

# TI\_GERICHTE 39.2010.8 vom 10. Februar 2011

TI Tribunale d'appello, 2011-02-10, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_39.2010.8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_39.2010.8)

FR: TI\_GERICHTE 39.2010.8 du 10 février 2011

IT: TI\_GERICHTE 39.2010.8 del 10 febbraio 2011

## Regeste

A torto erogato assegno di form.per figlio all'uni all'estero solo per il 1°anno,negandolo poi,poiché risiede in un Paese con cui CH non ha concluso una conv.di secur.soc.Direttiva DAFam marg.301 contraria ad art.4cpv.3LAFam e 7 OAFam.Rinvio atti:verificare se il figlio ha mantenuto o no domic.in CH

## Erwägungen

### E. 1

; b. i figliastri; c. gli affiliati; d. i fratelli, le sorelle e gli abiatici dell'avente diritto se questi provvede prevalentemente al loro mantenimento.

### E. 2

Il Consiglio federale disciplina i dettagli.

### E. 3

Per i figli residenti all'estero, il Consiglio federale disciplina le condizioni del diritto agli assegni. L'importo degli assegni dipende dal potere d'acquisto nello Stato di domicilio." L'Ordinanza sugli assegni familiari (OAFam) agli art. 7 e 8 stabilisce che: " Art. 7 Figli residenti all'estero; condizioni del diritto (art. 4 cpv. 3 LAFam) 1 Per i figli residenti all'estero, gli assegni familiari sono versati unicamente nella misura in cui lo prescrivono accordi internazionali e a condizione che: a. il diritto ad un assegno familiare non sussista anche all'estero; b. il diritto in Svizzera derivi da un'attività lucrativa; c. l'assegno familiare sia destinato ad un figlio nei confronti del quale sussiste un rapporto di filiazione ai sensi del Codice civile 1 (art. 4 cpv. 1 lett. a LAFam); e d. il figlio non abbia ancora compiuto il 16° anno d'età. 2 Per i salariati assicurati obbligatoriamente all'AVS conformemente all'articolo 1a capoverso 1 lettera c o capoverso 3 lettera a LAVS 2 o in virtù di un accordo internazionale, il diritto agli assegni familiari per figli residenti all'estero sussiste anche in assenza di obblighi internazionali, sempre che siano adempiute le condizioni di cui al capoverso 1 lettere a e c. Art.

### E. 3.3

Ni la loi ni la jurisprudence ne définissent ce qu'il faut entendre par séjour prolongé en Amérique du Sud au sens de l'art.

### E. 8

Figli residenti all'estero; adeguamento degli assegni familiari al potere d'acquisto (art. 4 cpv. 3 e 5 cpv. 3 LAFam) 1 Per l'adeguamento degli assegni familiari al potere d'acquisto si applicano i tassi seguenti: a. se il potere d'acquisto nello Stato di domicilio del figlio corrisponde ad oltre due terzi del potere d'acquisto in Svizzera, è versato il 100 per cento

dell'importo minimo legale; b. se il potere d'acquisto nello Stato di domicilio del figlio corrisponde ad oltre un terzo, ma al massimo a due terzi del potere d'acquisto in Svizzera, sono versati due terzi dell'importo minimo legale; c. se il potere d'acquisto nello Stato di domicilio del figlio corrisponde al massimo ad un terzo del potere d'acquisto in Svizzera, è versato un terzo dell'importo minimo legale. 2 La classificazione degli Stati di domicilio è adeguata alla stessa data in cui sono adeguati gli importi minimi degli assegni familiari. 3 La classificazione di uno Stato in una delle categorie di cui al capoverso 1 è effettuata sulla base dei dati pubblicati dalla Banca mondiale di Washington (Purchasing Power Parities). I dati determinanti sono quelli disponibili tre mesi prima dell'entrata in vigore della LAFam o dell'adeguamento degli importi minimi secondo l'articolo 5 capoverso 3 LAFam. L'Ufficio federale delle assicurazioni sociali pubblica nelle direttive un elenco dei Paesi e la rispettiva classificazione." In una sentenza 8C\_133/2010 del 31 agosto 2010 pubblicata in DTF 136 I 297 il Tribunale federale ha stabilito che l'art. 7 cpv. 1 OAFam secondo cui non sono versati assegni familiari per i figli residenti in uno Stato con il quale la Svizzera non ha concluso, su questo punto, una convenzione in materia di sicurezza sociale, non eccede il quadro di quanto disposto all'art. 4 cpv. 3 LAFam (consid. 4), né viola l'art. 8 cpv. 1 e 2 Cost. (consid. 6 e 7) e neppure l'art. 3 cpv. 1 e l'art. 26 CDF (consid. 8). Al riguardo l'Alta Corte ha in particolare rilevato: " 4.3 Nach dem Gesagten sprechen im Rahmen der Auslegung der Norm der Wortlaut sowie die Systematik für die Zulässigkeit von Art. 7 Abs. 1 FamZV, der Zweck der Bestimmung spricht eher dagegen und den Materialien lässt sich nichts entnehmen, was die Beschränkung auf Staaten mit Sozialversicherungsabkommen unzulässig erscheinen lassen würde. Insgesamt erweist sich Art. 4 Abs. 3 FamZG als hinreichende gesetzliche Grundlage für Art. 7 Abs. 1 FamZV. 5. Öffentliches Recht gilt grundsätzlich nur in dem Staate, der es erlässt. Es untersteht somit dem Territorialprinzip. Ausserhalb seiner Grenzen kann es im Sinne von Ausnahmen gelten, z.B. wo dies durch Staatsvertrag vereinbart ist oder kraft Zulassung durch das ausländische Recht oder durch Völkergewohnheitsrecht. Diese Überlegungen treffen auch auf das Sozialversicherungsrecht zu ( BGE 112 V 397 E. 1b S. 398; Maurer, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. I, S. 202). Die Schweiz hat am 3. September 2009 mit der Republik Indien ein Abkommen über die Sozialversicherungen abgeschlossen (BB1 2009 7641), welches noch der Zustimmung durch das Parlament bedarf. Es ist somit noch nicht in Kraft und gelangt im hier zu beurteilenden Fall auch deswegen nicht zur Anwendung, weil die Bestimmungen des FamZG davon ohnehin nicht erfasst werden sollen (Art. 2 des Abkommens). Im Weiteren ist nicht ersichtlich, welches ausländische oder Völkergewohnheitsrecht nebst dem schweizerischen Recht zu berücksichtigen wäre (vgl. auch E. 8). Somit ist es in Anwendung des Territorialitätsprinzips zulässig, im nationalen Recht den Export von Leistungen ins Ausland auszuschliessen. Für die weitere Beurteilung der Sache ist demnach allein schweizerisches Recht massgebend." (DTF 136 I 303-304) Alla luce di questa sentenza federale (sul tema cfr. U. Kieser / M. Reichmuth "Bundesgesetz über die Familienzulagen" Ed. Dike Verlag AG; Zurigo – San Gallo 2010 pag. 121), occorre concludere se realmente suo figlio risiedesse all'estero, RI 1 non avrebbe diritto agli assegni di formazione, visto che la Svizzera non è vincolata con gli \_\_\_\_\_ mediante un accordo internazionale relativo alla sicurezza sociale (cfr. UFAS, "Direttive concernenti la Legge federale sugli assegni familiari (DAFam), versione del 1° aprile 2010 Allegato 1 "Tabella riassuntiva sull'esportazione degli assegni familiari secondo la LAFam e la LAF per i salariati con figli all'estero", pag. 70 e pag. 29-31). Tale soluzione, non viola il principio dell'uguaglianza di trattamento (art. 8 Cost. fed.). Al riguardo il Tribunale

federale si è così espresso: " 6.1 Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung ( Art. 8 Abs. 1 BV ) ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich auf Grund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltung, den das Bundesgericht nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälert ( BGE 134 I 23 E. 9.1 S. 42 mit Hinweisen). 6.2 Das Bundesgericht hat in einem Fall, in welchem eine restriktive Norm bezüglich der Ausrichtung von Familienzulagen für Kinder mit ausländischem Wohnsitz nach kantonalem Recht strittig war, entschieden, aus dem Gebot der Rechtsgleichheit lasse sich nicht ableiten, dass staatsvertraglich begründete Sonderstellungen auf andere Staaten bzw. auf Angehörige anderer Staaten bei entsprechenden objektiven Bedingungen ausgedehnt werden müssten (Urteil 2P.220/2004 vom 15. September 2004 E. 2.4). Dies hat auch für den hier zu beurteilenden Fall seine Geltung. Die unterschiedliche Beurteilung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, deren Kinder in einem Staat Wohnsitz haben, mit welchem die Schweiz kein Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat, gegenüber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, deren Kinder in der Schweiz oder in einem Staat mit einem Sozialversicherungsabkommen mit der Schweiz Wohnsitz haben, beruht auf einem sachlichen Grund. Denn infolge des Sozialversicherungsabkommens besteht bei Letzteren eine besondere, nähere Beziehung zur Schweiz (vgl. dazu E. 7.3 zum Begriff des Staatsvertrags). Anders zu entscheiden würde auch bedeuten, dass bei Abschluss eines Staatsvertrags zwischen der Schweiz und einem anderen Staat Personen, die lediglich Bezug zur Schweiz und einem Drittstaat haben, gestützt auf eine unzulässige Differenzierung nach Art. 8 Abs. 1 BV die im Staatsvertrag gewährten Vergünstigungen ebenfalls beanspruchen könnten; diese Drittwirkung würde die Tragweite eines Staatsvertrags, welcher nur die Vertragsparteien bindet (vgl. ANDREAS R. ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 2006, Rz. 230), offensichtlich sprengen." (DTF 136 I 304) Resta da stabilire se, come sostiene la Cassa, \_\_\_\_\_ deve essere considerato domiciliato all'estero (cfr. art. 4 cpv. 3 LAFam; testo tedesco: " Für im Ausland wohnhafte Kinder regelt der Bundesrat die Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienzulagen. Deren Höhe richtet sich nach der Kaufkraft im Wohnsitzstaat." ; testo francese: " Pour les enfants vivant à l'étranger, le Conseil fédéral détermine les conditions d'octroi des allocations. Le montant des allocations est établi en fonction du pouvoir d'achat du pays de résidence." ; DTF 136 I 299) a partire dal secondo anno di studio. 2.2. Le direttive dell'UFAS, già citate, sulla quale si è fondata l'amministrazione, al marginale 301 prevedono che: " Le disposizioni restrittive sull'esportazione degli assegni familiari si applicano anche ai cittadini svizzeri. La cittadinanza dei figli è irrilevante. Le disposizioni concernono unicamente i figli residenti all'estero. Generalmente i figli che soggiornano temporaneamente all'estero, ad esempio per un anno di studio, mantengono il domicilio in Svizzera, in quanto si presume che alla fine del soggiorno essi ritorneranno in Svizzera per continuarvi la formazione o svolgervi un'attività lucrativa. Durante questo periodo essi continuano a dare diritto ad assegni familiari. Per contro, per i figli che seguono all'estero

una formazione (ad es. Scolastica o superiore) di durata superiore a un anno (ad es. studi completi) non si ha più diritto agli assegni familiari a partire dall'inizio del secondo anno di studio." Le direttive amministrative non costituiscono norme giuridiche e non sono vincolanti per il giudice delle assicurazioni sociali (cfr. sentenza del TFA C 124/06 del 25 gennaio 2007). Quest'ultimo deve tenerne conto per prendere la sua decisione nella misura in cui queste ultime permettono un'interpretazione delle disposizioni legali applicabili giustificata nel caso di specie (cfr. DTF 132 V125 consid.4.4; DTF 132 V 203 consid. 5.1.2; DTF 131 V 286 consid. 5.1.; DTF 131 V 45 consid. 2.3; DTF 130 V 229 consid. 2.1.; DTF 127 V 57 consid. 3a; STFA I 102/00 del 22 agosto 2000; DTF 125 V 377, consid. 1c, pag. 379 e riferimenti; SVR 1997 ALV Nr. 83 consid. 3d, pag. 252, ALV Nr. 86 consid. 2c, pag. 262, ALV Nr. 88 consid. 3c, pag. 267-268 = DLA 1998 N. 24, consid. 3c, pag. 127 e ALV Nr. 98 consid. 4a, pag. 300). Il giudice deve, invece, scostarsene quando esse sono incompatibili con i disposti legali in esame (cfr. DTF 130 V 229 consid. 2.1.; STFA H 183/00 dell'8 maggio 2001; DTF 126 V 68 consid. 4b; DTF 125 V 379 consid. 1c e sentenze ivi citate; SVR 1997 ALV Nr. 86, consid. 2c, pag. 262, SVR 1997 ALV Nr. 88, consid. 3c, pag. 267-268 = DLA 1998 N. 24, consid. 3c, pag. 127, SVR 1997 ALV Nr. 98, consid. 4a, pag. 300; DTF 120 V 163 consid. 4b, DTF 119 V 65 consid. 5a; RCC 1992 pag. 514, RCC 1992 pag. 220 consid. 16; DLA 1992 N. 5, consid. 3b, pag. 91; DTF 117 V 284 consid. 4c, DTF 116 V 19 consid. 3c, DTF 114 V 16 consid. 1, DTF 112 V 233 consid. 2a, DTF 110 V 267 consid. 1a, DTF 109 V 4 consid. 3a; vedi inoltre Bois, "Procédures applicables aux requérants d'asile" in RSJ 1988 pag. 77ss; Duc-Greber: "La portée de l'art. 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale" in RDS 1992 II pag. 527; Cattaneo, "Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage", Ed. Helbing & Lichtenhahn, Basilea e Francoforte sul Meno 1992, pag. 296-297). Secondo la giurisprudenza, infatti, tramite le direttive non possono essere introdotte limitazioni ad una pretesa materiale che vadano al di là di quanto previsto da leggi e ordinanze (DTF 118 V 32, DTF 109 V 169 consid. 3b). In una sentenza 2C\_105/2009 del 18 settembre 2009, l'Alta Corte, a proposito delle direttive, ha ricordato che: " Simili atti servono a favorire un'applicazione uniforme del diritto e a garantire la parità di trattamento. Essi non hanno forza di legge e non fondano quindi diritti ed obblighi dei cittadini né vincolano gli amministratori, i tribunali o la stessa amministrazione. Ciò non significa tuttavia che siano irrilevanti per le istanze di ricorso. Queste ultime verificano in effetti se le direttive riflettono il senso reale del testo di legge e ne tengono conto nella misura in cui propongono un'interpretazione corretta ed adeguata al caso specifico. Più specificatamente, tali autorità non si scostano senza motivi importanti da un'ordinanza amministrativa, se la stessa concretizza in modo convincente i presupposti di legge e di regolamento a cui è subordinato l'ottenimento di una determinata prestazione ( DTF 133 II 305 consid. 8.1; 133 V 394 consid. 3.3; 130 V 163 consid. 4.3.1; 128 I 167 consid. 4.3)." 2.3. La direttiva dell'UFAS esposta al considerando precedente è stata commentata criticamente da U. Kieser / M. Reichmuth, "op.cit", pag. 113-114, i quali al riguardo rilevano: " - Bei einem bloss vor ü bergewandenen Auslandsaufenthalt , namentlich im Sinne eines Sprachaufenthalts oder «Studienjahres», fehlt es an der «Absicht des dauernden Verbleibens» im Ausland, welche in Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG für die Annahme eines Wohnsitzes vorausgesetzt ist; ob in solchen Fällen das IPRG überhaupt Anwendung findet (N 57), kann offen bleiben, weil Art. 23 Abs. 1 ZGB ebenfalls einen Aufenthalt in der Absicht dauernden Verbleibens verlangt (vgl. BGE 120 111 8 E. 2a). In Obereinstimmung mit der Praxis in anderen Bereichen (namentlich im Steuerrecht) ist die zeitliche Obergrenze solcher

Auslandaufenthalte auf ein Jahr festzusetzen (ähnlich Rz. 301 FamZWL; vgl. RKR 1999, 66 f. und 79 [TG]). - Bei einem mehrjährigen Studium im Ausland wurde eine Wohnsitz-Begründung in der Rechtsprechung zum kantonalen Recht teilweise bejaht (so SVR 1997 KZ Nr. 20 [SZ] sowie RKR 1999, 67, und RKR 2000/01, 52 [TG]), teilweise verneint (so RKR 2000/01, 53 [GE], mit missverständlicher deutscher Übersetzung). Nach Auffassung des BSV besteht in diesen Fällen ab Beginn des zweiten Jahres kein Zulagenanspruch mehr (Rz. 301 FamZWL - konsequenterweise müsste man aber die Wohnsitzverlegung und den allfälligen Wegfall des Zulagenanspruchs sofort und nicht erst nach einem Jahr annehmen). Bei der Beurteilung eines solchen Falles bildet Ausgangspunkt wiederum das Erfordernis des «Aufenthalts mit der Absicht dauernden Verbleibens» (Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG; ebenso Art. 23 Abs. 1 ZGB). Der so definierte Wohnsitz setzt demnach objektiv den physischen Aufenthalt und subjektiv die Absicht dauernden Verbleibens voraus; die nach aussen erkennbare Absicht muss auf einen dauernden Aufenthalt (d.h. im Sinne von «bis auf Weiteres») ausgerichtet sein, doch schliesst die Absicht, einen Ort später wieder zu verlassen, einen Wohnsitz nicht aus. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet sich somit an dem Ort, wo sich die meisten Aspekte des persönlichen, sozialen und beruflichen Lebens konzentrieren, so dass die Beziehungen zu diesem Zentrum enger sind als jene zu einem anderen Ort. Nicht massgeblich, sondern nur Indizien für die Beurteilung der Wohnsitzfrage sind die Anmeldung und Hinterlegung der Schriften («Wohnsitzbescheinigung» der Einwohnerkontrolle), die Ausübung der politischen Rechte, die Bezahlung der Steuern, fremdenpolizeiliche Bewilligungen sowie die Gründe, die zur Wahl eines bestimmten Wohnsitzes veranlassen (vgl. zum Ganzen SVR 2006 KV Nr. 12 [K 34/04], E. 3, mit zahlreichen Hinweisen). Schliesslich ist die Länge des Studienaufenthalts für die Beurteilung der Wohnsitzfrage für sich allein unerheblich, da sich ein solcher Aufenthalt der Natur der Sache nach häufig auf mehrere Jahre erstreckt (BGE 82 111 13). Diese allgemeinen Kriterien sind nun auf die Besonderheiten eines Aufenthaltes zu Ausbildungszwecken anzuwenden. Zwar kennt das IPRG die (widerlegbare) Vermutung von Art. 26 ZGB nicht, wonach der Aufenthalt u.a. zum Zweck des Besuchs einer Lehranstalt keinen Wohnsitz begründet (vgl. SVR 2006 KV Nr. 12 [K 34/04], E. 3). Es erscheint jedoch angebracht, üblicherweise - zwar nicht im Sinne einer Vermutung, jedoch im Rahmen des im Sozialversicherungsrecht geltenden Regelbeweisgrades der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 119 V 338 E. 1) - davon auszugehen, dass mit einer Ausbildung im Ausland keine Verlegung des Wohnsitzes beabsichtigt ist. Anders zu entscheiden ist, wenn klare Indizien dafür sprechen, dass der Lebensmittelpunkt an den Ort der Ausbildung verlegt worden ist. Hiervon ist beispielsweise dann auszugehen, wenn der Student nur noch selten, namentlich auch nicht mehr in den Semesterferien, zu seinen Eltern zurückkehrt (EVG 21.1.2004 [H 267/03], E. 3) oder wenn eine Rückkehr in die Schweiz nach erfolgter Ausbildung unwahrscheinlich ist, namentlich wenn hier eine der Ausbildung entsprechende Tätigkeit faktisch gar nicht ausgeübt werden kann. Für die Annahme, trotz mehrjähriger Ausbildung im Ausland bleibe der Wohnsitz in der Schweiz grundsätzlich erhalten, spricht auch der Zweck der Familienzulagen, die finanzielle Belastung durch ein oder mehrere Kinder teilweise auszugleichen (Art. 2 FamZG). Dabei kann es grundsätzlich keine Rolle spielen, ob eine die finanzielle Belastung verursachende Ausbildung in der Schweiz oder im Ausland erfolgt, zumal wenn dort die Lebenshaltungskosten nicht tiefer sind als hier; zwar ist der Grundsatz «ein Kind - eine Zulage» nicht vollständig verwirklicht, doch soll er wenn immer möglich verfolgt und ein Zulagenanspruch nur bei klarer rechtlicher Grundlage

verneint werden (vgl. zu dieser Zwecküberlegung auch Art. 7 N 23). Dies bemerkte auch das Verwaltungsgericht Schwyz im erwähnten Entscheid SVR 1997 KZ Nr. 20, indem es sich fragte, ob die seinerzeitige Gesetzgebung, welche Eltern benachteiligt, deren Kinder ihre Ausbildung im Ausland absolvieren, «glücklich und sachlich richtig» ist; zu beachten sei nämlich, «dass Ausbildungslehrgänge im Ausland und die damit verbundenen Sprachkenntnisse für die junge Bevölkerungsgeneration der Schweiz von erheblicher Bedeutung für das wirtschaftliche Fortkommen» seien (E. 3c). Zu betonen ist schliesslich auch hier, dass solche Fälle nicht - jedenfalls nicht primär - im Visier des Gesetzgebers waren, als er sich für einschränkende Anspruchsvoraussetzungen für im Ausland wohnhafte Kinder entschied (vgl. BBl 1999 3230 f.). " Questo Tribunale ha interpellato l'UFAS invitandolo ad illustrare i motivi che l'hanno indotto a formulare in quel modo la direttiva. L'UFAS ha ritenuto di non rispondere alle domande e il TCA non può che prenderne atto (cfr. consid. 1.5). In una sentenza 9C\_696/2009 del 15 marzo 2010 il Tribunale federale è stato chiamato ad interpretare la nozione di "soggiorno all'estero per un lungo periodo di tempo" ai sensi dell'art. 10 OPC ("per il calcolo della prestazione complementare, non si tiene conto del coniuge o di un altro membro della famiglia che soggiorna all'estero per un lungo periodo di tempo o il cui luogo di soggiorno è sconosciuto"). In quell'occasione l'amministrazione aveva deciso di non più tenere conto, nel calcolo, del figlio dell'assicurata in quanto quest'ultimo soggiornava in \_\_\_\_\_ per effettuare degli studi. Il Tribunale delle assicurazioni del Canton \_\_\_\_\_ ha accolto il ricorso. La sentenza cantonale è stata contestata dall'amministrazione davanti al Tribunale federale che ha approvato l'operato dei giudici ginevrini con le seguenti motivazioni: "

#### **E. 10**

OPC-AVS/AI. Cette disposition constitue toutefois la transposition logique du principe posé à l'art. 2 al. 1 et 2 ALPC, selon lequel il n'existe un droit aux prestations complémentaires qu'en cas de domicile et de résidence habituelle en Suisse. Suivant le même principe, un conjoint ou un autre membre de la famille ne saurait entrer en ligne de compte pour le calcul des prestations complémentaires que s'il réside effectivement en Suisse (RALPH JÖHL, *Ergänzungsleistungen zur AHV/IV*, in *Soziale Sicherheit*, SBVR vol. XIV, 2e éd. 2007, p. 1693 n. 83). La notion de résidence devant être comprise dans un sens objectif, la condition de la résidence effective en Suisse n'est en principe plus remplie à la suite d'un départ en Amérique du Sud. La jurisprudence a toutefois précisé qu'il n'y avait pas interruption de la résidence en Suisse lorsque le séjour en Amérique du Sud, correspondant à ce qui est généralement habituel, était dû à des motifs fondés tels qu'une visite, des vacances, une absence pour affaires, une cure ou une formation. De tels séjours ne pouvaient en principe dépasser la durée d'une année. Des motifs contraignants et imprévisibles, tels que la maladie ou un accident, pouvaient justifier de prolonger au-delà d'une année la durée du séjour. Il en allait de même lorsque des motifs contraignants existant dès le début exigeaient une résidence en Amérique du Sud de durée supérieure à une année, par exemple pour des motifs d'assistance, de formation ou de traitement d'une maladie ( ATF 111 V 180 consid. 4 p. 182; voir également arrêt H 71/89 du 14 mai 1990 consid. 2a, in *RCC* 1992 p. 36; Ueli Kieser, *ATSG-Kommentar*, 2e éd. 2009, n° 15 ss ad art. 13 LPGA). Cela étant, dans la mesure où la durée admissible d'un séjour en Amérique du Sud dépend en premier lieu de la nature et du but de celui-ci, la durée d'une année fixée par la jurisprudence ne doit pas être comprise comme un critère schématisé et rigide (RALPH JÖHL, *op. cit.*, p. 1674 ss n. 51 s.). 4. Est litigieux en l'espèce le point de savoir si B. \_\_\_\_\_ avait conservé sa résidence habituelle en Suisse durant la période courante du

ler au 31 décembre 2007 et, partant, si les dépenses qui lui étaient reconnues pouvaient être prises en compte dans le calcul des prestations complémentaires versées à sa mère. 4.1 Le Tribunal cantonal des assurances sociales a constaté de façon laconique que B. \_\_\_\_\_ vivait à Y. \_\_\_\_\_ avec sa mère. S'il fréquentait une école en Amérique du Sud, il séjournait souvent dans cette ville, même en dehors des vacances scolaires, puisqu'il y préparait bon nombre de ses examens. 4.2 Le service recourant reproche aux premiers juges d'avoir procédé à une appréciation manifestement erronée des faits, en retenant que le fils de l'intimée était toujours domicilié à Y. \_\_\_\_\_. Au vu de la correspondance adressée par l'intimée à l'OCPA, il était clairement établi que celui-ci a séjourné de façon régulière et prolongée en Amérique du Sud entre 2005 et 2008. Dans une lettre du 14 juillet 2005, l'intimée a mentionné que son fils avait dû partir en Amérique du Sud pour finir le collège et qu'il reviendrait en décembre 2005 pour poursuivre des études universitaires en Suisse. Dans une lettre du 18 janvier 2008, elle a déclaré que son fils était resté en Amérique du Sud jusqu'au printemps 2008, époque à laquelle il avait effectivement terminé ses études au collège. De ces courriers, il convenait de déduire que B. \_\_\_\_\_ avait séjourné en Amérique du Sud de l'été 2005 au printemps 2008, ce qui excluait qu'il ait pu vivre avec sa mère à Y. \_\_\_\_\_ durant cette période. Pour cette raison, les premiers juges avaient violé le droit fédéral en n'appliquant pas l'art. 10 OPC-AVS/AI. 4.3 Les circonstances alléguées ne suffisent pas à démontrer que les premiers juges auraient retenu les faits de façon manifestement erronée. S'il est exact que B. \_\_\_\_\_ a débuté en 2005 des études dans un collège sud-américain et qu'il les a terminées en 2008, rien ne permet d'affirmer qu'il a passé l'entier de cette période en Amérique du Sud. Il ressort au contraire des déclarations faites par l'intimée au cours de la procédure cantonale - il y a lieu en cela de compléter l'état de fait - que son fils a séjourné en Amérique du Sud du 4 juillet au 30 novembre 2005, à Y. \_\_\_\_\_ du 9 décembre 2005 au 15 février 2006 et en Amérique du Sud du 20 février au 18 mars 2006. Durant la période courant du 20 mars au 7 septembre 2006, il a effectué un stage linguistique de 6 mois dans un pays européen. De septembre 2006 à juin 2007, il a préparé ses examens à Y. \_\_\_\_\_, avant de se rendre en Amérique du Sud pour y subir les épreuves. La teneur de ces allégations n'a pas véritablement été remise en cause par le service recourant qui n'a pas exigé que la preuve soit administrée à leur propos. Il s'est borné à relever qu'il convenait de s'en tenir au contenu des courriers des 14 juillet 2005 et 18 janvier 2008, lesquels avaient été rédigés alors que l'intimée ignorait les conséquences juridiques de ses déclarations. Or, même s'il y avait lieu de se référer à ces seuls courriers, force serait de constater que l'intimée n'a jamais dit ou laisser entendre que son fils vivait de manière permanente en Amérique du Sud. De plus, comme on l'a vu précédemment, un séjour en Amérique du Sud dans un but de formation ne constitue pas nécessairement un motif d'interruption de la résidence effective en Suisse. Dans le cas particulier, la formation suivie par B. \_\_\_\_\_ a été entrecoupée de plusieurs allers et retours entre la Suisse et l'Amérique du Sud, ce qui tend plutôt à démontrer que celui-ci avait la volonté de conserver le centre de ses intérêts et, partant, sa résidence effective en Suisse. Enfin, il ressort d'un courrier reçu par l'OCPA le 18 juin 2007, soit antérieurement au présent litige, que l'intimée a réclamé pour son fils l'octroi d'un bon pour les transports publics, afin que celui-ci puisse se rendre au domicile de la personne qui l'aidait à préparer ses examens. Sans établir de façon certaine la présence de B. \_\_\_\_\_ à Y. \_\_\_\_\_, ce document constitue un indice supplémentaire du caractère simplement passager des séjours en Amérique du Sud. 4.4 Au vu de ces éléments, les premiers juges pouvaient retenir sans verser dans l'arbitraire que B. \_\_\_\_\_ n'avait pas, durant les années 2005 à 2008, séjourné de façon prolongée à

l'étranger au sens de l'art. 10 OPC-AVS/AI. On ne voit d'ailleurs pas en quoi la solution retenue par les premiers juges ne serait pas conforme aux directives de l'OFAS concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (DPC), ces directives invitant les organes d'application à faire preuve de souplesse lorsque un séjour en Amérique du Sud a un but de formation professionnelle (ch. 2011). Quant à l'arrêt P 21/02 du 8 janvier 2003 que le SPC invoque à l'appui de son recours, il n'est pas applicable par analogie au présent litige, le cas cité concernant la situation particulière d'un bénéficiaire dont la fille avait atteint l'âge de 25 ans révolus. Pour ces motifs, il convient de confirmer l'annulation de la décision sur opposition du 22 février 2008 par la juridiction cantonale, en tant que celle-ci excluait du calcul des prestations complémentaires relatif au mois de décembre 2007 les dépenses reconnues de B.\_\_\_\_\_.

Chiamato ora a pronunciarsi, questo Tribunale, alla luce della sentenza federale appena riprodotta e delle considerazioni di Kieser-Rechmuth, oltretutto in mancanza di spiegazioni da parte dell'UFAS, ritiene che la marginale 301 della direttiva nella misura in cui, in caso di un soggiorno all'estero pluriennale per motivi di studio, esclude a partire dal secondo anno il diritto agli assegni sia contrario agli art. 4 cpv. 3 LAFam e 7 OAFam ("Per i figli residenti all'estero; testo tedesco: "Für Kinder mit Wohnsitz in Ausland; testo francese: " Pour les enfants ayant leur domicile à l'étranger ", ATF 136 I 299). Le norme legali in questione intendono infatti escludere il diritto all'assegno per i figli che hanno da sempre o hanno trasferito il loro domicilio all'estero ma non per coloro che, pur effettuando gli studi all'estero, mantengono il loro domicilio in Svizzera (cfr. DTF 138 I 300-302): " 4.2.1 Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 3 Satz 1 FamZG, wonach der Bundesrat für Kinder im Ausland die Anspruchsvoraussetzungen regelt, deckt den Ausschluss von Familienzulagen an Kinder mit Wohnsitz in einem Staat, mit welchem kein Staatsvertrag besteht. Dies gilt auch für die französische und italienische Fassung der Norm. (...) 4.2.2 Nach Art. 2 FamZG liegt der Zweck der Familienzulagen im teilweisen Ausgleich der finanziellen Belastung durch ein oder mehrere Kinder. Dies spricht eher dafür, dass auch für Kinder mit Wohnsitz im Ausland ein Anspruch auf eine (allenfalls kaufkraftbereinigte) Familienzulage bestehen soll, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. (...) 4.2.4 Die Frage, ob bei ausländischem Wohnsitz der Kinder unter Umständen gar keine Zulagen geschuldet sind, wurde im Parlament nicht explizit erörtert."

2.4. Nella presente fattispecie la Cassa ha sospeso il diritto all'assegno per \_\_\_\_\_, all'inizio del secondo anno di studi \_\_\_\_\_ in applicazione della marginale 301 delle DTFam (cfr. Doc. A, consid. 1.3; consid. 1.4; consid. 1.5). Alla luce di quanto esposto al considerando precedente questo Tribunale non può approvare l'operato dell'amministrazione. La decisione su opposizione del 17 maggio 2010 va quindi annullata e gli atti rinviati all'amministrazione affinché effettui ulteriori accertamenti al fine di stabilire se il figlio del ricorrente ha mantenuto o no il proprio domicilio (cfr. consid. 1.2; consid. 1.4; consid. 1.5) in Svizzera pur studiando \_\_\_\_\_.

Al riguardo il TCA segnala che, in una sentenza parzialmente pubblicata in DTF 135 V 249, il Tribunale federale ha in particolare ricordato che: " 5.1 Le domicile d'une personne est au lieu où elle se trouve avec l'intention de s'y établir (art. 23 al. 1 CC). Cela suppose une résidence, soit un séjour d'une certaine durée en un endroit déterminé, et une volonté, soit une intention de se fixer en cet endroit. Selon la jurisprudence, ce dernier élément n'est pas purement subjectif; il doit au contraire ressortir des circonstances extérieures et objectives ( ATF 127 V 237 consid. 1 p. 238 et les arrêts cités). Selon l'art. 26 CC, le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles, ou le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital, une maison de détention, ne constituent pas le domicile.

Ces dispositions légales distinguent le lieu de séjour du domicile. Le lieu de séjour est celui où une personne se trouve pour un motif déterminé et limité, qui n'implique pas l'intention d'y fixer le centre de son existence (JACQUES-MICHEL GROSSEN, Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse, II, 2, p. 72). Le lieu de séjour devient le domicile, dès qu'il existe entre ce lieu et la personne qui y réside un lien fixe, étroit, fondé sur l'intention de s'y établir (TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10e éd., p. 78).

5.2 Pour savoir si une personne réside à un endroit avec l'intention de s'y établir, ce qui importe n'est pas la volonté interne de cette personne mais les circonstances, reconnaissables pour des tiers, qui permettent de déduire qu'elle a cette intention ( ATF 113 II 5 consid. 2 p. 7-8; 97 II 1 consid. 3 p. 3). Selon la doctrine et la pratique, l'art. 26 CC n'exclut pas la création d'un domicile au lieu de séjour. Il pose uniquement la présomption réfragable que le séjour dans une localité en vue d'y faire des études ou dans l'un des établissements mentionnés par cette disposition n'entraîne pas le transfert à cet endroit du centre des intérêts. Lors du placement dans un établissement, on devra donc exclure régulièrement la création d'un domicile à cet endroit, l'installation dans l'établissement relevant de la volonté de tiers et non de celle de l'intéressé (ATF 71 I 158 concernant un séjour de 33 ans dans un établissement). En revanche, il n'en va pas de même lorsque l'intéressé majeur et capable de discernement à cet égard décide de son plein gré de séjourner dans un établissement qu'il choisit librement (STAEHELIN, Basler Kommentar, n° 6 ad art. 26). Tel est par exemple le cas d'une personne atteinte de sclérose en plaques s'installant de son propre chef et pour une période indéterminée dans un établissement afin de bénéficier d'assistance et de soins ( ATF 133 V 309 ).

5.3 En l'espèce, s'il ne fait pas de doutes que la première des deux conditions cumulatives de l'art. 23 al. 1 CC, soit le séjour d'une certaine durée dans un établissement est réalisée dans le cas de la recourante, il n'est pas possible d'être aussi affirmatif au sujet de la seconde condition sur la base des constatations de fait des premiers juges, lesquelles sont incomplètes sur ce point. Il convient dès lors de leur renvoyer la cause afin qu'ils déterminent si, à partir de la décision de refus de prestations de l'OAI du 18 juillet 2001, la recourante avait l'intention de résider en Suisse." Sulla base delle risultanze di questo accertamento la Cassa emetterà una nuova decisione.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.