

Cassazione 11166/2017: la Corte fa il punto (eurounitario) sulle azioni discriminatorie nei confronti dello straniero.

Di Sergio Galleano¹

La causa

La sentenza in commento presenta più di un aspetto di rilevante importanza, che va ben oltre l'oggetto della specifica questione agitata in causa, in ragione delle soluzioni adottate dalla Corte di cassazione con riferimento ai rapporti tra il diritto nazionale e quello europeo, sotto i diversi aspetti che si vanno ad esaminare e che necessitano sicuramente di ulteriori approfondimenti, data l'autorevolezza della pronuncia del giudice della nomofilachia nazionale.

La questione scrutinata dalla Corte di cassazione prende avvio da un ricorso, presentato al Tribunale di Milano da un cittadino straniero e da una associazione Onlus, con il quale si era denunciata la circolare INPS n. 4 del 15.01.2013 che negava il riconoscimento nei confronti di uno straniero dell'assegno al nucleo Familiare (ANF)², provvidenza che veniva riconosciuta in Italia in favore per gli stranieri soggiornanti di lungo periodo solo a far data dal 1° luglio 2013 con la legge europea n. 97 del 2013.

L'assegno veniva invece negato dall'Istituto previdenziale per gli anni precedenti, mentre i ricorrenti assumevano che fosse dovuto ai sensi della Direttiva UE 2003/109 sin dal momento della sua entrata in vigore in ragione della diretta applicabilità negli Stati membri delle sue disposizioni.

Ciò costituiva, ad avviso dei ricorrenti, una discriminazione di carattere collettivo, segnatamente nei confronti di un cittadino straniero³, ponendosi la normativa nazionale in contrasto con l'art. 11 della Direttiva 2003/109 concernente la parità di trattamento in materia di prestazioni, assistenza e protezione sociale in favore del soggetto straniero soggiornante di lungo periodo.

1 Avvocato del foro di Milano.

2 L'assegno al nucleo familiare (ANF) è un sostegno economico per le famiglie dei lavoratori dipendenti o dei pensionati da lavoro dipendente disciplinato dall'art. 65 della legge 448 del 1998. I nuclei familiari devono essere composti da più persone e il reddito complessivo deve essere inferiore a quello determinato ogni anno dalla legge.

3 Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità era già previsto dal Trattato del 1957 sulla Comunità economica europea (art. 12). Il principio di uguaglianza viene introdotto nel Trattato di Amsterdam 1996 ed aveva quale scopo quello di combattere le discriminazioni basate sul sesso, sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione, sulle convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali (art. 13). In generale v. V. Piccone, Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale, in D & L: rivista critica di diritto del lavoro, 1, 2009, pp. 22 ss.; Per una ricostruzione delle diverse «chiavi» dell'uguaglianza, S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, (a cura di), Carta dei diritti. Casi e materiali, Roma, 2009; V. anche S. Sciarra, Migranti e persone al centro di alcune pronunce della Corte costituzionale sull'accesso a prestazioni sociali, relazione al convegno del Consiglio di Stato del 26 maggio 2017, nella quale il giudice costituzionale sottolinea la prudenza della Corte sul problema dei migranti (anche in relazione ai rapporti tra Regioni e Stato).

Il Tribunale di Milano accoglieva la domanda della Onlus dichiarando l'esistenza di una discriminazione di carattere collettivo, mentre la domanda del lavoratore veniva rigettata per una questione formale. La Corte di appello, adita dall'Inps, confermava la sentenza, ribadendo la esistenza della denunciata discriminazione.

L'Inps ricorreva in cassazione la quale rendeva la sentenza con la quale veniva pienamente confermata la valutazione fatta dal giudice di merito.

Le discriminazioni collettive attinenti il fattore della nazionalità

Preliminarmente la sentenza affronta le eccezioni dell'Inps finalizzate ad escludere che le associazioni siano legittimate ad agire per le discriminazioni in tema di nazionalità, essendo tale facoltà limitata ai casi di discriminazione per etnia o per razza, non prevedendo quindi, ad avviso dell'Inps, quelle fondate sulla nazionalità, escluse dalla procedura per la tutela della discriminazione collettiva di cui all'art. 5 del d.lgs. 215 del 2003, che richiama l'art. 4 precedente che, a sua volta, rinvia alle "forme previste dall'art. 44, commi da 1 a 6, 8 e 11 del testo unico "immigrazione"⁴.

Qui non è il caso di ripercorrere il ragionamento svolto dall'Inps, circa il fatto che la legittimazione fosse limitata alle discriminazioni per razza o etnia e non per la nazionalità, ritenuta curiosamente, tra le altre argomentazioni, una discriminazione di minore intensità. Non è il caso soprattutto perché, secondo la Corte, la tesi dell'Inps consisteva in "una netta distinzione nella regolamentazione dei diversi fattori di discriminazione, ritagliando in quello che può definirsi un gioco di rinvii da una legge all'altra, da un articolo all'altro, da un comma all'altro" per giungere alla conclusione dell'esistenza di "un vuoto di tutela processuale per le discriminazioni di natura collettiva fondate sulla nazionalità".

E' sufficiente, nel contesto del presente commento ricordare che la Corte, dopo un attento esame della normativa nazionale giunge alla conclusione che: "4.2. Costituirebbe perciò una vistosa eccezione il mancato conferimento della legittimazione ad agire in capo ad un ente esponenziale in caso di discriminazione collettiva per il fattore nazionalità. Un'eccezione che non è giustificabile, alla luce del fatto che esso risulta, come si è visto, fattore discriminatorio parimenti vietato in ogni campo della vita sociale (lavorativa ed extralavorativa) ai sensi dell'art. 43 TU immigrazione", oltreché una incongruenza con il disposto di cui al DPR 349 del 1999 che, all'art. 52, prevede che le associazioni sono qualificate dallo "svolgimento di attività a favore degli stranieri immigrati" e dallo "svolgimento di attività per favorire l'integrazione sociale degli stranieri" (non quindi testualmente in relazione alla razza o etnia)".

Sicché "affermare che esse possano agire in giudizio solo per le discriminazioni per razza o etnia e non per il fattore della nazionalità che serve a qualificarle, non è solo palesemente illogico; ma introdurrebbe un ulteriore difetto di coordinamento tra norme di diverso livello, in quanto porterebbe ad ipotizzare che la legittimazione ad agire per un certo tipo di discriminazioni (razza o etnia) sia stata conferita ad enti che si occupano di un fattore di discriminazione che viene ritenuto dall'ordinamento del tutto differente, di diverso contenuto e rilevanza (come appunto la nazionalità straniera)"

⁴Così, testualmente, il punto 3.1 della motivazione.

Tale soluzione, prosegue la Corte, trova fondamento nella giurisprudenza europea, richiamando la sentenza Feryn del 10.07.08 in causa C-54/07 (ECLI:EU:C:2008:397) nella quale la Corte di giustizia dell'Unione europea si occupa di un caso in cui un datore di lavoro aveva pubblicamente affermato, nell'ambito di una procedura di assunzione, che non avrebbe assunto lavoratori stranieri (alloctoni), ma solo autoctoni, rilevandone "la potenzialità lesiva delle dichiarazioni dell'imprenditore (in quanto erano "in modo evidente idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal proporre le loro candidature")".

Richiamando il principio generale dell'effettività del diritto europeo, la Corte conclude per la necessità di una composizione "in sede esegetica in una coerente logica di sistema", sicché va riconosciuta la legittimazione ad agire "contro tutte le discriminazioni collettive contemplate nel decreto legislativo (attraverso l'art. 5 ed il D.P.R. cit.) ad associazioni qualificate dalla loro azione a favore degli stranieri (e quindi in relazione all'appartenenza nazionale)".

Sotto questo preliminare profilo la sentenza pare del tutto condivisibile, individuando l'ambito delle tutele contro la discriminazione in modo corretto ed interpretando il diritto nazionale senza seguire il percorso 'ordinariamente' contorto della normativa nazionale italiana, ovvero l'"armamentario giuridico nazionale"⁵, focalizzando invece l'attenzione sullo scopo della normativa europea in tema di discriminazione ed indicando le linee guida per l'interpretazione delle norme nazionali in un'ottica comunitariamente orientata, consistente nella lettura delle norme interne secondo i criteri che privilegiano la ragione sostanziale e lo scopo ("l'effettiva protezione dei diritti" si legge al punto 4.6 della motivazione) della volontà del legislatore europeo.

Pare questo un importante conferma passo in avanti rispetto alla concezione eccessivamente formalistica che contraddistingue la giurisprudenza nazionale di legittimità, sempre in bilico tra un atteggiamento formalistico di esegesi della norma di legge ed una palese resistenza all'invasione del diritto europeo, caratterizzato da un approccio di natura molto più sostanziale nell'interpretazione delle norme⁶.

L'utilità delle azioni collettive

L'Inps aveva anche eccepito l'inammissibilità dell'azione osservando come non sarebbero state individuabili in modo ed immediato le persone lese dalla discriminazione.

Sul punto la Corte è puntuale, replicando che l'azione preventiva "dimostra l'utilità e l'essenza di queste azioni collettive in cui è possibile precedere la lesione dell'interesse individuale, potendo essere esperita in via preventiva una azione di natura collettiva rispetto al verificarsi del danno, al fine di tutelare meglio e prima le potenziali vittime".

Tale posizione è del resto in linea con le tendenze eurounitarie, tra le quali si ricorda la recente rivitalizzazione del Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa (ECSR) è stato istituito ai sensi dell'art. 25 della Carta sociale europea del 1961, allo scopo di determinare se la normativa ed il comportamento concreto degli Stati contraenti la Convenzione sia in conformità con le norme della Carta sociale europea, dei suoi Protocolli e della Carta sociale europea (riveduta) del 1996.

⁵ Così lo definisce G. Fiorentino in "La Corte di Cassazione e la resistibile ascesa della giurisprudenza Taricco" in *Questione giustizia*, 1° febbraio 2016.

⁶ Non è l'unico caso, intendiamoci, vedi, sul punto, la sentenza 12925/2008 sui contratti a termine.

I compiti di tale comitato sono, di fatto, complementari a quelli della Corte di Giustizia europea di Lussemburgo (che opera in via incidentale per quanto riguarda i diritti stabiliti dalla normativa europea) ed a quelli della Corte europea di Strasburgo (che può essere adita in via principale dal soggetto leso ma solo dopo l'esperimento di tutti i mezzi di impugnazione nazionali).

Il Comitato europeo, invece, su istanza di associazioni, opera in via preventiva rendendo un parere in merito alle denunce di violazione dei diritti sanciti nella Carta sociale europea da parte degli Stati aderenti. I pareri del Comitato non sono vincolanti, ma il valore morale degli stessi incide non poco sulla politica dello Stato interessato e può influire sulla giurisprudenza nazionale⁷.

E' questo un aspetto sicuramente rilevante, poiché anche qui si privilegia l'individuazione dello scopo della norma in nome del principio di effettività⁸ e di proporzionalità che caratterizza il sistema giuridico eurounitario, dando copertura alla tutela dei diritti non solo in via incidentale o residuale, ma anche in via preventiva, con uno strumento la cui efficacia, sotto il profilo politico istituzionale, pare idonea a rendere sostanziale ed effettiva la copertura giuridica delle posizioni soggettive dei cittadini dell'Unione.

La giurisdizione del giudice ordinario

Ulteriore questione pregiudiziale affrontata nella sentenza qui in commento, riguarda l'eccezionale carenza di giurisdizione del giudice ordinario, essendo in discussione, da parte di un soggetto collettivo, la legittimità di un atto amministrativo posto in essere da una pubblica amministrazione che avrebbe, quindi, dovuto essere impugnato avanti al Tar⁹.

Anche qui, su un aspetto tutt'altro che secondario, la posizione della Cassazione è netta e precisa, senza sbavature.

⁷I ricorsi al CEDS non sono infatti giurisdizionali, in quanto le decisioni assunte da tale organo hanno un seguito eminentemente politico, essendo il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa competente a "sanzionare" gli Stati parti, attraverso risoluzioni e semplici raccomandazioni, dalle quali in realtà emerge l'intento degli stessi di non rendere giustiziabili i diritti sociali protetti dalla CSER. Sul punto vedi: G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it. Ricordiamo, tra i più recenti e rilevanti, il rapporto del 5 luglio 2016 nel procedimento 102/2014 sui Giudici di pace che ha sollevato non poche polemiche e molti effetti perché ha dichiarato la violazione della Carta sociale europea ed ha obbligato lo Stato italiano ad intervenire con una riforma del sistema dei giudici onorari che è ora all'esame della Corte di giustizia europea a seguito della rimessione operata dal Giudice di pace dell'Aquila con ordinanza del 31.08.17. A seguito di tale parere, per di più, il Parlamento europeo ha tenuto una sessione in sede di commissione per le petizioni il 28 febbraio 2017 che ha visto l'audizione degli stessi Giudici di pace.

⁸Cfr. F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione, controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 525

⁹ Per chi abbia voglia di approfondire la vexata quaestio sul ruolo del giudice amministrativo veda il dibattito agostano su Lexitalia (free access): Il Pres. Giacchetti sulla proposta agostana di abolire il G.A. 1 settembre 2017 e ARCANGELO MONACILIUNI, *Il giudice amministrativo e Luigi XVI ed ivi richiami a precedenti interventi*.

La sentenza afferma come correttamente la Corte di merito abbia ritenuto che la declaratoria di accertamento di una discriminazione collettiva "è una questione di merito che non interferisce con le delimitazione degli ambiti della giurisdizione assegnati al giudice ordinario".

Il procedimento delineato dall'articolo 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 non ha quale fine l'annullamento dell'atto, bensì l'accertamento della illegittimità in quanto produttiva di discriminazione, con conseguente ripristino della legalità, attraverso l'ordine di cessazione del comportamento antidiscriminatorio.

Del resto, osserva la sentenza: ".2. In ogni caso, può essere osservato sul punto che la tutela antidiscriminatoria invocata con la domanda è garantita sul piano civilistico attraverso il conferimento della dignità di diritto soggettivo pieno alla posizione tutelata. Il diritto alla non discriminazione deve essere considerato un diritto fondamentale di rilievo costituzionale primario ed assoluto che non può soffrire compressioni di fronte all'azione amministrativa. La circostanza che, nella fattispecie, il comportamento che si assume lesivo del diritto fosse riconducibile all'applicazione di un atto amministrativo non vale a mutare la natura della posizione soggettiva azionata, che non può essere degradata ad interesse legittimo neppure in conseguenza dell'emanazione di un atto da parte di un'autorità amministrativa".

Ad un ragionamento così chiaro può solo aggiungersi che non a caso, sotto il profilo normativo, l'art. 4 del d.lgs. 215/2003, al comma 7 prevede che: "Resta salva la giurisdizione del giudice amministrativo per il personale di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", così delimitando il campo di competenza del giudice amministrativo.

L'importanza di tali puntualizzazioni è intuitivo. La rivalutazione dell'importanza dei diritti è fondamentale in un sistema giuridico come quello europeo che non conosce le sottigliezze giuridiche nazionali come lo sfumato confine tra diritti ed interessi legittimi, con ricadute spesso disastrose sotto il profilo della giurisdizione, in un rimpallo tra giudice ordinario e giudice amministrativo di questioni di rilevante importanza sotto il profilo sociale e che necessitano di una soluzione veloce ed immediata.

Nel merito: la discriminazione collettiva

Chiariti questi rilevanti aspetti preliminari, la Corte viene quindi al merito della controversia.

Sempre in sintesi, il caso si caratterizzava dal fatto che la mancata concessione dell'ANF dedotta in giudizio era limitata al periodo anteriore al 1° luglio 2013.

Successivamente infatti, a seguito della apertura da parte della Commissione europea di una procedura di infrazione relativamente alla non conformità di alcune norme italiane alla Direttiva 2003/109, tra esse quella qui in discussione sull'ANF, il Parlamento italiano, con la legge europea 6 agosto 2013 ha esteso l'ANF anche agli stranieri titolari di permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo.

Da tale evoluzione normativa sarebbe derivata, secondo l'Inps, la correttezza del proprio operato, poiché solo dalla data di formale riconoscimento da parte del legislatore, poteva sorgere il diritto individuale a percepire il sussidio di cui è causa.

La Corte ritiene invece che l'esame della normativa comunitaria porti al risultato opposto.

La legge 97/2013 non ha fatto altro che riconoscere come, secondo la Direttiva 2003/109, l'ANF avrebbe dovuto essere esteso anche ai cittadini stranieri soggiornati di lungo periodo e, dunque, si è limitata a prendere atto di ciò estendendo, come rileva la sentenza, unicamente il numero dei soggetti che possono fruire dell'aiuto economico.

Ne consegue che il diritto alla fruizione dell'ANF trova la sua *ratio* nella fonte primaria della Direttiva e dunque il beneficio non può che essere riconosciuto anche per il periodo precedente.

Anche qui, come si vede, si tratta dell'applicazione piena del principio di effettività: nella motivazione si sottolinea infatti come la legge 97/2013 richiami espressamente la procedura di infrazione e la necessità di applicare pienamente la direttiva 2003/109.

In particolare, la Corte osserva come “[l]a norma pertanto, in base ad un'interpretazione orientata in senso comunitario e costituzionale, deve essere intesa nel senso che il diritto dei lungo soggiornanti all'ANF decorra fin dal momento in cui esso doveva essere introdotto nell'ordinamento interno in attuazione della direttiva”.

Chiarito questo fondamentale principio, la Corte affronta poi, necessariamente e correttamente, le conseguenze economiche della decisione, posto che la legge 97/2013 dispone stanziamenti per gli anni successivi alla sua approvazione. E' questo, di solito, un argomento delicato, poiché spesso la giurisprudenza trova ragioni per la non applicazione delle norme comunitarie in ragioni di natura economica, soprattutto quanto il recepimento delle direttive concerne il settore sociale che, per sua natura, presuppone la messa a disposizione delle necessarie risorse economiche, così dando maggiore risalto alle esigenze di contenimento del bilancio (pure esso oggetto di rilievo costituzionale) e frustrando la necessità di raggiungere lo scopo dei provvedimenti comunitari in capo sociale¹⁰.

E qui la Corte, in primo luogo, individua nella legge stessa la soluzione, posto che la normativa finanziaria appresta un meccanismo di adeguamento finanziario in caso di scostamenti, ma soprattutto rileva come, accedendo alla diversa tesi riduttiva, si arriverebbe ad un risultato “incongruo”, costituito da un provvedimento legislativo che ha lo scopo di adeguare l'ordinamento nazionale alla Direttiva e, nello stesso tempo, negare le risorse finanziarie necessarie, così raggiungendo, di fatto, il risultato opposto.

Ciò sarebbe in palese contrasto con la primazia e l'efficacia diretta del diritto europeo a fronte di una Direttiva che, per di più, risulta dotata di requisiti di sufficiente chiarezza, diretta ad operare nei rapporti verticali (tra Stato e cittadino)¹¹.

¹⁰ Sul punto, peraltro, la Corte europea si è sempre pronunciata nel senso che le due esigenze sono sullo stesso piano e non è ammissibile la prevalenza delle ragioni economiche rispetto alla necessità di raggiungere lo scopo della norma europea (sul punto vedi la sentenza Mascolo del 26.11.04 in causa C-22/13 [ECLI:EU:C:2014:2401], segnatamente il punto 110 ed ivi ulteriori richiami). Il problema, amplificato del tutto a sproposito dai “nemici” dell'integrazione del nostro sistema giuridico a quello europeo, è solo quello di corretta allocazione delle risorse.

¹¹ La Corte richiama le note sentenze Simmenthal, 9 marzo 1978 causa C-243/78 ECLI:EU:C:1980:65, Marshall 22.2.1986, causa C-271/91 ECLI:EU:C:1993:335 e Foster del 12.07.1990 causa C-187/89 ECLI:EU:C:1990:313

Richiamando quindi la costante giurisprudenza europea in tema di obbligo di adempimento, una volta scaduto il termine, delle norme delle Direttive di immediata applicazione¹², ne deduce che l'assegno per il nucleo familiare avrebbe dovuto essere riconosciuto sin dal momento dell'entrata in vigore della Direttiva e che la legge 97 del 2013 non costituiva altro che il ritardato adempimento dello Stato italiano all'obbligo imposto dalla norma europea.

La Corte, poi, esamina anche l'ulteriore eccezione dell'Inps il quale sosteneva che l'ANF non costituirebbe una di quelle prestazioni essenziali individuate come obbligatorie dalla Direttiva 2003/109.

Ad opinione della Corte, invece, "l'ANF costituisce una prestazione essenziale in quanto si tratta di una forma di assistenza riferita a famiglie in situazione di povertà in presenza di almeno tre figli minori, tenuto altresì conto del contesto in cui s'iscrive l'art. 11, comma 1, lett. d) e della finalità perseguita dalla direttiva 2003/109; ossia l'integrazione dei cittadini di paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente ed a titolo duraturo negli Stati membri".

La sentenza richiama infine la sentenza Kamberaj del 24.04.12 in causa C-571/10 (ECLI:EU:C:2012:233) per osservare come la Corte europea abbia ritenuto che l'art. 11 lettera d) della Direttiva "non è esaustivo, come confermato dall'impiego del termine "almeno"". Inoltre la Direttiva consentiva agli Stati membri di chiedere deroghe nell'individuazione delle misura di sostegno, deroghe che non sono mai state chieste dallo Stato italiano.

Né rileva, infine, che l'11° considerando della Direttiva preveda che le modalità di concessione delle prestazioni sono determinate dalla normativa nazionale, poiché tale previsione riguarda le modalità di corresponsione delle provvidenze (modalità di accesso, relative procedure e livello delle prestazioni) e non certamente differenze di trattamento nei confronti dei destinatari.

Ancora, la Corte rileva poi che l'Italia non aveva esercitato la possibilità di deroga al principio della parità di trattamento prevista dall'art. 11, 4° paragrafo della Direttiva, che recita: "4. Gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali", poiché l'inciso di cui all'art. 9 del T.U. sull'immigrazione (come modificato con il d.lgs. 3/2007) secondo il quale " il lungo soggiornate possa usufruire della prestazione di assistenza, di previdenza sociale ... salvo che sia diversamente disposto". Pare alla Corte che si tratti di una norma di carattere generale che non può costituire la volontà di derogare alla Direttiva.

L'interpretazione pretesa dall'Inps sarebbe per di più in contrasto con "la successiva introduzione del diritto all'ANF in sede di legislazione avente ad oggetto il corretto recepimento della direttiva 2003/109/CE approvata sotto procedura di infrazione 2013/4009 riferita anche alla mancata estensione dell'assegno per il nucleo familiare e di maternità"¹³.

12 Vengono richiamate le sentenze Mangold del 22.11.05 in causa C-144/04 (ECLI:EU:C:2005:709), Kucukdeveci del 19.10.10 in causa C-555/07 (ECLI:EU:C:2010:21), Association de médiation sociale del 15.01.14 in causa C-176/12 (ECLI:EU:C:2014:2) e Dansk industri del 19.04.16 in causa C-441/14 (ECLI:EU:C:2016:278): si tratta delle sentenze più rilevanti in tema di discriminazione per età e diritto all'informazione dei lavoratori.

13 Sentenza in commento, punto 15.

Del resto, comunque, la Corte ritiene che l'ANF costituisca una prestazione essenziale poiché "alla stregua di quanto affermato dalla CGUE nella sentenza Kamberaj, occorre ricordare che, conformemente all'art. 34, comma 3 della Carta, al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale volta a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali. Ne consegue che, nei limiti in cui l'ANF risponde alla finalità enunciata nel citato articolo della Carta, esso non potrebbe essere considerato, nell'ambito del diritto dell'Unione, come non compreso tra le prestazioni essenziali ai sensi dall'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109"¹⁴.

Dopo avere spiegato che le precedenti pronunce in tema di ANF della stessa Cassazione non sono affatto in contrasto con la decisione adottata, la sentenza si occupa anche dei rapporti con la Corte europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo, poiché l'Inps aveva anche eccepito che, secondo la sentenza Kamberaj, la Corte europea, nell'esaminare la questione relativa all'applicabilità dell'art. 14 della CEDU¹⁵, aveva affermato che l'applicazione di tale norma convenzionale non obbliga il giudice nazionale a disapplicare le norme nazionali (salvo il rinvio alla Corte costituzionale per il relativo scrutinio ex art. 11 e 117 Costituzione).

Per la verità, osserva la Corte, la CEDU, con la sentenza Dhabi¹⁶, si è invece pronunciata proprio nel senso dell'incompatibilità della legge 448 del 1998 con gli artt. 8 e 14 della CEDU.

Non si pone, comunque, prosegue la sentenza, alcuna questione di costituzionalità, considerato che come si è detto la Corte ritiene che non si verificata alcuna disapplicazione della norma interna, essendosi la cassazione limitata ad interpretare la norma interna sulla base dell'impianto normativo europeo in modo da concretizzare il principio di parità contenuto nella Direttiva.

Conclusioni

Giunge dunque in Corte di cassazione, affrontata in modo approfondito, la questione della discriminazione operata nei confronti dello straniero e degli strumenti giuridici per affrontarla, che aveva dato luogo già ad un vasto contenzioso di merito.

14 Sentenza in commento, sempre punto 15.

15 L'art. 14 della CEDU tratta, appunto, delle discriminazioni: "Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

16 Sentenza resa nel caso Dhabi del 08.06.14 su ricorso 17120/09: lì, la violazione, consisteva, in particolare, per il non avere la Corte di cassazione pronunciato sulla richiesta della difesa del Dhabi di rimettere proprio la questione di compatibilità della legge 448 del 1998 alla Corte europea, ex art. 267, comma 3, TFUE; per la violazione della Direttiva 2003/109.

Ricordiamo qui, tra le tante, la nota sentenza della Corte di appello di Brescia, sez. lav. del 30.11.2016¹⁷ che, applicando sostanzialmente i medesimi principi stabiliti nella sentenza qui in commento, riconosce il diritto al c.d. "bonus bebè" ai titolari del permesso unico di lavoro, stante il contrasto con il principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 della Direttiva 2011/98, riconoscendone l'efficacia diretta nel nostro ordinamento, con conseguente disapplicazione dell'art. 1, comma 125, l. n. 190/2014, nella parte in cui limita la corresponsione del sussidio ai cittadini extracomunitari con permesso di soggiorno di lungo periodo.

Ricordiamo anche, sotto un diverso profilo, la pronuncia del Tribunale di Firenze nella causa Orkida Mehilaj contro il Ministero della Giustizia¹⁸, dove la ricorrente, cittadina albanese con permesso di soggiorno di lungo periodo, chiedeva, anche qui in unione ad una Onlus, la declaratoria della natura discriminatoria del bando di concorso indetto con D.M. 18.11.16 per 800 posti di assistente giudiziario.

La ricorrente era stata esclusa poiché il bando prevedeva quale condizione il possesso della cittadinanza italiana.

Qui la questione era particolarmente delicata, poiché l'ordinamento europeo prevede quale eccezione alla abolizione di ogni discriminazione fondata sulla nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri gli impieghi nella pubblica amministrazione. Tale previsione è stata poi definita in termini restrittivi dalla Corte di giustizia, secondo la quale la nozione di pubblica amministrazione non può essere rimessa alla mera discrezionalità degli Stati membri, posto che si tratta di una deroga ai principi fondamentali e fondanti dell'Unione, costituiti dalla libera circolazione e dalla parità di trattamento.

Il Tribunale di Firenze richiama quindi la giurisprudenza di Lussemburgo che "[s]econdo l'interpretazione sempre più rigorosa della Corte di Giustizia i pubblici poteri finalizzati alla tutela dell'interesse nazionale rilevanti ai fini della deroga di cui all'art. 45 paragrafo 4 si manifesterebbero nella posizione e mansione lavorativa che: 1) implichi l'esercizio di poteri di coercizione o d'imperio nei confronti dei terzi, 2) in funzione di interessi generali e non meramente tecnici o economici, 3) e purché siano esercitati in modo abituale e non rappresentino una parte molto ridotta dell'attività (CGUE sent. 20/09/2003 Colegio de Oficiales della Marina Mercante Espanola C 405/2001 punti 42, 44; CGUE sent. Anker C 47/2002 punto 63 CGUE; sent. 10/09/2014 Haralambidis punti 57, 58, 59 che ha ritenuto che la esclusione generale dall'accesso dei cittadini di altri stati membri dalla funzione di Presidente dell'Autorità Portuale, nello specifico di Brindisi, costituisce discriminazione fondata sulla nazionalità vietata dall'art. 45 TFUE)".

¹⁷ Vedine un ampio commento, con molti richiami alla giurisprudenza in merito, in A. Venchiarutti, "L'assegno di natalità tra normativa interna e europea: discriminatorio non concederlo agli immigrati regolari", Nuova Giur. Civ., 2017, 5, 719, il quale giustamente, in chiusura, osserva che: "Al riguardo si può osservare però che il recepimento nell'ordinamento interno del principio del trattamento paritario tra migranti (con regolare permesso di soggiorno) e cittadini italiani, pur previsto dalla dir. n. 98/2011/UE, resta affidato ancor oggi, per lo più, agli interventi rimediali dei giudici. Non si ha notizia invece di progetti volti a realizzare un adeguamento organico del nostro sistema a quanto previsto nel Capo III, *Diritto alla parità di trattamento*, della direttiva sopracitata."

¹⁸ Vedi il commento di F. Buffa, La partecipazione degli stranieri extracomunitari regolari al concorso pubblico per assistente giudiziario, in *Questioni giustizia*, 23 luglio 2017, con ivi richiami a molti commenti su casi analoghi.

Tale non essendo l'attività di semplice assistente giudiziario, ne derivava la possibilità di partecipazione al concorso. Anche qui interessante il ragionamento, analogo a quello svolto nella sentenza in commento - e ancora più forte per la presenza di un concorso pubblico - circa la giurisdizione del giudice ordinario a fronte dell'applicazione dei diritti primari dell'Unione.

Insomma, come si vede molto si sta muovendo verso l'integrazione del diritto nazionale con quello europeo anche in sede di legittimità.

Fa dunque piacere leggere la sentenza in commento, che rappresenta uno degli sforzi migliori di questi ultimi anni in tal senso, giusto, del resto, quanto a suo tempo osservato dal compianto Stefano Rodotà e cioè che l'Unione europea la stanno facendo soprattutto i giudici.

8 settembre 2017