



# Tribunale di Tortona

Il Giudice

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 17.9.2012;  
ha pronunciato la seguente

## ORDINANZA

*ex art. 702 ter cpc*

nella causa iscritta al n. R.G.L. 51/2012, avente ad oggetto "Altre ipotesi", promossa  
da

**SERRANO VERA EDISON RAFAEL** con l'Avv. Alberto Guarisio e l'avogadro Chiara  
Calderoni;

- ricorrente -

contro

**INPS** con l'Avv. Tommaso Parisi;

- convenuto -

e contro

**COMUNE DI TORTONA**;

- convenuto contumace -

### *Ritenuto in fatto*

- che Serrano Vera Edison Rafael 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 dipendente della Cooperativa Lavoratori Ortomercato;
- 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 Tortona e INPS alla concessione dell'assegno, motivato sullo *status* dell'istante, di extracomunitario di lungo soggiorno anziché di cittadino residente;
- che resiste l'INPS con memoria di costituzione, ribadendo le ragioni di detto diniego;

### *Considerato in diritto*

- che, preliminarmente, contrariamente a quanto argomentato dalla difesa dell'INPS, il ricorso è procedibile;
- che, al riguardo, non si condivide l'opposta tesi dell'improcedibilità dell'azione, motivata sull'asserita carenza del presupposto legittimante il procedimento, costituito dalla sussistenza di un "*comportamento*", il quale sia anche "*discriminatorio per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*";

- che, infatti, risulta agli atti la presentazione da parte del ricorrente di due istanze per l'ottenimento dell'assegno ex art. 65, L. 448/1998 con riferimento agli anni 2010 e 2011 (doc. 8, fasc. ricorrente);
- che è evidente come l'asserita discriminazione derivi dal non essere stata riconosciuta la provvidenza, nonostante la presentazione delle due istanze: 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 delle due istanze;
- che, in realtà, il diritto alle prestazioni essenziali a tutela del nucleo familiare è incomprimibile 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 o 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, poi, nonostante il contrario avviso dell'INPS (memoria, pag. 4), 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), peraltro qui nemmeno avanzate;
- che, da questo punto di vista, contrariamente a quanto argomentato dall'INPS (memoria, pagg. 5 e 6), 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, nel merito, il ricorso è fondato;
- che, infatti, già sotto il profilo della legittimazione passiva, sono stati correttamente evocati in giudizio sia il Comune di Tortona che l'INPS, nelle rispettive qualità di ente concedente ed erogatore dell'assegno di cui all'art. 65, L. 448/1998;
- che, soprattutto, 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, cit., 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*, opportunamente citata dal ricorrente;
- 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, nella misura indicata in udienza;
  - che le spese di lite vengono regolate secondo soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, con distrazione a favore dei procuratori antistatari;

**P.Q.M.**  
**dichiara**

il carattere discriminatorio della condotta tenuta dal Comune di Tortona e dall'INPS, consistita nell'aver negato al ricorrente, in quanto cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante, l'assegno di cui all'art. 65, L. 448/1998, con riferimento agli anni 2010, 2011 e per otto mensilità del 2012;

**ordina**

a detti enti, ciascuno nelle rispettive qualità e competenze, di far cessare la condotta discriminatoria indicata;

**condanna**

il Comune di Tortona a riconoscere e l'INPS ad erogare la complessiva somma di € 4.575,30 a titolo di assegno ex art. 65, L. 448/1998, oltre interessi legali dalla maturazione del diritto al saldo;

**condanna**

il Comune di Tortona e l'INPS, in solido tra loro, a rifondere al ricorrente le spese di lite, che liquida in € 3.000,00 per compenso professionale, oltre rimborso forfettario al 12,5%, CPA al 4% e IVA come per legge, con distrazione a favore dei procuratori antistatari.

Si comunichi.

Tortona, 21.9.2012.

IL GIUDICE

Dr. Fulvio Polidori

*F. Polidori*

IL FUNZIONARIO  
*[Firma illeggibile]*

Depositato in Cancelleria *cod.*

22 SET. 2012

IL CANCELLIERE

*[Firma illeggibile]*