

## **La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di una giudice di merito a margine del caso ANF**

*di Elisabetta Tarquini*

*Consigliera presso la Corte d'Appello di Firenze*

**Abstract:** Con le ordinanze 9378/2021 e 9379/2021 di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità dell'art. 2 del D.L. n. 69/1988, conv. in L. n. 153/1988, che ha istituito l'assegno per il nucleo familiare, la Corte di Cassazione ha dato una svolta ulteriore, per molti imprevedibile, ai giudizi nei quali l'assegno sia preteso da lavoratori stranieri legalmente soggiornanti nel territorio italiano, ma i cui familiari si trovino all'estero. Una decisione che pare voler riscrivere i confini della disapplicazione, da parte del giudice ordinario, delle norme interne confliggenti con il diritto UE, confinandola nell'irrilevanza, e che rischia così di aprire conflitti inediti tra ordinamenti, in funzione, non dell'ampliamento, ma della potenziale compressione dei diritti di soggetti tra i più deboli del mercato del lavoro.

Con le ordinanze 9378/2021 e 9379/2021 la Corte di Cassazione ha rimesso al Giudice delle leggi di valutare la legittimità costituzionale dell'art. 2 del D.L. n. 69/1988, conv. in L. n. 153/1988 che ha abolito gli assegni familiari e istituito l'assegno per il nucleo familiare (ANF) e in particolare del comma 6 bis dell'art. 2, secondo cui «non fanno parte del nucleo familiare di cui al comma 6 il coniuge ed 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». Una disposizione certamente di minor favore rispetto a quanto previsto per i cittadini italiani, in relazione ai quali la legge dispone che, ai fini del diritto all'ANF, il familiare compone il nucleo per il solo fatto del grado di parentela con il lavoratore (coniuge non separato, figlio minore, ecc.) e per la sussistenza di un reddito complessivo del medesimo nucleo familiare inferiore al limite stabilito dalla legge, a prescindere dal fatto che il familiare sia convivente e sia residente sul territorio nazionale. E una disposizione che la Corte di Giustizia, sollecitata dalla stessa Corte di Cassazione nei medesimi giudizi, ha ritenuto contraria al principio paritario contenuto nelle direttive 2003/109/CE (relativa allo status dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo) e 2011/98/UE (relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico di soggiorno e di lavoro), con due decisioni, entrambe del 25.11.2020 (rese nelle cause C-303/19 e C-302/2019).

L'incidente di costituzionalità, dopo il rinvio alla CGUE, segna dunque una svolta ulteriore nella vicenda giudiziaria dell'assegno per il nucleo familiare davanti al Giudice di legittimità, una vicenda assai accidentata per vero, in modo forse non troppo prevedibile, a fronte di un indirizzo della giurisprudenza di merito praticamente unanime nel disapplicare la disposizione del comma 6 bis dell'art. 2.

E proprio da giudice di merito proverò a fare alcune brevi osservazioni sulle due ordinanze.

Prima però, per onestà intellettuale, vorrei fare una premessa e anticipare una conclusione.

La premessa è che l'ufficio di cui faccio parte è stato uno di quelli (non molti forse) che, anche dopo le ordinanze di rimessione della Corte di Cassazione, hanno disapplicato la disposizione dell'art. 2 comma 6 bis, ritenendola in contrasto con il principio di parità di trattamento affermato nelle due direttive (2003/109 e 2011/98), al di fuori di ipotesi legittimamente eccezionali di quel principio. Abbiamo disapplicato ritenendo che quello fosse il nostro dovere, a fronte della violazione, non emendabile in sede di interpretazione conforme, di norme di diritto derivato dell'Unione (l'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE e l'art. 11 della direttiva 2003/109/CE), che affermano la parità di trattamento tra cittadini e stranieri, per quanto interessa in

materia di sicurezza sociale, norme contenenti un precetto (il principio paritario appunto) che non abbisogna di alcun adattamento o attuazione nell'ordinamento nazionale e che quindi devono trovare immediata applicazione nel diritto interno, almeno quando si faccia questione di rapporti verticali (come quelli di cui si discute, di cui è parte l'INPS).

Abbiamo ritenuto quindi, diversamente dalla Cassazione, che non vi fosse alcuna giuridica facoltà, alcun legittimo spazio per il giudice comune per valutare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Questa la premessa.

La conclusione che vorrei anticipare è del tutto conseguente a questa premessa: per quel che vale, io spero che la Corte Costituzionale dichiari inammissibile la questione proposta dalla Corte di Cassazione, in quanto una decisione diversa (anche di accoglimento della questione) altererebbe profondamente il rapporto tra i due ordinamenti e il ruolo del giudice comune nell'attuazione del diritto dell'Unione, ma, ed è soprattutto su questo che vorrei soffermarmi, potrebbe diminuire sensibilmente di fatto il grado di protezione dei diritti di molte e molti, spesso gli attori più marginali e talvolta più indifesi delle nostre società, proprio per questo protetti dal principio di non discriminazione.

Proverò a spiegare soprattutto quest'ultima affermazione.

A questo fine vorrei guardare alle questioni che hanno a che fare con i temi di cui ci occupiamo oggi (doppia pregiudizialità, effetto diretto, disapplicazione, controllo diffuso o accentrato della conformità delle norme primarie a quelle comunque superprimarie) – tutte questioni complesse e importanti per i rapporti tra gli ordinamenti (quello interno e quello dell'Unione) – ecco vorrei guardare a queste questioni avvicinando di molto la prospettiva, avvicinandola ai soggetti dei processi nei quali di queste questioni si controverte.

Può non essere inutile avvicinare la prospettiva innanzi tutto agli attori di quei giudizi (per quanto interessa ora i cittadini stranieri, regolarmente soggiornanti sul nostro territorio, che hanno lasciato le loro famiglie nei paesi d'origine e che evidentemente contribuiscono con i loro redditi di lavoro a mantenerle, esattamente come per decenni hanno fatto gli italiani emigrati e ai quali oggi la legge nega una prestazione, quella degli assegni familiari, certamente diretta ad alleviare il carico di quelle famiglie e che agli italiani è riconosciuta ovunque siano i loro familiari).

Di questi diritti e di queste persone si sta parlando.

Commentando le ordinanze del Giudice di legittimità, uno dei componenti del collegio che le ha emesse<sup>1</sup>, ha scritto tra l'altro che «*i conflitti tra norme statali e sovranazionali in materia di sicurezza sociale vanno riconosciuti per ciò che realmente sono, vale a dire conflitti politici*», se non, cito sempre testualmente, «*conflitti di classe*», esistendo, secondo l'autore, un contrasto tra i valori che rispettivamente animano quegli ordinamenti, l'ordinamento interno e quello dell'Unione. E suggerisce, a riprova, che le politiche di apertura delle frontiere perseguite dall'Unione possano aver avuto un ruolo, ancora testualmente, «*in termini di indebolimento del potere contrattuale dei salariati autoctoni e di aggravamento delle condizioni generali di vita dei ceti popolari*». Per questa ragione, secondo l'autore, l'interprete dovrebbe usare la massima cautela nell'interferire su tali conflitti, non spettandogli, spero la semplificazione sia comunque fedele al pensiero, di sceglierne il vincitore, come avverrebbe in sostanza con la disapplicazione.

Ora si può discutere molto di quali siano i valori fondanti dell'Unione Europea (anche se mi sentirei tranquillamente di dissentire sul fatto che l'Unione abbia praticato una politica di apertura delle frontiere nei confronti dei lavoratori che qui ci interessano, cioè i cittadini di paesi terzi, direi anzi tutt'altro, guardando

---

<sup>1</sup> L. Cavallaro, *Il dialogo tra le Corti e le prestazioni di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-ue/1866-il-dialogo-tra-le-corti-e-le-prestazioni-di-sicurezza-sociale>

quanto sta accadendo a Lesbo, a Lampedusa e ai confini tra Polonia e Bielorussia). Ma anche assumendo, per pura ipotesi, che ci sia un contrasto tra alcuni valori dell'Unione (immagino il riferimento sia al ruolo del mercato e della concorrenza, dello Stato nell'economia) e quelli dell'ordinamento interno, ci sia anzi un conflitto di classe, mi domando se davvero il punto di emersione di un simile conflitto debba essere questo di cui parliamo oggi.

Il diritto dei lavoratori stranieri all'assegno per il nucleo familiare.

Se un'ipotetica resistenza dei valori dell'ordinamento interno contro le politiche liberiste dell'Unione (semplifico per ragioni di tempo) debba davvero esercitarsi escludendo e escludendo da una prestazione assistenziale alcuni tra i soggetti più deboli, quali sono i lavoratori stranieri attori di questi giudizi; mi chiedo se è proprio in loro confronto, in loro danno, che debba essere preservata la discrezionalità dello Stato nell'allocare le proprie risorse, senza interferenze del diritto dell'Unione.

A me personalmente, avvicinando la prospettiva, sfugge il senso di questo conflitto, un conflitto in cui si rivendica l'autonomia degli ordinamenti non per accrescere i diritti, ma per ridurre l'ampiezza e la diffusione, il che mi pare esattamente il contrario, almeno per quanto ne capisco, del principio fondante l'idea dei controlimiti, presidiati dal Giudice delle leggi.

L'altro attore di questi processi che inviterei a guardare più da vicino è il giudice comune, in specie, per parlare della mia esperienza, il giudice del lavoro.

Un giudice, almeno a me pare, molto più rispettoso oggi che in passato dell'autorità del precedente, per molte ragioni: normative innanzi tutto (a partire da alcune disposizioni sul giudizio di Cassazione, l'art. 360 bis c.p.c., poi l'art. 374 comma terzo c.p.c., l'art. 376 c.p.c., tutte dirette a consolidare la funzione nomofilattica del Giudice di legittimità), ma anche culturali, in quanto nella formazione dei magistrati ha assunto, mi sembra, un rilievo crescente il richiamo al valore (indiscutibile) dell'uniformità della giurisprudenza e della certezza del diritto.

Ma anche un giudice, in quasi tutti gli uffici di primo grado e in molti di appello, gravato di ruoli spesso ingestibili e al tempo stesso chiamato ad assicurare tempi ragionevoli dei giudizi. Un richiamo quest'ultimo che non potrà che farsi più pressante nel prossimo futuro a fronte degli impegni cui il nostro paese è chiamato in attuazione del PNRR.

E' a questo giudice, non a un astratto attore di una astratta relazione tra ordinamenti, che dobbiamo pensare quando pensiamo a chi decide cause come quelle di cui ora parliamo.

Per questo giudice, per moltissimi giudici in moltissimi uffici, la rimessione alla Corte Costituzionale è un'evenienza rara, spesso unica nella propria storia professionale, che impone tempi diversi dai consueti di trattazione e definizione dei giudizi.

Questo credo debba essere tenuto presente, insieme a molte altre considerazioni, leggendo uno dei passaggi, a mio avviso meno condivisibili, delle ordinanze di cui discutiamo.

La Corte di Cassazione, dopo aver rimesso alla Corte di Giustizia, come detto, la questione relativa alla compatibilità con il principio paritario affermato dalle direttive 2003/109 e 2011/98 della disposizione dell'art. 2 comma 6 bis, e averne avuto risposta negativa, afferma che una tale incompatibilità «si traduce nella considerazione che, ai fini dell'eliminazione dell'effetto discriminatorio da rimuovere, non è tanto significativa la condotta (meramente esecutiva della volontà di legge) osservata dall'INPS nel negare la prestazione economica dell'assegno per il nucleo familiare oggetto di ricorso, quanto la formulazione della disposizione italiana che disciplina la fattispecie concreta, per cui per dare piena esecuzione alla sentenza della CGUE in oggetto non è sufficiente limitarsi a respingere il ricorso per cassazione dell'INPS confermando la pronuncia di affermata disapplicazione adottata dalla Corte d'appello».

Si tratta di un'affermazione che richiama quella fatta dalla stessa Corte nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della questione relativa al cosiddetto bonus bebè (Cass. 16164/2019) secondo cui «il peculiare meccanismo di funzionamento della non applicazione [nella specie della disposizione contenuta nella L. n. 190 del 2014, art. 1, comma 125, ovviamente limitato all'inciso che richiede per cittadini extra comunitari anche il possesso di permesso di lungo soggiorno], non possa realizzare effetti analoghi a quelli derivanti dalla pronuncia di incostituzionalità per violazione degli artt. 3 e 31 Cost., e art. 117 Cost., comma 1, quest' ultimo in relazione agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE)».

Ora che disapplicazione e dichiarazione di incostituzionalità abbiano effetti diversi è fuori discussione, come pure è certo che la rimozione definitiva del conflitto tra norme che è proprio dell'esito del giudizio di incostituzionalità (almeno quando questa sia dichiarata) ha un effetto di certezza *erga omnes*, di certezza dei rapporti giuridici collegati in genere a quelle norme, che non appartiene alla disapplicazione e che è sicuramente positivo.

Se però questa fosse una ragione, per il giudice comune, per avviare l'incidente di costituzionalità, siccome questa differenza c'è sempre, perché è proprio connaturata ai due strumenti, il giudice nazionale non disapplicherebbe mai, il che escluderei che sia un'opzione praticabile, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

E infatti per la verità la Corte di Cassazione sia nell'ordinanza che ho sopra richiamato sul bonus bebè sia, con ulteriori argomentazioni, nelle due sugli assegni familiari sembra ritenere necessario il ricorso alla Corte Costituzionale, non tanto in termini di certezza dei rapporti giuridici, quanto identificando il giudizio di costituzionalità come il luogo in cui dovrebbe valutarsi la ragionevolezza della scelta di esclusione del legislatore nazionale.

Un argomento che, almeno a me, pare ancora più infondato, dal momento che quel sindacato è stato già compiuto dal diritto dell'Unione con l'affermazione, nelle due direttive, del principio paritario. Per cui se il legislatore, con un nuovo intervento per quanto ora interessa in materia di assegni familiari, potrebbe (o avrebbe potuto) rimuovere la discriminazione in modo diverso dall'estensione del trattamento di miglior favore a tutti (per esempio prevedendo anche per i cittadini italiani il limite della convivenza dei familiari), mi sfugge come potrebbe farlo, a legislazione invariata, la Corte Costituzionale.

Colpisce in ogni caso che la Corte di Cassazione sottoponga al vaglio di costituzionalità le norme interne (nel caso dell'ANF come del bonus bebè), non in funzione ampliativa dei diritti rispetto a quelli riconosciuti dal diritto dell'Unione, ma al contrario assumendo che l'ambito di quei diritti riconosciuto dalla nostra Carta possa essere legittimamente più ristretto, il che, come ho già fatto cenno sopra, mi sembra singolare rispetto ai temi sui quali si è mosso il dibattito sui controlimiti.

E' un fatto però che la certezza dei rapporti giuridici che segue alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma possa avere un effetto positivo anche in un'ottica diversa da quella della Corte, in un'ottica di ampliamento dei diritti tutelati dal principio paritario. Ed è un effetto anche più importante in rapporti giuridici come questi di cui stiamo parlando, i diritti degli assicurati, degli assistiti in confronto di enti previdenziali, diritti che devono essere esercitati necessariamente attraverso un iter amministrativo uguale per tutti, per cui è chiaro che la dichiarazione di incostituzionalità, per quel che ci interessa, delle norme sul bonus bebè o sull'assegno per il nucleo familiare imporrebbe da subito all'INPS di riconoscere il beneficio a tutti gli stranieri aventi i requisiti a parità di condizioni con i cittadini, cosa che la disapplicazione in sé non potrebbe fare.

Però, a parte l'obiezione di principio cui accennavo prima, circa lo spazio che allora residuerebbe per la disapplicazione, bisogna anche intendersi su quel "fin da subito".

E a questo proposito vorrei ritornare a quel giudice di cui parlavamo prima, quel giudice con migliaia di cause sul ruolo, quel giudice per cui l'incidente di costituzionalità è un'evenienza rara e anche spiazzante rispetto all'organizzazione del suo ruolo, ai tempi dei giudizi che amministra, perché per quel giudice la disapplicazione è uno strumento di tutela dei diritti molto più accessibile. Non perché sia meno faticoso sul piano dell'onere di motivazione, ma perché, innanzi tutto, consente di definirli i giudizi nei loro tempi ordinari e il tempo è oggi nel processo il bene più prezioso.

Per questo la ben maggiore "praticabilità", per il giudice comune, della disapplicazione rispetto all'incidente di costituzionalità costituisce un elemento da non trascurare guardando all'effettività dei diritti delle persone.

E anche i rischi dello strumento che certamente ci sono (in termini di prevedibilità delle decisioni, di affidamento degli attori negoziali sull'autorità della legge) mi sembra si siano rivelati, almeno nella materia che conosco, il diritto del lavoro e della previdenza, molto più teorici che pratici.

Nelle controversie in cui si pone la questione della disapplicazione in questa materia infatti è quasi sempre parte un soggetto pubblico, più spesso l'ente previdenziale, che sarebbe, anzi si dovrebbe dire è, tenuto esso stesso a dare esatta applicazione al diritto dell'Unione (anche, per dire, sollecitando l'adozione di norme correttive o abrogative di quelle contrastanti con il diritto eurounitario) e l'esigenza di certezza può essere assicurata dalla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, del cui accresciuto rilievo, sul piano sia normativo che culturale, della formazione dei giudici, ho detto prima.

E nei fatti a me pare che i giudici di merito abbiano usato dello strumento con grande parsimonia (anche le due vicende di cui parliamo mi sembra lo testimonino), assicurando al tempo stesso una tutela ragionevolmente immediata ai diritti delle persone.

Certo la disapplicazione è uno strumento di tutela minima che presuppone un uguale impegno di tutte le altre istituzioni nell'attuazione del diritto dell'Unione (gli enti previdenziali, ma ben prima il governo e il Parlamento, cui spetta in primo luogo di rimuovere il contrasto con la fonte superprimaria), ma è uno strumento, non solo dovuto, ma, almeno a me pare, straordinariamente efficace di tutela dei diritti.

Per questo ho letto con grande preoccupazione, per quello che vale il mio giudizio, le due ordinanze sull'assegno per il nucleo familiare, perché ridisegnano completamente il ruolo della disapplicazione, rendendolo praticamente irrilevante, il che non sarebbe una buona notizia, non solo per i rapporti tra gli ordinamenti, ma molto in concreto per i diritti di tante persone, diritti legati ai loro bisogni essenziali. Quei bisogni che sono, mi sembra, al centro anche del sistema di valori della nostra Carta Costituzionale, per cui forse non è questo il terreno su cui agire un conflitto, tanto meno un conflitto di classe, tra ordinamenti.