisito della stabilità della presenza in un luogo.

Sembrerebbe, però, che il legislatore voglia “disfarsi” di tale inspiegabile disparità di trattamento rilevata dai giudici della Corte di Giustizia.

Infatti, la legge delega 1.4.2021, n. 46, con cui il Governo dovrà adottare «uno o più decreti legislativi volti a riordinare, semplificare e potenziare, anche in via progressiva, le misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale», ha unificato i criteri di accesso al nuovo assegno unico universale per i figli a carico, il quale sostituirà gradualmente l'assegno per il nucleo familiare introdotto dalla l. n. 153/88, prevedendo all'art. 2, c. 2, sia per i lavoratori italiani, nonché per i lavoratori di paesi terzi, il medesimo requisito, ossia il possesso della residenza e del domicilio con i figli a carico in Italia per la durata del beneficio.

Riferimenti bibliografici

Guarisio A. (2021), *La Cassazione sugli ANF agli stranieri: l'applicazione del diritto Ue spetta alla Consulta*, in *www.asgi.it*, 14 aprile.

Giubboni S., Lazzerini N. (2021), *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *QG*, 6 maggio.

Pagotto C. (2008), *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano.

Porena D. (2011), *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o “figura limite” nella teoria delle fonti?*, in *federalismi.it*, n. 13, 29 giugno.

Riva I. (2015), *Domicilio e residenza artt. 43-47 in Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 138 ss.

Tesauro G. (2006), *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli.

Tizzano A. (2006), *La protection des droit fondamentaux en Europe la Cour de Justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n. 1, 9 ss.

Vannucci A. (2011), *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *federalismi.it*, n. 17, 7 settembre.

Rossella Ciavarella
Cultrice della materia
presso Università di Foggia