



Tribunale di Tortona

Il Giudice

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 24.4.2013;
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

ex art. 702 ter cpc

nella causa iscritta al n. R.G.L. 36/2013, avente ad oggetto "Altre ipotesi", promossa
da

MOHAMED MOHAMED ISMAIL EL FAKY GALAL con gli Avv.ti Livio Neri e
Alberto Guarisio;

- **ricorrente** -

contro

INPS con l'Avv. Tommaso Parisi;

- **convenuto** -

e contro

COMUNE DI SALE, con l'Avv. Ernesto Nobile;

- **convenuto** -

Ritenuto in fatto

- che Mohamed Mohamed Ismail El Faky Galal esercita l'azione contro la discriminazione, prevista dall'art. 44, D. Lgs. 286/1998;
- che, a fondamento dell'istanza, il ricorrente evidenzia di essere cittadino extracomunitario, di essere titolare di permesso di soggiorno, di avere tre figli minori facenti parte del nucleo familiare e di essere in possesso di requisiti reddituali inferiori ai valori ISEE;
- che, nella sussistenza di detti presupposti, il ricorrente assume di aver diritto alla percezione della prestazione sociale introdotta dall'art. 65, L. 448/1998, denominata "assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori", concessa dai Comuni e liquidata dall'INPS: chiede, quindi, la dichiarazione di illegittimità del diniego opposto dai convenuti Comune di Sale e INPS alla concessione dell'assegno, motivato sullo *status* dell'istante, di extracomunitario di lungo soggiorno anziché di cittadino residente;
- che resistono l'INPS e il Comune di Sale con memorie di costituzione;

Considerato in diritto

- che, preliminarmente, il ricorso è procedibile;
- che, al riguardo, non va ritenuta l'improcedibilità del giudizio, per non aver il ricorrente esperito ed esaurito il procedimento amministrativo volto al conseguimento dell'assegno richiesto;
- che, in realtà, detto assegno si caratterizza per essere *concesso* dal Comune e per essere *erogato* dall'INPS;

- che, quindi, il riconoscimento del diritto all'assegno consegue ad un atto amministrativo di natura accertativa del Comune;
- che, invece, l'INPS è l'ente erogatore, ossia il mandatario *ex lege* al pagamento;
- che, nella specie, non solo il contraddittorio è stato dunque ritualmente instaurato sia con il Comune di Sale che con l'INPS, ma la domanda amministrativa, volta a conseguire la provvidenza, è stata correttamente presentata al Comune, secondo quanto previsto dalla formulazione letterale dell'art. 65, L. 448/1998, cit.;
- che, peraltro, a detta domanda è bensì applicabile l'art. 7, L. 533/1973, avente carattere di norma generale (Cass. 7438/1986; Cass. 26883/2008): il quale, quindi, è riferibile anche alle decisioni assunte dal Comune *ex art. 65, L. 448*;
- che alla domanda amministrativa rivolta al Comune per il conseguimento dell'assegno non è però applicabile l'art. 46, L. 88/1989, il quale pone nella competenza del comitato provinciale INPS - con ricorso gerarchico *proprio* - le decisioni sui ricorsi avverso "i [soli] provvedimenti dell'Istituto";
- che non è neppure configurabile per via meramente interpretativa un ricorso gerarchico *improprio* in capo al comitato provinciale INPS, a fronte di deliberazioni di spettanza comunale *ex art. 65, cit.*;
- che, ai fini della procedibilità del ricorso *ex art. 443 cpc*, è quindi sufficiente la presentazione della domanda amministrativa *ex art. 65, L. 448/1998*, all'ente *concedente* - il Comune -, con decorso del termine di 120 giorni di cui all'art. 7, L. 533/1973, cit.;
- che, nella specie, la domanda amministrativa è stata presentata in data 12.10.2012 (doc. 9, fasc. ricorrente);
- che sono quindi scaduti i 120 giorni successivi *ex art. 7, L. 533/1973, cit.*;
- che, nel merito, il ricorso è fondato;
- che non sono convincenti le argomentazioni svolte dall'INPS per sostenerne l'inammissibilità o l'infondatezza;
- che, in primo luogo, non si condivide la tesi della carenza del presupposto legittimante il procedimento di cui all'art. 44, D. Lgs. 286/1998, costituito dalla sussistenza di un "comportamento", il quale sia anche "discriminatorio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi";
- che, infatti, è evidente come l'asserita discriminazione derivi dall'aver l'INPS resistito all'erogazione della provvidenza, e ciò solo ed esclusivamente sulla base dello *status* di extracomunitario di lungo soggiorno e non di cittadino residente di chi ora ricorre in giudizio;
- che, in effetti, nella nozione di *comportamento discriminatorio* vanno incluse anche le condotte omissive;
- che, in senso ostativo alla presenza di un'omissione, non rileva neppure nella specie la natura amministrativa del procedimento avviato dinanzi al Comune con la presentazione dell'istanza;
- che, in realtà, il diritto alle prestazioni essenziali a tutela del nucleo familiare è incompressibile e giammai può affievolirsi a mero interesse legittimo;
- che quella di cui all'art. 44, D. Lgs. 286/1998, non a caso è un'ipotesi di giurisdizione "piena" del Giudice Ordinario a tutela di diritti assoluti;
- che anche un atto amministrativo il quale non riconoscesse la provvidenza spettante andrebbe dunque inteso bensì come diniego di concessione, ma in quanto tale nullo (perché emesso in carenza di potere, per l'assenza dei presupposti legittimanti il diniego);

- che, anzi, esso dovrebbe reputarsi meramente ricognitivo del corrispondente diritto;
- che per la *nullità* del provvedimento di diniego e per la *natura meramente ricognitiva* dell'atto amministrativo, rilevarebbe quindi solo il *comportamento omissivo* assunto dall'Amministrazione: ciò che rientra a pieno titolo nell'area della tutela di cui all'art. 44, D. Lgs. 286/1998;
- che, in base alle allegazioni del ricorrente, proprio questo è anche il caso di specie;
- che, nonostante il contrario avviso dell'INPS, in questo caso non rileva neppure l'assenza in capo all'Amministrazione concedente di un dolo o di una colpa nel negare l'assegno;
- che, invero, la discriminazione ai fini della tutela di cui all'art. 44, D. Lgs. 286/1998, va valutata oggettivamente, mentre il dolo e la colpa dell'apparato pubblico rilevano solo ai fini del riconoscimento di eventuali richieste di risarcimento del danno (art. 2043 cc; Cons. St. 5500/2004);
- che, da questo punto di vista, contrariamente a quanto argomentato dall'INPS, l'esistenza di una circolare o di altro documento interpretativo, il quale illegittimamente prospetti una esegesi volta a negare l'assegno di cui all'art. 65, L. 448/1998, può quindi se del caso escludere la colpa dell'INPS o del Comune competente ai fini risarcitori, ma non certo l'esistenza della discriminazione nel senso di cui all'art. 44, D. Lgs. 286/1998;
- che, del resto, non si condivide neppure l'ulteriore obiezione, mossa dall'Istituto convenuto, secondo il quale nessuna delle pubbliche amministrazioni evocate in giudizio è dotata, in relazione alla prestazione richiesta, di potere normativo: ciò è detto sull'assunto che la norma di cui all'art. 65, L. 448/1998, non possa essere applicata ai cittadini extracomunitari per la sua formulazione letterale e sul presupposto che, a fronte di questo dato, l'Amministrazione non possa certo sottrarsi all'applicazione della legge;
- che, in realtà, il ricorrente solleva in questo caso un problema di disapplicazione della disposizione legislativa per contrasto con la Carta di Nizza e con la direttiva 2003/109/CE, art. 11, e, in subordine, di legittimità costituzionale;
- che non è dunque questione di soggezione degli apparati pubblici alla legge;
- che, infatti, come non si dubita - ad esempio - dell'impugnabilità di un atto amministrativo, pur conforme a legge, ove si supponga l'illegittimità della legge per contrasto con la Costituzione, così - del pari e ai fini di cui all'art. 44, D. Lgs. 286/1998 - il comportamento dell'Amministrazione ben può essere conforme a legge ma comunque illegittimo, ove si supponga l'incostituzionalità della legge o, come nella specie, la sua disapplicabilità per contrasto con il diritto comunitario;
- che, semmai, il rispetto della legge (pur illegittima) potrà ancora una volta valere per escludere la colpa dell'apparato amministrativo, ai fini di cui all'art. 2043 cc, ma non certo per elidere la discriminazione ai fini di cui all'art. 44, D. Lgs. 286/1998;
- che, in definitiva, per tutte le ragioni finora svolte, il ricorso è procedibile, essendo stata esperita l'azione tipicamente prevista per la rimozione degli effetti di una discriminazione in atto (art. 28, D. Lgs. 150/2011);
- che, in secondo luogo, sotto il profilo della legittimazione passiva, sono stati correttamente evocati in giudizio sia il Comune di Sale che l'INPS, nelle rispettive qualità di ente *concedente* ed *erogatore* dell'assegno di cui all'art. 65, L. 448/1998;
- che, contrariamente a quanto sostenuto dall'INPS, l'accoglimento della domanda non implicherebbe affatto la condanna dell'INPS ad un comportamento ipotetico,

- quale l'erogazione dell'assegno, subordinata - in tesi - alla concessione da parte del Comune;
- che, in realtà, non a caso questa è un'ipotesi di giurisdizione "piena" del Giudice ordinario;
 - che, infatti, nel non casuale contraddittorio anche con il Comune competente alla concessione dell'assegno, l'organo giudicante valuta in questa sede tutti i requisiti per l'erogazione della provvidenza, in ciò sostituendosi all'Amministrazione;
 - che, in effetti, in questo caso il ricorrente ha provato di essere titolare di tutti i requisiti per beneficiare dell'assegno;
 - che l'unica ragione dell'esclusione del beneficio risiede dunque nell'essere il ricorrente un cittadino extracomunitario, ancorché soggiornante di lungo periodo;
 - che è pur vero che, ai sensi dell'art. 65, L. 448/1998, l'assegno per i nuclei familiari con almeno tre figli minori è riconosciuto letteralmente ai «cittadini italiani residenti, con tre o più figli tutti con età inferiore ai 18 anni»;
 - che, nondimeno, secondo l'art. 11, comma 1, della direttiva 2003/109/CE, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, «Il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento del cittadino nazionale per quanto riguarda [...] le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione sociale»;
 - che, certo, secondo l'art. 11 comma 4, direttiva cit., «Gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali»;
 - che anche l'art. 7, D. Lgs. 3/2007, di recepimento di detta direttiva, ha sostituito l'art. 9, D. Lgs. 286/1998, stabilendo, al co. 12, lett. c), che il lungosoggiornante può «[...] usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale [...], salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale»;
 - che, tuttavia, lo Stato Italiano non si è avvalso di tale facoltà di deroga;
 - che, difatti, essa non può ravvisarsi nella stessa formulazione letterale dell'art. 65, L. 448/1998, nella misura in cui tale norma continua a riferirsi ai soli cittadini residenti;
 - che, al contrario, per avvalersi della facoltà di cui alla direttiva (ex art. 11 co. 4, direttiva cit.; nonché ex art. 9, D. Lgs., cit., ove si dice "salvo che sia diversamente disposto"), lo Stato avrebbe dovuto operare una scelta espressa, come tale successiva e non antecedente all'emanazione della direttiva e al suo recepimento;
 - che in senso conforme, del resto, si esprime in caso del tutto comparabile Corte di Giustizia, 24.4.2012, C-571/10, Kamberaj;
 - che l'equiparazione tra cittadini residenti e extracomunitari soggiornanti di lungo periodo per i fini che ne occupano risiede quindi nello stesso art. 9, D. Lgs. 286/1998, interpretato in modo conforme alla Carta di Nizza, art. 34 (la quale ha lo stesso valore giuridico dei trattati ex art. 6 TUE), e alla direttiva 2003/109/CE, onde assicurarne il c.d. effetto utile;
 - che la domanda del ricorrente va pertanto accolta nei confronti dell'INPS, nella misura indicata in ricorso, sussistendone i requisiti (doc.ti 6-8, fasc. ricorrente);
 - che, invece, va dichiarata cessata la materia del contendere nei confronti del Comune di Sale, con compensazione delle spese, essendosi l'ente locale rimesso sul riconoscimento dell'assegno richiesto e avendo tenuto una condotta non ostantiva nel corso dell'istruttoria del procedimento amministrativo;

- che, anche per il futuro, va ordinato all'INPS di non negare il pagamento dell'assegno di cui all'art. 65, L. 448/1998, nella persistenza degli altri presupposti, solo sulla base dello *status* dell'istante, di extracomunitario di lungo soggiorno anziché di cittadino residente;
- che, nei rapporti tra il ricorrente e l'INPS, le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, con distrazione a favore dei procuratori antistatari;

**P.Q.M.
dichiara**

cessata la materia del contendere nei rapporti tra il ricorrente e il Comune di Sale;

dichiara

il carattere discriminatorio della condotta tenuta dall'INPS, consistita nell'aver negato al ricorrente, in quanto cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante, il pagamento dell'assegno di cui all'art. 65, L. 448/1998;

ordina

all'INPS, nella qualità di mandatario *ex lege* del Comune di Sale, di far cessare la condotta discriminatoria indicata;

condanna

l'INPS ad erogare l'assegno di cui all'art. 65, L. 448/1998 a decorrere dal 1.9.2012 (€ 135,43 mensili per l'anno 2012), oltre interessi legali dalla maturazione del diritto al saldo;

ordina

all'INPS, anche per il futuro, di non negare il pagamento dell'assegno di cui all'art. 65, L. 448/1998, nella persistenza degli altri presupposti, solo sulla base dello *status* dell'istante, di extracomunitario di lungo soggiorno anziché di cittadino residente;

compensa

integralmente le spese di lite nei rapporti tra il ricorrente e il Comune di Sale;

condanna

l'INPS a rifondere al ricorrente le spese di lite, che liquida in € 2.500,00 per compenso professionale, oltre CPA al 4% e IVA come per legge, con distrazione a favore dei procuratori antistatari.

Si comunichi.

Tortona, 3.5.2013.

IL GIUDICE
Dr. Fulvio Polidori
