

Sinfonia d'autunno per il diritto sociale europeo. Note a margine delle sentenze costituzionali nn. 54 e 67 del 2022

Premessa

Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 54 e 67 del 2022 portano a compimento controversie in materia di discriminazioni socialipraticate nei confronti di cittadini e lavoratori stranieri (relativamente al riconoscimento dell'assegno al nucleo familiare, dell'indennità di maternità e dell'indennità di nascita) e che si sono dilungate attraverso procedimenti di varia natura che hanno coinvolto tutte le possibili immaginabili fasi in cui una causa può essere snodata nel nostro paese in virtù dell'ordinamento interno ed europeo (primo e secondo grado di merito, giudizio di legittimità, giudizio pregiudiziale davanti alla CGUE, giudizio di costituzionalità).¹

Il focus sulle sentenze, che costituisce oggetto di questo incontro, andava forse allargato anche alla sentenza n. 19/2022 di poco precedente, in materia di reddito di cittadinanza, che coinvolge pur essa il tema dell'accesso alle prestazioni sociali e delle discriminazioni nei confronti degli stranieri (in particolare per coloro che non posseggono il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, come nella sentenza n. 54/2022).²

In effetti la lettura congiunta delle sentenze – delle tre, ma anche delle due di cui ci occupiamo - consente di cogliere uno spaccato, anche di limiti e contraddizioni, difficilmente conseguibile con la valutazione di ogni provvedimento singolarmente considerato.

Nella sentenza n. 19/2022 sul reddito di cittadinanza la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Bergamo è stata disattesa, dichiarata in parte inammissibile ed in parte infondata; ed essa rimane perciò l'unica della triade in cui la discriminazione nei confronti degli stranieri non sia stata rimossa; ciò sulla base della natura della misura che non è stata ritenuta dalla Corte Cost. soltanto assistenziale e di lotta alla povertà, ma anche di politica attiva del lavoro ed integrazione sociale (come se si trattasse di dimensioni tra di loro incompatibili) . Ma

¹V. i primi commenti in materia senza pretesa di completezza, v. A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo dialogo tra le Corti*, in *Consulta online* del 14 marzo 2022; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di Giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia insieme* del 31 marzo 2022; F. FERRARO, V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, in *Lavoro Diritti Europa*, fasc. 1/2022, Stefano Giubboni, *La Corte situazionista. Brevi note sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di accesso degli stranieri alla sicurezza sociale*, di prossima pubblicazione su RDSS 2022.

²E' questa l'ottica con cui scrive Stefano Giubboni, *La Corte situazionista. Brevi note sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di accesso degli stranieri alla sicurezza sociale*, di prossima pubblicazione su RDSS 2022.

non essendo questa la sede per entrare nel merito di questa sentenza n. 19/2022, resta però da dire che essa sia stata anche l'unica della triade che - oltre a non rimuovere la discriminazione nei confronti degli stranieri - non fosse stata preceduta da una questione di pregiudizialità davanti alla CGUE, né da un giudizio di costituzionalità promosso dalla Cassazione.

Giudizio di pregiudizialità e discrezionalità della Corte Costituzionale

Come primo nodo problematico della materia, c'è da chiedersi, allora, alla luce delle vicende processuali di cui ci occupiamo, se sia sempre necessario far precedere l'applicazione del diritto europeo nel nostro Paese dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per sollevare la questione interpretativa. O se invece questa via non dovrebbe essere perseguita, in base a parametri verificabili, soltanto quando esista un dubbio interpretativo serio e correttamente dedotto, soprattutto quando a sollevarlo è la stessa Corte Costituzionale.

Le due sentenze della Corte Costituzionale (nn. 54 e 67) erano state precedute in effettiva due pronunce della CGUE (sentenza 2 settembre 2021, nella causa C-350/20, O. D. e altri; e sentenza 25 novembre 2020, in causa C-303/109, INPS) che avevano dichiarato quale fosse il diritto europeo applicabile, una volta su impulso della Corte di Cassazione ed una volta su richiesta della Corte Costituzionale, sempre adita dalla Cassazione.

C'è da chiedersi anche perché la Corte Costituzionale nel caso del reddito di cittadinanza non abbia sentito il dovere, in quanto giudice di ultima istanza di sollevare essa stessa la questione di pregiudizialità ex art. 267, terzo comma, TFUE, come ha fatto nel giudizio sull'assegno di nascita e maternità - di cui ci occuperemo - nel quale i parametri europei non erano stati illustrati dalla Corte di Cassazione in modo più ampio o approfondito di quanto avesse fatto il giudice di Bergamo, le cui doglianze ai sensi della Carta dei diritti fondamentali (in relazione agli artt. 20 e 21 CDFUE) sono state invece dichiarate inammissibili per genericità delle questioni sollevate.

Nella sentenza 19/22 sul reddito di cittadinanza le questioni basate sugli artt. 20 e 21 della CDFUE, sollevate dal tribunale di Bergamo, sono state ritenute inammissibili perché tali disposizioni erano state semplicemente menzionate nell'ordinanza di rimessione, senza alcun argomento aggiuntivo. *“In particolare, il rimettente non illustra il presupposto di applicabilità della CDFUE, cioè la circostanza che le norme sul reddito di cittadinanza rappresentino «attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi del suo art. 51: il che implica l'inammissibilità delle censure basate sulla Carta (da ultimo, sentenze n. 185, n. 33 e n. 30 del 2021, n. 278 del 2020).*

Se si leggono le ordinanze della Cassazione numeri 175, 178, 180, 181, 182, 188, 189 e 190 del 2019 (ma basta la sentenza n. 54/2022 della Corte Cost.), risulta che le questioni di legittimità delle norme che negavano l'indennità di maternità e di

indennità di nascita agli stranieri senza permesso di lungo soggiorno, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 20, 21, 24, 33 e 34 della Carta di Nizza, fossero state sollevate dalla Corte di legittimità senza accennare all'art. 51 della Carta e senza spendere alcuna parola sul presupposto di applicabilità della CDFUE, cioè sul rapporto con l'«attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi del suo art. 51 nemmeno delle direttive e delle norme del Regolamento Europeo; tale carenza è stata quindi ritenuta ostensiva solo per l'esame delle questioni sollevate dal giudice di Bergamo; anche se in quelle sollevate dalla Cassazione (bonus bebè e maternità) dell'art. 51 non si parla mai come presupposto necessario dell'esame. Ma in questo secondo caso non solo la Corte Cost. non dichiara l'inammissibilità delle questioni, ma sceglie di approfondirle rivolgendosi d'ufficio alla CGUE e poi svolge un'ampia approfondita disamina sugli stessi profili europei (soffermandosi peraltro solo sull'art. 34 CDFUE e senza mai esaminare le altre norme della Carta pure esse meramente citate nelle ordinanze della Cassazione).

Diritto europeo direttamente applicabile, senza nessuna discrezionalità

Il secondo profilo problematico che emerge, *naturaliter*, sulla scorta delle ragioni anzidette è se per applicare nel nostro Paese il diritto europeo sia indispensabile sollevare questioni di costituzionalità. Questa è la comune premessa delle vicende di cui ci occupiamo: la questione di costituzionalità sempre – pervicacemente – sollevata dalla Corte di Cassazione come via necessaria quando viene in discussione una norma europea ad effetti diretti anche nei rapporti verticali (come una clausola di parità).

Per rispondere a questa domanda, che mette al centro il tema dei rapporti tra i due ordinamenti, interno ed europeo, è necessario indagare preliminarmente premesse ed esiti dei due sofferti giudizi di costituzionalità; il cui esame congiunto non può non suscitare motivi di perplessità, posto che la matrice delle controversie era assolutamente identica, mentre l'esito è stato assolutamente differente sul piano tecnico giuridico e rivela evidentemente un rapporto non del tutto risolto né ancora assestato tra lo stesso giudizio costituzionale ed il diritto europeo.

Si trattava in entrambi i casi di decidere dall'applicazione diretta del diritto unionale di fonte derivata in rapporti verticali (discriminazioni praticate dalla legge interna attuata dall'istituto di previdenza); ed in entrambi i casi i giudici di merito avevano invece pianamente applicate le normative di fonte derivata (direttive sulla parità di trattamento) affermando che la negazione dell'assegno al nucleo familiare in due casi (per i lavoratori stranieri con permesso di lungo soggiorno o con permesso unico di lavoro e soggiorno) e del bonus bebè e maternità negli altri due casi (per lavoratori e cittadini stranieri senza permesso di lungo soggiorno) - siccome stabilite dalla normativa interna - integrassero discriminazioni da superare attraverso la

disapplicazione della normativa nazionale e l'applicazione di quella europea in cui le vicende erano ricomprese.

In entrambi i casi però la Cassazione non ha condiviso questa soluzione, non ha applicato il diritto dell'unione di fonte derivata sostenendo che la disapplicazione non fosse misura idonea allo scopo; ed ha sollevato dubbi a ripetizione, con un'assenza di giudizi pregiudiziali e costituzionali (e nel primo caso solo di costituzionalità).

Nei due casi, come si è già detto, la CGUE aveva pure dichiarato che l'ordinamento italiano fosse in contrasto con la normativa comunitaria (soprattutto di fonte derivata) e che perciò i giudici dovessero applicare la regola di parità.

Come già segnalato le vicende approdano alla fine dei rispettivi giudizi di costituzionalità ad un esito totalmente differente: di inammissibilità in un caso, di accoglimento e di fondatezza nell'altro caso.

Le ordinanze della Cassazione nn.110 e 111/2021 e il rifiuto di applicare il diritto europeo.

Come sia arrivata questi due esiti diversi, è facile a dirsi in relazione alla sentenza n. 67/2022.

Perché in questo caso la Cassazione ha rifiutato in sostanza di applicare la stessa sentenza della CGUE, precedentemente sollecitata in via pregiudiziale sul carattere discriminatorio della normativa interna in materia di assegno al nucleo familiare rispetto agli stranieri.

La resistenza della Cassazione è stata qui eclatante ed ha sfiorato il conflitto istituzionale. Invece di conformarsi alla sentenza della CGUE ha sollevato questione di legittimità con ordinanze nn. 110 e 111 dell'8 aprile 2021, chiedendo alla Corte Costituzionale di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 6-bis, della legge n. 153/1988, istitutiva dell'assegno al nucleo familiare. E di dichiararlo non perché la normativa interna fosse discriminatoria o violasse un qualche parametro interno, ma perché la normativa comunitaria in materia di prestazioni sociali non sarebbe stata autoapplicativa; e quindi in sostanza la direttiva poteva essere disattesa dai giudici.

Con le due ordinanze in questione la Cassazione sembra quindi sollecitare attraverso la via del giudizio di costituzionalità, una diversa disciplina legislativa, rimuovendo la fondamentale vicenda discriminatoria su cui avrebbe dovuto invece concentrare l'attenzione e la propria pronuncia, come avevano fatto gli altri giudici dei processi di merito, che avevano proceduto alla disapplicazione dell'art. 2, comma 6-bis, della legge n. 153/1988 (sull'ANF) perché garantiva gli assegni familiari a un lavoratore nazionale anche qualora la sua famiglia non risiedesse sul territorio italiano mentre lo

stesso non garantiva allo straniero (questo il profilo discriminatorio rilevante da rimuovere).

In questo si riassume tutta la gravità della vicenda che trapela in modo molto chiaro dalle ordinanze di costituzionalità. Esse miravano a sovvertire i termini corretti del rapporto che intercorre, in base all'*acquis* comunitario, tra diritto interno e diritto europeo in relazione alla regola di parità contenuta in una normativa comunitaria. Era sulla regola di parità che le due ordinanze intendevano mettere in discussione il primato del diritto Europeo su quello nazionale, il quale si realizza attraverso l'interpretazione e l'applicazione diretta da parte del giudice nazionale (oltre che di ogni altro organo pubblico e privato). La Cassazione in definitiva ignorava il ruolo del giudice europeo dinanzi all'accertata contrarietà del diritto interno rispetto a quello europeo, sostenendo che esistano poteri discrezionali dello Stato nella eliminazione delle discriminazioni di natura sociale (e quindi nel trattamento differenziato degli stranieri): ma non a monte della recezione della disciplina, nei limiti stretti in cui ciò sia consentito rispettando l'effetto utile della direttiva, ma a valle, dopo il recepimento della direttiva che impone la parità, e su cui la CGUE aveva già accertato che l'Italia non avesse esercitato alcuna facoltà di deroga.

In sostanza non il primato del diritto comunitario intendeva affermare la Cassazione ma il primato del diritto nazionale, in un'ottica in cui il profilo discriminatorio del giudizio spariva del tutto e veniva affermata la tesi della possibilità del giudice di non applicare il diritto europeo.

Per di più, ciò faceva sulla scorta di considerazioni e premesse che, anche in ragione del precedente rinvio pregiudiziale davanti alla CGUE, risultavano intrinsecamente errate e contraddittorie. Errate laddove il principio di parità di trattamento stabilito dalla direttiva veniva confuso con la normativa europea specifica in materia di diritti sociali; contraddittorie laddove veniva affermato che la disciplina europea in materia fosse *inesistente*, laddove invece l'esistenza della normativa comunitaria (antidiscriminatoria), da applicare nella causa costituiva un presupposto dichiarato e necessario del giudizio di pregiudizialità comunitaria sollevato dalla stessa Cassazione ed accertato dalla CGUE, poichè, in difetto di esso, il giudizio sarebbe stato dichiarato irricevibile dalla medesima Corte dell'unione europea.

In sintesi, nel caso in esame la Corte di Cassazione ha in un primo momento ritenuto che la normativa interna contrastasse con il diritto dell'Unione ed ha promosso la questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia. Eliminato qualsiasi dubbio sul contrasto con il diritto europeo, la Corte di cassazione, invece di disapplicare la normativa interna discriminatoria – come era suo obbligo – ha ritenuto che la normativa europea non fosse autosufficiente; finendo per confondere la norma antidiscriminatoria (che il giudice ha l'obbligo di applicare), con una differente disciplina di merito (su cui il giudice non ha alcuna potestà, neppure di carattere

sollecitatorio). Ed in ogni caso promuovendo un giudizio di costituzionalità del tutto superfluo dal momento che, anche nell'ottica caducatoria dell'incidente di costituzionalità, dallo stesso non poteva sortire una disciplina differente da quella che la disapplicazione avrebbe potuto garantire già da tempo nei giudizi a quo con applicazione della regola di parità.

La sentenza n. 67 e la dichiarazione di inammissibilità

La questione sollevata nell'ordinanza non poteva che essere dichiarata manifestamente inammissibile sotto plurimi profili, una volta accertato nel giudizio pregiudiziale che la prestazione oggetto del contendere (l'assegno al nucleo familiare) rientrasse, in relazione alla regola di parità, tra le prestazioni sociali regolate dalle direttive della cui applicazione si tratta(artt. 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109, e con l'art. 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE).

La stessa appartenenza dell'ANF alle prestazioni regolate dalle direttive risultava peraltro acclarata anche in altre sentenze della stessa Corte di Cassazione (nn. 11165 e 11166 del 2017), come pure della CGUE che si era già pronunciata in materia di ANF (sentenza 21 giugno 2017 nella causa C-449/16).

Accertata la contrarietà, non v'era quindi dubbio che, in base al primo pilastro portante del processo d'integrazione europea, il giudice interno avesse l'obbligo di assicurare la primazia del diritto dell'Unione (Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 Simmenthal, Corte Cost. sentenza n. 170 del 1984 ,Granital)) e la sua efficacia diretta.

La Corte di cassazione, peraltro, non aveva inquadrato la fattispecie neppure come ipotesi di "doppia pregiudizialità" (alla stregua del noto obiter dictum della sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017) ravvisando un contrasto tra la disciplina nazionale ed i principi sostanziali della Cost. limitandosi invece ad invocare come parametri gli artt. 11 e 117 della Cost. che l'applicazione del diritto comunitario mirano comunque a garantire. In tal modo le due ordinanze si ponevano contro i principi sempre affermati dalla Corte Costituzionale(v. ad es. sentenza n. 111/2017, 269/2017) in base ai quali vanno giudicato inammissibili questioni di costituzionalità sollevate nei medesimi termini a fronte di norme europee provviste di efficacia diretta, dal momento che *"Il principio di parità direttamente applicabile dal giudice nazionale, lo vincola all'osservanza del diritto europeo, rendendo inapplicabile nel giudizio principale la normativa censurata e, perciò, irrilevanti tutte le questioni sollevate. La non applicazione delle disposizioni di diritto interno, non equiparabile in alcun modo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità delle stesse (sentenza n. 389 del 1989), rientra, in effetti, tra gli obblighi del giudice nazionale, vincolato all'osservanza del*

diritto dell'Unione europea e alla garanzia dei diritti che lo stesso ha generato, con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona.”

La Corte costituzionale nel dare seguito a tale indirizzo dichiara quindi inammissibili con la sentenza n. 67/2022 le questioni di costituzionalità per come prospettate dalla Cassazione, e pronunciando in tale senso la Corte ribadisce alcuni capisaldi del rapporto tra diritto interno e diritto europeo evidenziando anzitutto che il «*principio del primato del diritto dell'Unione e l'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE costituiscono dunque l'architrave su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi. Questa Corte ha costantemente affermato tale principio, valorizzandone gli effetti propulsivi nei confronti dell'ordinamento interno. In tale sistema il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo (sentenza n. 269 del 2017, punti 5.2 e 5.3 del Considerato; sentenza n. 117 del 2019, punto 2 del Considerato), ma con esso confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate*».

In secondo luogo, la Corte Costituzionale ha messo in evidenza che «*diversamente da quanto assume la Corte di cassazione, alle norme di diritto europeo contenute negli artt. 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109/CE e 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE, deve riconoscersi effetto diretto nella parte in cui prescrivono l'obbligo di parità di trattamento tra le categorie di cittadini di paesi terzi individuate dalle medesime direttive e i cittadini dello Stato membro in cui costoro soggiornano. Si tratta di un obbligo cui corrisponde il diritto del cittadino di paese terzo –rispettivamente titolare di permesso di lungo soggiorno e titolare di un permesso unico di soggiorno e di lavoro – a ricevere le prestazioni sociali alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro. La tutela riconosciuta al diritto in questione e la sua azionabilità richiamano le condizioni che la costante giurisprudenza della Corte di giustizia individua per affermare l'efficacia diretta delle disposizioni su cui tali diritti si fondano (a partire dalla sentenza 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich)*».

Infine la Corte Costituzionale ha opportunamente rilevato che «*La Corte di giustizia ha precisato che la mancata disapplicazione di una disposizione nazionale ritenuta in contrasto con il diritto europeo viola «i principi di uguaglianza tra gli Stati membri e di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, riconosciuti dall'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE, con l'articolo 267 TFUE, nonché [...] il principio del primato del diritto dell'Unione» (sentenza 22 febbraio 2022, in causa C-430/21, RS, punto 88)*»

La disapplicazione costituisce quindi un meccanismo che assicura non solo la parità di trattamento per evitare le discriminazioni, ma anche il principio di eguaglianza e dell'uniformità giuridica all'interno dei vari Stati, e pertanto rappresenta lo strumento indispensabile per la sopravvivenza del diritto dell'Unione

europea, che il trattato pone nelle mani dei giudici, i quali devono perciò ritenersi giudici europei ed artefici di un cambiamento epocale.

La sostanza della sentenza si condensa nelle righe conclusive che precedono il dispositivo, allorchè è scritto testualmente : *questa Corte deve rilevare che nei giudizi a quibus ricorrono le condizioni per fare luogo alla disapplicazione dell'art. 2, comma 6-bis, del d.l. n. 69 del 1988, come convertito. Pertanto, le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto tale disposizione devono essere dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza*".

Si è sostenuto³, sia pure a mo' di paradosso, che l'intenzione delle due ordinanze "suicide" della Cassazione potesse essere proprio quella di dare linfa, attraverso tutta questa lunga vicenda, all'istituto della disapplicazione. Ma in realtà in queste ordinanze c'è invece, più semplicemente, tutta l'idiosincrasia della nostra Corte di Cassazione, sezione lavoro, rispetto alla disapplicazione della norma interna, che si sposa con l'esaltazione riposta sulla discrezionalità dello Stato nazionale in merito alla disciplina dei lavoratori stranieri.

Come conferma peraltro la stessa vicenda processuale che ha portato all'altra sentenza, la n. 54/2022, che si passa ad esaminare.

La sentenza n. 54/2022 e il diritto europeo torna applicabile discrezionalmente

Nel caso della sentenza n. 54/2022 sull'assegno di maternità e di nascita, la musica di fondo è infatti la stessa; esistenza di discriminazioni nei confronti dei cittadini stranieri (lavoratori e non) legalmente residenti, disapplicazione da parte dei giudici di merito,⁴ rifiuto della Cassazione di disapplicare le norme in contrasto con il diritto europeo derivato (art. 12, paragrafo 1, lettera e, della direttiva 2011/98/UE), ordinanze di costituzionalità (questa volta direttamente e senza previa incidente di pregiudizialità).

In questo caso però, continuando con le metafore musicali, cambiano due note: la prima è che la Corte di Cassazione menziona, soltanto menziona, nelle varie ordinanze, l'art. 34 della Carta dei diritti (insieme ad altri parametri mai considerati dalla Corte Costituzionale); la seconda novità è che la questione di pregiudizialità questa volta viene promossa volta dalla Corte Costituzionale con ordinanza n. 182 del 2020.

³A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo dialogo tra le Corti*, in *Consulta online* del 14 marzo 2022

⁴In particolare, secondo i giudici di merito, tale contrasto si rende evidente con la direttiva n. 2011/98/UE che all'art. 12 stabilisce che i lavoratori di cui al paragrafo 1, lettere b) e c) – vale a dire i cittadini dei Paesi terzi ammessi in uno Stato membro ai fini lavorativi – beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne i settori della sicurezza sociale, come definiti dal regolamento CE n. 883/2004, tra i quali è possibile annoverare la prestazione in esame, in quanto diretta a tutelare economicamente la maternità e la paternità in modo continuativo fino al compimento dei tre anni di età del bambino

Per il resto lo spartito resta uguale. Si conferma lo scetticismo dichiarato della Cassazione che, dovendo decidere sul ricorso avverso sentenze che avevano già ricondotto le due prestazioni nell'ambito delle prestazioni di sicurezza sociale, regolate dalla direttiva 2011/98 (e dal Regolamento CE n. 883/2004) – pur non sollevando sollevando dubbio sulla riconducibilità delle prestazioni all'interno della normativa europea indicata e del principio di parità - sostiene anche qui: che *“il peculiare meccanismo di funzionamento della non applicazione, non consente di sindacare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi”* . Come se, a fronte di una normativa europea di parità, per decidere la controversia sottoposta al suo esame, fosse necessario un esame sulla ragionevolezza della normativa interna, ed occorresse pertanto sottoporla alla Corte Costituzionale, ampliando questa volta, l'ambito della valutazione alla violazione della Costituzione ed alla Carta dei diritti.

Questo aspetto originario, a parere di chi scrive, rimane, il più problematico e controverso di tutta la vicenda, perchè non convince e confonde ogni passo successivo messo in atto dalla Consulta. Lo spostamento discrezionale dell'oggetto del giudizio dal piano della normativa europea, direttamente applicabile (la regola di parità), al piano della ragionevolezza della disparità stabilita dalla normativa interna. Uno slittamento su cui in questa vicenda la Corte Costituzionale sorvola ed anzi si adagia, lasciandosi ispirare per comporre una sorta di *“sinfonia d'autunno”* sui massimi sistemi, cercando attraverso il confronto con la Cassazione, una pacificazione con sé medesima (ed in particolare di regolare i conti con il celebre obiter dictum sulla doppia pregiudizialità della sentenza n. 269/2017).⁵

Ma il risultato di questa composizione non sembra invece appagare, a parere di chi scrive, per la decisiva ragione che non ci può essere uno spazio di ragionevolezza che possa tornare utile sindacare rispetto ad una disparità di trattamento, quando esista una norma imperativa (come quella di parità) di livello superiore che si impone dall'esterno a tutti: legislatore, giudici ordinari e giudici costituzionali compresi, oltre che ovviamente agli altri organi interni della Pubblica amministrazione.

La via maestra in questi casi è la non rilevanza della questione di costituzionalità quando il giudice a quo non dimostri (ai fini della rilevanza) perché nelle questioni di legittimità costituzionale che ha inteso sollevare non esista una norma direttamente applicabile o perché in caso diverso non si potesse applicare. Perché *“ove la legge interna collida con una norma dell'Unione europea, il giudice – fallita qualsiasi ricomposizione del contrasto su base interpretativa, o, se del caso, attraverso rinvio pregiudiziale – applica direttamente la disposizione dell'Unione europea dotata di effetti diretti, soddisfacendo, ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare”* (Corte Cost. 269/2017).

⁵Come la protagonista nel famoso capolavoro di Ingmar Bergman il cui obiettivo è di spingere al dialogo con i propri fantasmi.

Nel caso di specie invece la Corte Cost. con la sentenza n. 54/2022, forse allo scopo di recuperare nuovi spazi di manovra interpretativa, non esegue lo spartito della sentenza n. 67/2022; e senza mairicordare che il primo dovere del giudice interno sia quello di applicare il diritto dell'Unione, sembra qui lasciare al giudice interno il potere discrezionale di sollevare questioni di costituzionalità, anche a fronte di norme direttamente applicabili, bastando allo scopo citare una qualche norma della CDFUE o della Costituzione.

Non vale però, a nostro avviso, obiettare che in questo caso i parametri che vengono in rilievo siano più ampi e differenti rispetto agli artt. 11 ed al 117 Cost. citati nel caso della sentenza n. 67; è nemmeno contache la Corte Costituzionale avesse già detto altre volte (sentenza n. 269 del 2017, punti 5.2 e 5.3 del Considerato; sentenza n. 117 del 2019, punto 2 del Considerato, come ricorda, dopo, nella sentenza 67/22) che il meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo ed il sindacato accentrato di costituzionalità *«non sono alternativi, ma confluiscono nella costruzione di tutele sempre più integrate»*. Perché se i due sistemi concorrono, sarebbe necessario stabilire con chiarezza quando essi concorrono.

Ed allo scopo non pare sufficiente *«appiccicare»*, a piacimento dei giudici, una norma della CDFUE o della Costituzione alla questione della violazione del diritto europeo direttamente applicabile, perché da inammissibile la stessa questione divenga invece ammissibile e sindacabile nel merito. E neppure può essere sufficiente che a sollevare il giudizio di pregiudizialità sia la Corte Costituzionale piuttosto che la Cassazione, perché tutto cambi. Perché se così invece fosse quello che viene chiamato il dialogo tra le Corti e tra le Carte si risolverebbe in definitiva in un intreccio discrezionale di possibilità in cui a rimetterci è la nitidezza dei percorsi che deve contraddistinguere l'applicazione del diritto dell'Unione.

A parere di chi scrive, la facoltà di spostare la questione, dal piano della diretta applicazione del diritto dell'Unione a quello di legittimità costituzionale, non può essere così ampiamente discrezionale ed implica invece la necessaria e preventiva delibazione da parte del giudice a quo circa l'inesistenza del diritto europeo direttamente applicabile o, almeno, sull'utilità dell'allargamento del vaglio a parametri della CDUE o costituzionali, che non può essere integrata dal mero interesse oggettivo ad eliminare il dubbio sulla legge interna erga omnes, né tanto meno dall'invocazione dell'opportunità di esaminare la discrezionalità del legislatore (che non rileva per nulla a fronte della regola di parità).

Nell'ordinanze della Cassazione questo esame preliminare manca del tutto ed anzi le stesse ordinanze si fondano sull'erronea prospettazione secondo cui le discriminazioni in oggetto discendano dalla legge piuttosto che dal comportamento dell'istituto di previdenza (come se questa considerazione potesse avere qualche significato) e che occorresse perciò eliminare la legge attraverso il giudizio di costituzionalità.

Dinanzi ad una premessa così poco congrua, ampliare lo spazio di manovra della Corte Costituzionale non sembra di alcuna utilità e rischia piuttosto di confondere i casi in cui sia necessario promuovere il giudizio di costituzionalità rispetto a quelli in cui occorre solo applicare il diritto dell'Unione.

Ad ogni modo, dopo che era stato accertato anche qui, per bocca del suo interprete autentico, che la normativa italiana - che escludeva dal godimento delle due indennità gli stranieri legalmente presenti nel nostro paese - violasse il diritto europeo derivato (la direttiva 2011/98/UE, interpretata alla luce dell'art. 34 della CDFUE), il caso poteva dirsi chiuso; il risultato già acquisito in termini di violazione del principio di parità stabilito dalla normativa secondaria, essendo certamente la pronuncia della CGUE idonea a risolvere il tema dell'efficacia diretta del diritto europeo nei rapporti verticali e quindi tale da risolvere la lite pendente in Cassazione nei confronti dell'INPS.

Rimanendo da decidere la formula attraverso cui sancire il risultato, questa volta non è bastato alla Corte Cost. riaffermare il primato del diritto unionale attraverso la disapplicazione. Non è bastato in particolare il diritto secondario della direttiva, proprio per mantenere coerenza con la propria mossa precedente di interpellare la CGUE con un quesito più ampio che si è appellato per primo, forse in nome della teoria della doppia pregiudizialità, alla Carta dei diritti ed in specie all'art. 34.

Dopo la risposta della CGUE, la Corte Costituzionale sceglie quindi di dilungarsi nel merito delle questioni, invece di restituire gli atti alla Cassazione dichiarando - anche qui - il primato del diritto europeo e l'inammissibilità della questione venendo in questione una normativa ad effetto diretto nei rapporti verticali, che in ipotesi di eventuale dubbi in ordine alla sua applicabilità la stessa Cassazione avrebbe dovuto agire davanti alla CGUE evitando di adire la Corte Costituzionale. Questo avrebbe dovuto dire la Corte, forse subito, all'inizio di questa vicenda.

La Corte Costituzionale appare invece qui particolarmente ispirata, prende l'abbrivio dalla premessa sullo "*spirito di leale collaborazione*" che l'aveva animata nel rivolgersi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, "*allo scopo di salvaguardare «una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione»*"; e quindi procede ad una disamina a tutto tondo delle varie questioni di costituzionalità.

Ed abbondandosi un poco all' enfasi, parla di "connessione inscindibile" tra i principi e i diritti, di "rapporti complementari e armonici", di "mutua implicazione e feconda integrazione", di "inveramenti in contesti mutevoli e spesso inediti", di "interazione tra molteplici fonti", rivendicando infine a sé "il compito di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione", una espressione che avevamo sentito in modo non proprio felice anche in relazione all'art.41 Cost. ed al conflitto tra salute e lavoro e che qui la Corte Cost. rafforza con il richiamo alla "*sinergia della Carta di Nizza, allo scopo di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie*".

Tutta una serie di intonazioni altisonanti che alla fine intendono evidenziare la saldatura tra gli ordinamenti, i rispettivi principi e Carte; una saldatura che si compie dentro l'art. 34 della CDFUE, attraverso cui tutto si tiene nella prospettiva sposata dalla Corte Cost.: il principio di parità affermato nella direttiva costituisce attuazione dell'art. 34 sull'accesso alla sicurezza sociale; e l'art. 34 riceve a sua volta linfa dalla Costituzione italiana a cui implicitamente rinvia. Quando la norma parla di diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali *“in conformità al diritto dell'Unione ma anche alle legislazioni e alle prassi nazionali”*, in tale rinvio, secondo la sentenza n. 54, non può non essere compresa la Costituzione italiana.

Sulla scorta di tale quadro diviene agevole riconoscere la fondatezza delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione.

In primo luogo la restrizione dei benefici prevista dalle disposizioni censurate viola l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al diritto europeo secondario e all'art. 34 CDFUE, per come accertato dalla Corte di Giustizia (nessun accenno è però contenuto alle altre norme della Carta artt. 20, 21, 24, 33 menzionate nell'ordinanza di rimessione).

In secondo luogo la stessa disciplina viola i principi consacrati dagli artt. 3, 1 e 2 comma e 31 Cost., perché la tutela dei valori primari della maternità e dell'infanzia, non tollera distinzioni arbitrarie e irragionevoli; come quelle fraposte nei confronti degli stranieri senza permesso di soggiorno di lungo periodo.

Le due provvidenze sovengono a una peculiare situazione di bisogno, che si riconnette alla nascita di un bambino o al suo ingresso in una famiglia adottiva anche ex art. 3, 2 Cost.; mentre la legge, nell'introdurre presupposti reddituali stringenti (come quelli necessari per ottenere il permesso di soggiorno di lungo periodo) per il riconoscimento di misure di sostegno alle famiglie più bisognose, pregiudica proprio i lavoratori che versano in condizioni di bisogno più pressante.

Si tratterebbe, detto incidentalmente, di un percorso argomentativo idoneo a sostenere anche la concessione ai medesimi cittadini stranieri dell'assegno sociale che pure rientra nell'ambito dell'art. 34 CDFUE, della direttiva e dal regolamento CE n. 883/2004.⁶ Ed ai quali invece la prestazione è stata negata proprio dalla Corte Cost. attraverso argomenti criticabili (sentenza n. 50 del 2019) e che diventano persino assurdi se si volesse prestare fede a quanto esposto in proposito nella stessa sentenza n. 54/2022 allorché la Corte ha inteso approntare una giustificazione proprio rispetto alla diversità di giudizio e di trattamento riservata alle due indennità familiari ed all'assegno sociale; scrivendo: *“L'assegno sociale si colloca all'epilogo della carriera lavorativa e rappresenta il corrispettivo per il contributo offerto al progresso della comunità” mentre tale caratteristica non si ravvisa nelle provvidenze oggi all'esame di questa Corte. Esse presuppongono l'insorgere di una situazione di*

⁶ V. sul punto la convincente analisi di Stefano Giubboni, *La Corte situazionista. Brevi note sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di accesso degli stranieri alla sicurezza sociale*, di prossima pubblicazione su RDSS 2022.

bisogno, in una stagione della vita – quella della nascita di un bambino o della sua accoglienza nella famiglia adottiva – che prescinde dal contributo fornito al progresso della comunità.

Si fa in effetti fatica a credere che la Corte Cost. abbia potuto scrivere una inesattezza del genere, essendo a tutti noto che l'assegno sociale non ha nulla a che fare con *la carriera lavorativa* e con il contributo offerto al progresso della comunità (ma si tratta di una tesi che era scritta nella stessa ordinanza della Cassazione), trattandosi della prestazione assistenziale per eccellenza legata alla prova del bisogno senza costituire corrispettivo di niente.

Il problema è che quando si esagera con i virtuosismi, forse qualche nota stonata può capitare anche al più ispirato tra gli interpreti.

CONCLUSIONE

Si scorge in queste complicate vicende processuali, tutte originate dalla Corte di Cassazione, una visione paralizzante del ruolo del giudice ancora inconciliabilmente suddiviso tra principi costituzionali e principi di derivazione comunitaria; nonché l'uso di una chiave di lettura volta a minimizzare le sue ambizioni interpretative in chiave europea rispetto ad un legislatore interno meglio posizionato ad affrontare i problemi relativi all'accesso ai diritti sociali. Una visione improntata a sfiducia e ad un dichiarato scetticismo nei confronti della stessa UE. Uno scetticismo che però qui non è stato diretto contro regole restrittive e politiche di contenimento del deficit con ricadute sul piano sociale, ma, al contrario, contro l'Europa della parità e dei diritti e la politica più autenticamente ispirata alla salvaguardia dell'eguaglianza nell'accesso alle prestazioni sociali.

Una ultima considerazione si impone, perché nel diritto contano non tanto la conclusione, ma soprattutto come ci si arriva. Che gravi discriminazioni siano state eliminate deve essere considerato certamente un fatto positivo; che si sia arrivati nel modo che abbiamo visto, disseminando l'applicazione del diritto europeo di ostacoli e dubbi applicativi di varia natura e con argomenti non sempre lineari, ancorché contornati da toni aulici, non sembra invece molto incoraggiante. Anche il discorso sulle integrazioni feconde delle tutele attraverso gli ordinamenti, le Carte, le Corti, può essere una ottima traccia per i convegni, ma rivelarsi una prospettiva tortuosa da percorrere offrendo alibi per non applicare le regole europee, tanto più se non viene chiarito, definitivamente ed una volta per tutte, il tema delle varie pregiudiziali.

Il diritto realizza la propria funzione quanto più si inverte nella realtà, lontano dalle aule di giustizia; se diviene modello di comportamento e regola condivisa nel quotidiano attraverso l'applicazione da parte di tutti coloro (uffici pubblici, ospedali, ministeri, Inps, ecc) non hanno a disposizione né lo strumento del rinvio pregiudiziale né quello del giudizio di costituzionalità: strumenti che vanno perciò

usati con parsimonia; potendo altrimenti divenire un *commodus discessus* per coloro che non credono al processo di integrazione attraverso la forza del diritto.

Perciò, se propriosi volesse ritrovare qualche motivo di soddisfazione per l'evoluzione del diritto europeo nel nostro Paese e per il contributo che esso può dare per eliminare le discriminazioni di cui pullula il nostro ordinamento, più che nelle sentenze pronunciate dalla Corte Costituzionale questo sentimento si può forse rintracciare in una recente circolare dell'INPS (7 marzo 2022, n. 36) che – recependo un parere del ministero del lavoro – ha eliminato una discriminazione per orientamento sessuale⁷ riconoscendo i permessi della legge 104/1992 agli uniti in unione civile che devono assistere i parenti dell'altra parte dell'unione. E ciò ha fatto attraverso la disapplicazione della legge n. 76/2016 (che non riconosce agli uniti il rapporto di affinità) e l'applicazione della normativa antidiscriminatoria europea (art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, la direttiva 2000/78 attuata in Italia con il d.lgs. 216/2003, la giurisprudenza della CGUE in materia di permessi retribuiti e sulla nozione di «retribuzione», ai sensi dell'articolo 157 TFUE).

Scriva l'INPS in detta circolare: “Pertanto, alla luce della normativa antidiscriminatoria di origine comunitaria e del primato del diritto dell'Unione europea nei confronti della normativa nazionale, si forniscono di seguito nuove istruzioni operative finalizzate al riconoscimento dei benefici in oggetto in favore dei parenti dell'altra parte dell'unione civile”.

A fronte delle peripezie a cui il diritto sociale europeo viene ancora sottoposto nelle aule di giustizia, come dimostrano le sentenze n. 54 e 67 della Corte Cost., questo riconoscimento di nuovi diritti effettuato direttamente in sede amministrativa, dimostra forse che qualche altra via meno accidentata è percorribile per il futuro.

Roberto Rivero

⁷“Successivamente, su espresso parere del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali viene sottolineata la necessità di modificare tale posizione, potendosi configurare altrimenti una discriminazione per orientamento sessuale”.