

**LA SICUREZZA SOCIALE DELLE PERSONE E, IN PARTICOLARE DEGLI
AVVOCATI CHE SI SPOSTANO ALL'INTERNO DELLA COMUNITA'
EUROPEA**

di

Sean VAN RAEPENBUSCH

Referendario alla C.G.C.E.
Professore incaricato all'Università di Liegi

1. Obiettivo Le divergenze esistenti tra le legislazioni nazionali sulla sicurezza sociale rappresentano un ostacolo alla mobilità dei lavoratori all'interno della Comunità; per questa ragione gli autori del Trattato di Roma hanno espressamente affidato al Consiglio il compito di adottare le misure necessarie per stabilire la libera circolazione dei lavoratori- dipendenti- nel campo della sicurezza sociale. A tal fine l'articolo 42¹ del Trattato prevede in particolare l'istituzione di un sistema che consente di assicurare ai lavoratori che si spostano e ai loro aventi diritto:

- a) la totalizzazione, per l'acquisizione e il mantenimento del diritto alle prestazioni , in tal modo calcolando tutti i periodi presi in considerazione dalle diverse legislazioni nazionali;
- b) il pagamento delle prestazioni alle persone residenti nei territori degli Stati Membri.

Tra le diverse misure esistenti sono soltanto due i mezzi che possono essere adottati dal Consiglio per poter promuovere la libera circolazione dei lavoratori.²

¹ Dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, il Parlamento europeo partecipa direttamente all'azione legislativa, poiché il nuovo articolo 43 del trattato rinvia alla procedura di decisione congiunta stabilita all'articolo 251 dello stesso trattato.

² V. Sentenze del 19 marzo 1964, Unger, 75/63, Rac. p. 362 del 19 giugno 1964, Nonnenmacher, 92/63, Rac. p. 557 del 16 luglio 1964, Van der Veen, 100/63, Rac. p. 1105 del 12 luglio 1984, Patteri 242/83, Rac. p. 3171.

Nelle sue prime sentenze in materia, la Corte di giustizia non ha ommesso di sostituire l'ex art. 51 del Trattato e il diritto che ne deriva riguardo alla libertà di circolazione utilizzando il metodo dell'interpretazione teleologica. Quindi, in diverse occasioni, ha ritenuto che i vecchi articoli dal 48 al 51 del Trattato (attuali articoli dal 39 al 42) sono in contrasto con l'esercizio del diritto alla libera circolazione, poiché i lavoratori che si spostano perdono i vantaggi della sicurezza sociale che vengono assicurati loro dalla legislazione dello Stato membro. Una conseguenza del genere potrebbe scoraggiare i lavoratori comunitari dall'esercitare il diritto alla libera circolazione e pertanto costituirebbe un ostacolo a tale libertà" (sentenza del 9 dicembre 1993, Lepore e.a., C-45 e 46/92, Rac. p. I-6535; nello stesso senso sentenze del 4 ottobre 1992, Paraschi, C-349/87, Rac. p.I-4501, punto 22; del 30 marzo 1993, de Wit, C-282/91, Rac. p.I-1238; del 5 marzo 1994, Van Munster, C-165/91, Rac. p. I-4661).

2. Lavoratori autonomi. Nel trattato non figura alcuna disposizione espressa analoga a quella dell'articolo 42 che avrebbe consentito l'abolizione degli ostacoli inerenti alla sicurezza sociale per sancire la libera circolazione delle persone che esercitano un'attività non dipendente nel rispetto del diritto alla libera prestazione dei servizi.

Il coordinamento dei regimi di sicurezza sociale applicabili ai lavoratori autonomi, che la Commissione aveva previsto già al momento della revisione dei regolamenti numeri 3 e 4 nel 1966, si è rivelato particolarmente utile, considerando i progressi che si sono realizzati per istituire la libertà degli spostamenti e la libera prestazione dei servizi, grazie all'evoluzione dei sistemi sulla sicurezza sociale dei sei Stati membri originari che tendevano sempre più ad assicurare o a rinforzare la protezione sociale dei lavoratori autonomi e infine per il fatto che in due dei nuovi Stati membri nel 1973 i lavoratori autonomi godevano della stessa protezione sociale o quasi rispetto ai lavoratori dipendenti.

E' stato necessario attendere fino al 1981 per vedere adottato il regolamento CEE n. 1390/81³ fondato in particolare sull'ex articolo 235 (attuale articolo 308 del trattato) che estende i regolamenti numeri 1408/71 e 574/72 ai lavoratori autonomi e ai membri delle loro famiglie. Da questa data in poi la regolamentazione comunitaria può essere applicata agli avvocati come peraltro a qualunque altro lavoratore non dipendente.

3. Funzionari e studenti. Questo movimento di estensione personale dei regolamenti è proseguito al punto tale da creare uno "spazio senza frontiere" previsto all'articolo 14 del trattato, per permettere a tutte le persone assicurate, cioè con una copertura di un regime di sicurezza sociale di uno Stato membro, qualunque sia il loro status, (studenti nella loro qualità, funzionari, membri non attivi, ...) di beneficiare del coordinamento comunitario delle legislazioni di sicurezza sociale.

E' così che sono stati adottati di recente dal Consiglio due regolamenti: il regolamento n°1606/98, del 29 gennaio 1998⁴, che prevede l'estensione della regolamentazione

³ GUCE n° L 143 del 29 maggio 1981.

⁴ GUCE n° L 209, del 25 luglio 1998

comunitaria ai regimi speciali dei funzionari e il regolamento n. 307/99 dell'8 febbraio 1999⁵ che prevede l'estensione anche agli studenti.

4. Cittadini di paesi terzi. All'inizio del XXI secolo è giunto il momento di estendere il vantaggio del coordinamento dei regimi di sicurezza sociale degli Stati membri a tutti i cittadini appartenenti agli Stati terzi dal momento in cui risiedono regolarmente all'interno della Comunità europea. Ciò è stato realizzato quando è entrato in vigore il 1 giugno 2003 il regolamento CEE n. 859/2003⁶ che fa seguito al Consiglio Europeo di Tampere, che nell'ottobre del 1999 aveva previsto un trattamento equivalente per i cittadini appartenenti a Paesi terzi, che risiedono legalmente nell'Unione assimilando il loro status giuridico a quello dei cittadini degli Stati membri.

Una tale estensione non significa che un cittadino di un paese terzo abbia il diritto di circolare liberamente all'interno della Comunità, ma che colui che ha circolato regolarmente all'interno della Comunità d'ora in poi viene protetto. Né più e né meno⁷. Si accennerà a tale proposito all'influenza certamente esercitata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, nella sentenza Gaygusuz/Austria, ha applicato il principio della non discriminazione per la concessione delle prestazioni di sicurezza sociale a un cittadino turco⁸.

Il regolamento n. 859/2003 si limita ad estendere l'applicazione dei regolamenti n. 1408/71 e 574/72 "ai cittadini provenienti da paesi terzi che non siano già coperti dalle disposizioni unicamente a causa della loro nazionalità, come anche ai membri delle loro famiglie e ai loro superstiti, a condizione che si trovino nella situazione di risiedere legalmente in uno stato membro e in situazioni in cui tutti gli elementi non sono relegati all'interno di un unico Stato membro (articolo 1).

L'articolo 2 del regolamento n. 859/2003 contiene importanti disposizioni transitorie che mirano nel complesso a garantire l'applicazione del regolamento per il futuro (a partire dal 1 giugno 2003), ivi compresi gli effetti futuri delle situazioni sorte in

⁵ GUCE n° L 38 del 12 febbraio 1999

⁶ Regolamento (CE) n° 859 del 2003 del Consiglio del 14 maggio 2003 che mira ad estendere le disposizioni del regolamento (CEE) n° 1408/71 e del regolamento (CEE) n. 574/72 ai cittadini dei paesi terzi che non sono già coperti da tali disposizioni unicamente a causa della loro nazionalità, GUCE L. 124 del 20 maggio 2003, p. 1.

Si constaterà che tale regolamento è fondato sull'articolo 63, punto 4, CE, che fa parte del titolo IV "Visti, asilo, immigrazione e altre politiche collegate alla libera circolazione delle persone", che comprende nella struttura comunitaria una parte della terza sezione comunitaria, a seguito del trattato di Amsterdam.

Ciò spiega come mai la Danimarca non abbia partecipato all'adozione di detto regolamento in conformità con gli articoli I e II del protocollo sulla posizione della Danimarca, allegato al TUE. Non è dunque vincolata dal regolamento.

⁷ Si ricorderà che precedentemente gli appartenenti ai Paesi terzi erano già coperti dal regolamento n. 1408/71 nella loro qualità di coniuge o di membro della famiglia di un lavoratore comunitario, di apolide o rifugiato, o ancora protetti in base ad accordi conclusi tra la Comunità e taluni Stati terzi, in particolare la Turchia e i paesi del Maghreb.

⁸ V.H. Verschuere, "Il coordinamento CE sociale della sicurezza che esclude i connazionali di paesi terzi: è ancora in linea con i diritti fondamentali dopo il giudizio Gaygusuz?", CML Rev. 1997, p. 991; D. Pieters, "I fondamenti legali di una possibile estensione delle clausole comunitarie sulla sicurezza sociale ai residenti di paesi terzi legalmente residenti e/o che si muovono nell'ambito dell'Unione Europea" in P. Schoukers (ed): "Prospetti del coordinamento sulla sicurezza sociale", Leuven, Acco, 1997, p. 15.

passato, sul modello di ciò che figura già nel regolamento n. 1408/71, in particolare allorché quest'ultimo è stato esteso ai lavoratori autonomi nel 1981.

5. Stato attuale della regolamentazione. I regolamenti numero 1408/71 e 574/72, modificati numerose volte, sono stati aggiornati dal regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio del 2 dicembre 1996⁹ e dopo questa data modificati più volte¹⁰.

La Commissione ha presentato al Consiglio nel dicembre del 1998, una proposta che modifica profondamente il regolamento n. 1408/71 per poterlo semplificare in seguito ad un appello lanciato in tal senso dal Consiglio europeo a Edimburgo nel 1992.¹¹ Tale proposta, che non intendiamo esaminare in questa sede, è tuttora allo studio.

6. Progetto. Ci proponiamo di esporre per grandi linee la regolamentazione comunitaria relativa alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti, come è stata interpretata dalla Corte di giustizia, ponendo l'accento sugli aspetti che potrebbero in maniera più particolare riguardare gli avvocati, anche se si tratta di una regolamentazione in senso orizzontale che può essere applicata a qualunque lavoratore, dipendente o meno, che si trovi in situazioni in cui è presente un elemento di estraneità, come ai membri della sua famiglia.

Gli sviluppi che seguono consistono in due parti. La prima parte è dedicata alla delimitazione del campo di applicazione (materiale, personale e territoriale) dei regolamenti n. 1408/71 e 574/72; la seconda parte è dedicata all'analisi dei principi guida del coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale (parità di trattamento, determinazione della legislazione applicabile, mantenimento dei diritti acquisiti o in corso di acquisizione, cooperazione leale) e alle loro conseguenze per ciascuno dei rami della sicurezza sociale coperti, ivi comprese le disposizioni relative al regolamento del cumulo delle prestazioni.

E' evidente che, tenuto conto dell'estensione della materia non è stato possibile nell'ambito della presente analisi, trattare in maniera dettagliata il complesso delle regole di coordinamento che si possono applicare ai diversi settori della sicurezza sociale suscettibili di determinare l'estensione della copertura sociale di un avvocato che abbia esercitato il proprio diritto alla libera circolazione.

⁹ GUCE n° L 28 del 30 gennaio 1997, p. 1

¹⁰ In ultimo luogo, dal regolamento (CE) n° 1386/2001, GUCE n° L 187, del 10 luglio 2001, p.1

¹¹ V. la proposta del regolamento (CE) del Consiglio che riguarda il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale presentato dalla Commissione al Consiglio nel dicembre 1998 (Doc. COM (1198) 779 fina).

CAPITOLO 1 IL CAMPO DI APPLICAZIONE MATERIALE

7. **Nozione di sicurezza sociale.** Il regolamento n. 1408/71 non copre qualunque prestazione di sicurezza sociale prevista dalle legislazioni nazionali degli Stati membri. Sarebbe stato estremamente difficile proporre una definizione omnicomprensiva della nozione di sicurezza sociale alla quale si collegherebbe la regolamentazione comunitaria in materia di sicurezza sociale dei lavoratori che si spostano per delimitare il campo di applicazione materiale.

Il regolamento n. 1408/71 d'altra parte non ha affatto come obiettivo quello di definire una prestazione di sicurezza sociale, impresa che si sarebbe rivelata molto aleatoria tenuto conto delle disuguaglianze tra le legislazioni nazionali; che in questa sede non vengono armonizzate¹², e dell'evoluzione costante della nozione di sicurezza sociale.

L'articolo 4 del regolamento n. 1408/71 si limita pertanto a elencare nel paragrafo 1 i rami di sicurezza sociale coperti dal regolamento e in particolare:

- le prestazioni per malattia e maternità
- le prestazioni per invalidità ivi comprese quelle destinate a mantenere o a migliorare la capacità di guadagno,
- le prestazioni per vecchiaia e di reversibilità;
- le prestazioni in caso di incidenti sul lavoro e per malattie professionali;
- gli assegni per decesso;
- i sussidi di disoccupazione,
- le prestazioni familiari¹³.

¹² Trattandosi dell'armonizzazione dei regimi di sicurezza sociale, sarebbe il caso di riferirsi sia all'articolo 137, paragrafo 3 del Trattato (il Consiglio ha deliberato all'unanimità su proposta della Commissione dopo aver consultato il Parlamento Europeo, del Comitato economico e sociale del Comitato delle Regioni) sia all'articolo 138 (dialogo sociale).

¹³ Da notare che attualmente la prestazione per il pre pensionamento, non rientra nel campo di applicazione del regolamento, ciò che non significa affatto che il titolare non possa essere considerato un lavoratore ai sensi dell'articolo I lettera a), del regolamento e beneficiario a tale titolo delle disposizioni di quest'ultimo, in particolare nel campo delle cure sanitarie, in virtù dell'articolo 19 del regolamento n. 1408/71. E' un dato di fatto nella giurisprudenza che "la definizione di lavoratore dipendente (o non dipendente) indicata all'articolo I lettera a) del regolamento n. 1408/71 ai fini dell'applicazione di detto regolamento, ha una portata generale e riguarda tutte le persone che, esercitando o meno un'attività professionale, possiedono la qualità di assicurati ai sensi della legislazione di sicurezza sociale di uno o più Stati membri". (sentenza del 31 maggio 1979, Pierick, 182/78, Rac. p. 1977).

Da diverse sentenze della Corte si evidenziano tuttavia le lacune nella regolamentazione comunitaria nei confronti dei lavoratori in pre pensionamento. Pertanto, la Corte ha ritenuto che uno Stato membro è in diritto di detrarre i contributi di assicurazione per malattia sulle indennità del pre pensionato (o delle pensioni integrative) che non riguardano il campo di applicazione materiale del Regolamento n. 1408/71 versate a persone che risiedono in un altro Stato membro e in cui già beneficiano in base alla legislazione di tale Stato di prestazioni per malattia. Il principio dell'unicità della legislazione applicabile (in particolare in materia di riscossione dei contributi di sicurezza sociale non trova pertanto applicazione a vantaggio di beneficiari di un pre pensionamento o di una pensione integrativa non previsti dagli articoli 13, paragrafo 2 e da 14 a 17 del regolamento n. 1408/71. Analogamente uno stato membro può rifiutare di accordare gli assegni familiari alle persone che beneficiano di un pre pensionamento allorché non risiedono nei Paesi Bassi (sentenza del 28 novembre 1991, Commissione/Paesii Bassi, C-198/90, Rac. P. I-5799).

Il regolamento si applica altresì ai regimi speciali dei funzionari a partire dal 25 ottobre 1998 (regolamento 1606/98 precitato).

D'altronde all'articolo 4 paragrafo 4 si esclude formalmente, al fine di evitare qualunque ambiguità, l'assistenza sociale¹⁴ e i regimi "di prestazioni a favore delle vittime di guerra" che mirino essenzialmente a compensare i danni subiti e le prove sopportate durante le due guerre mondiali.

Per quanto riguarda le strutture giuridiche e finanziarie attuate il regolamento si applica a qualunque regime di sicurezza sociale, sia speciale, sia generale, cioè relativo ad alcune categorie di lavoratori, che sia contributive o meno (articolo 4, paragrafo 1).

8. Legislazioni. La designazione dei rischi non sarebbe stata sufficiente per delimitare il campo di applicazione materiale del regolamento senza una definizione del termine "legislazioni". Così il problema è stato risolto dall'articolo I, lettera j del regolamento secondo il quale:

"per il termine 'legislazione' per ogni stato membro si intendono le leggi, i regolamenti, le disposizioni statutarie e qualunque altra misura applicativa, attualmente nota o messa a punto successivamente che riguardi i rami e i regimi di sicurezza sociale previsti all'articolo 4 paragrafi 1 e 2". Secondo la Corte di Giustizia "tale definizione è caratterizzata dal suo ampio contenuto che comprende qualunque tipo di misura legislativa, regolamentare e amministrativa adottata dagli stati membri e deve essere intesa nel senso di comprendere il complesso delle misure nazionali applicabili in materia¹⁵.

Spetta pertanto agli Stati membri citare, in conformità con l'articolo 5 del regolamento, le legislazioni e i regimi previsti nelle dichiarazioni notificate al Presidente del Consiglio e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee. Tali dichiarazioni in base alla giurisprudenza della Corte hanno una portata meramente indicativa e per nulla statutaria¹⁶. Diversamente la circostanza che uno stato membro abbia citato una legge nella sua dichiarazione, deve essere intesa come un' ammissione che le prestazioni accordate in base a tale legge sono prestazioni di sicurezza sociale ai sensi del regolamento n. 1408/71¹⁷.

¹⁴ Che tuttavia può essere analizzata come un "vantaggio sociale" ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2 del regolamento n. 1612/68. V.i casi, 249/83, Hoeckx, e 122/84, Scrivener, Rac. 1985, pp. 974 e 1028 a proposito dell'aiuto finanziario che garantisce un minimo di mezzi di sussistenza detto minimo di sostentamento, istituito dalla legge belga del 7 agosto 1974. Sulla ricerca condotta dalla Corte di giustizia dei criteri sufficientemente affidabili e precisi in base ai quali la distinzione tra i due modi di protezione sociale che comportano la sicurezza sociale e l'assistenza, può operarsi, vedere nostro studio. "L'applicabilità materiale del regolamento (CEE) n. 1408/71 in materia di sicurezza sociale dei lavoratori migranti". Gazzetta dei tribunali del lavoro, 1986, p. 369; infra n. 9.

¹⁵ Sentenza del 31 marzo 1977, Bozzone, 87/76, Rac. p. 687, punto 10.

¹⁶ Sentenza del 15 luglio 1964, Van der Veen, 100/63, Rac. p. 1105; del 2 dicembre 1964, Dingermans, 24/64; Rac. P. 1263.

¹⁷ Sentenze del 29 novembre 1977, Beerens, 35/77, FRac. P. 2249; del 18 maggio 1995, Rheinhold e Mahla, 327/92, Rac. p. I-1223, ddell'11 luglio 1996, Otte, 25/95, Rac. p. I-3745; del 20 febbraio 1997, Martinez Losada, 86, 102 e 103/95, Rac. p. I-869.

9. Disposizioni contrattuali. Le disposizioni contrattuali in linea di massima sono escluse dal campo di applicazione del Regolamento e ciò si spiega con l'enorme quantità di regimi complementari negli Stati membri e la loro grande eterogeneità che male si adatta ai lavoratori migranti.

Tuttavia, quando si tratta di disposizioni contrattuali che mirano ad attuare un obbligo di assicurazione che risulta dalle legislazioni relative ai regimi e ai rami di sicurezza sociale di cui all'articolo 4, tale limitazione può essere omessa in base a una dichiarazione dello Stato membro interessato¹⁸.

In tal modo dal 1999 i regimi francesi di pensione integrativa e di prepensionamento ARGI e ARRCO, che sono stati oggetto di una dichiarazione, rientrano nel campo di applicazione del regolamento.

In tale contesto è importante fare riferimento alla Direttiva 98/49/CE del Consiglio del 29 giugno 1998 relativa alla salvaguardia dei diritti alla pensione integrativa dei lavoratori dipendenti che si spostano all'interno della Comunità¹⁹. Essenzialmente tale direttiva tende a garantire l'uguaglianza di trattamento per mantenere i diritti alla pensione, in particolare per coloro che hanno lasciato uno Stato membro per un altro, i pagamenti transfrontalieri come anche il mantenimento del versamento dei contributi in caso di trasferimento dell'iscritto in un altro Stato membro.

In ogni caso anche a proposito del regime di pensione integrativa o di prepensionamento che non sarebbero stati oggetto di nessuna dichiarazione e che non costituirebbero quindi una legislazione ai sensi del regolamento n. 1409/71, vale la pena di sottolineare che le condizioni di applicazione debbono essere per lo meno conformi alla regola dell'uguaglianza di trattamento che figura all'articolo 39 del Trattato e anche all'articolo 7 del Regolamento n. 1612/68. Una disposizione nazionale deve essere considerata indirettamente discriminatoria quando quest'ultima è suscettibile per sua natura, di influire negativamente sui lavoratori che si spostano nella Comunità più che sui lavoratori nazionali rischiando conseguentemente di svantaggiare in maniera più particolare i primi (sentenza del 27 novembre 1997, Meints, C-57/96, Rac. p. I-6708, punto 45; vedere a proposito della condizione di residenza imposta da una convenzione collettiva per la concessione di "punti gratuiti" di pensione integrativa a favore dei lavoratori che sono stati messi in prepensionamento, la sentenza del 24 settembre 1998, Commission/France, C-35/97, Rac. p.5341).

10. Estensione del campo di applicazione derivante dalla giurisprudenza della Corte

Anche se gli otto rami tradizionali della sicurezza sociale, enumerati all'articolo 4 paragrafo 1 sono al contempo costitutivi, e limitativi del campo di applicazione del

¹⁸ Tale clausola è stata introdotta principalmente per consentire al governo francese di far entrare nel campo di applicazione del regolamento il regime francese di assicurazione e disoccupazione Unedic.

¹⁹ GUCE n° L 209, del 25 luglio 1998, p. 46.

Regolamento, la Corte di giustizia ha adottato una definizione ampia e funzionale del medesimo. Indubbiamente ha preso atto del contenuto evolutivo e anche “interessante” secondo l’espressione dell’Avvocato Generale Mayras²⁰ della sicurezza sociale che, oltre alle misure curative, si è vista riconoscere la funzione di prevenire i rischi e oltre a migliorare il livello e la qualità della vita, cioè di promuovere una certa politica dell’occupazione. Sono pertanto state considerate dalla Corte di Giustizia come prestazioni di sicurezza sociale ai sensi del regolamento:

- le misure profilattiche nel settore delle cure sanitarie²¹;
- i contributi alla formazione professionale definiti sussidi di disoccupazione da parte della Corte di Giustizia, a condizione che riguardino lavoratori già disoccupati o che corrono il rischio concreto di perdere il posto di lavoro²².
- le prestazioni in natura a favore dei disabili e degli anziani (“cure a domicilio”) destinate a migliorare lo stato di salute e la qualità della vita delle persone dipendenti, considerate dalla Corte come prestazioni per malattia (sentenza del 5 marzo 1998, Molenaar, C-160/96, Rac. p. I-843, e 8 marzo 2001, Jauch, C-215/99, Rac. p. I-1901);
- gli anticipi sul diritto agli alimenti destinati a compensare il pregiudizio derivante dal mancato pagamento degli alimenti da parte di uno dei genitori, considerati dalla Corte come prestazioni familiari (Sentenza 15 marzo 2001, Offermanns, C-85/99, Rac. p. I-2261). Di conseguenza le persone residenti sul territorio di uno Stato Membro a cui le disposizioni di tale regolamento si applicano, sono ammesse a beneficiare di una tale prestazione che è prevista dalla legislazione di quello Stato alle stesse condizioni di quelle relative ai cittadini, in conformità con l’articolo 3 di detto regolamento (nella fattispecie i figli di genitori divorziati di nazionalità tedesca e residenti in Austria avevano richiesto, per l’insolvenza del padre, un anticipo sugli alimenti e si erano visti rifiutare questo anticipo a causa della loro nazionalità);
- soprattutto le prestazioni non contributive di tipo misto, prestazioni frontaliere derivanti dall’integrazione progressiva e che sono state ammesse in diversi diritti interni relativi all’assistenza nella sicurezza sociale²³.

²⁰ Espressione presa dalla giurisprudenza amministrativa francese a proposito della nozione di “lavoro pubblico”. V. le conclusioni dell’Avvocato Generale nel caso 1/72, Frilli, Rac. 1972, p. 457.

²¹ Sentenze del 16 novembre 1972, Heinze, 14/72, Land Niedersachsen, 15/92, e Allgemeine Ortskrankenkassen Hamburg, 16772, Rac. Pp. 1105, 1127 e 1141. V. anche Sentenza del 18 settembre 1980, allgemeine Ortskrankenkassen Mittelfranken, 818/79, Rac. P. 2729.

²² Sentenza del 4 giugno 1987, Campana, 375/85, Rac. p. 2404. Spetta alle autorità nazionali sotto il controllo del giudice, valutare in ciascun caso particolare, se il lavoratore in attività che richiede una prestazione di aiuto alla formazione professionale, può essere considerato come minacciato concretamente di diventare disoccupato (punti 12 e 13).

²³ Rientrano così nel campo di applicazione del regolamento gli assegni per i disabili in Francia (sentenza del 16 dicembre 1976, Inzirillo, 63/76, Rac. p. 2057), in Belgio (sentenze del 13 novembre 1974, Costa, 39/74, Rac. p. 1251; del 17 giugno 1975, Epoux F., 7/75, Rac. p. 679; del 28 maggio 1974, Callemeyn 187/73, Rac. p. 553) e nel Regno Unito (sentenze del 20 giugno 1991, Stanton Newton, C-356/89, Rac. p. I-3017; del 4 novembre 1997, Snares, C-20/96, Rac. p. I-6082; dell’11 giugno 1998, Partbridge, C-297/96, Rac. p. I-3477); i redditi garantiti per le persone anziane in Belgio (sentenze del 22 giugno 1972, Frilli, 1/72, Rac.

In generale, tale giurisprudenza afferma che la differenza tra le prestazioni escluse dal campo di applicazione del regolamento n. 1408/71 e le prestazioni che ne derivano, costituiscono gli elementi essenziali di ciascuna prestazione e in particolare le finalità e le condizioni dell'erogazione, la posizione legalmente definita che viene conferita al beneficiario e il criterio decisivo che permette far rientrare la prestazione nel campo di applicazione materiale definito all'articolo 4 paragrafo 1 del regolamento costituisce il collegamento con il titolo suppletivo o complementare della prestazione con uno dei rischi citati a titolo limitativo da tale disposizione (V. per esempio Caso C-66/92, Acciardi precitato; Caso C-57/96, Meints, precitato). Diversamente secondo la Corte la definizione di una prestazione come prestazione di sicurezza sociale, non dipende dal modo di finanziamento (Caso 379 B 381/85 e 93/86, Giletti, precitato; Caso 78/91, Hughes precitato).

Tale analisi deve avvenire in maniera ampia in conformità con l'obiettivo fondamentale dell'articolo 42 del trattato.

CAPITOLO 2 IL CAMPO DI APPLICAZIONE PERSONALE²⁴

11. Il campo di applicazione personale del regolamento n. 1408/71 è descritto all'articolo 2.

Il regolamento si applica:

- ai lavoratori dipendenti o non dipendenti e agli studenti che sono o che sono stati sottoposti alla legislazione di uno o più Stati membri e che sono cittadini di uno Stato membro oppure apolidi o rifugiati che risiedono in un territorio di uno Stato membro come anche i membri delle loro famiglie e dei loro superstiti;
- ai superstiti dei lavoratori dipendenti o non dipendenti e degli studenti che sono stati sottoposti alla legislazione di uno o più Stati membri, indipendentemente dalla loro nazionalità, allorché i loro superstiti appartengano a uno Stato membro o siano apolidi o rifugiati residenti in un territorio di uno Stato membro.

Paragrafo 1: Nozione di lavoratore

p. 457; del 12 luglio 1984, Castelli, 261/83, Rac. 1984) e in Francia (sentenze del 9 ottobre 1974, Bignon, 24/74, Rac. p. 999; del 24 febbraio 1987, Giletti e. a., 379, 380, 381/85 e 93/86, Rac. p. 971; del 12 luglio 1990, Commissione/Francia, C-236/88, Rac. p. I-3177; dell'11 giugno 1991, Commissione/Francia, C-307/89, Rac. p. I-2403); la pensione sociale in Italia (sentenza del 5 maggio 1983, Piscitello 139/82, Rac. p. 1427); le "family credit" britanniche (sentenza del 16 luglio 1992, Hughes, C-78/91, Rac. p. I-4839); il vantaggio sociale accordato dalla legislazione olandese a taluni disoccupati (sentenza del 2 agosto 1993; Acciardi, C-66/92, Rac. 1993, p. I-4567); gli assegni di maternità in Lussemburgo (sentenza del 10 marzo 1993, Commissione/Lussemburgo, C-111/91, Rac. p. I-840).

²⁴ V. la nostra analisi "Il campo di applicazione personale del regolamento (CEE) n° 1408/71 e la cittadinanza europea: da lavoratore migrante a cittadino europeo", *Gazzetta dei tribunali del lavoro*, 1997, p.1.

12. Concezione comunitaria. Questo punto non dovrebbe dar luogo a considerazioni ulteriori, dal momento che l'avvocato oggetto del nostro studio, rientra incontestabilmente nel campo di applicazione personale del regolamento n. 1408/71.

L'articolo 1 lettera a) definisce la nozione di lavoratore facendo riferimento unicamente al regime di sicurezza sociale, che lo riguarda. E' sufficiente che uno cittadino di uno Stato membro sia o sia stato sottoposto a un regime di sicurezza sociale di uno o più Stati membri. In maniera generale viene considerato come lavoratore dipendente o non dipendente ai sensi del regolamento, qualunque persona assicurata per qualunque motivo, anche contro un solo rischio²⁵ a un regime (generale o speciale) di sicurezza sociale che si applica ai lavoratori dipendenti o non dipendenti, a tutti i residenti o a tutta la popolazione attiva (a determinate condizioni)²⁶ a titolo di assicurazione obbligatoria, facoltativa, continuata o volontaria (a talune condizioni)²⁷ in altri termini è il collegamento a un regime di sicurezza sociale per i lavoratori dipendenti che fa dipendere il cittadini comunitari dal regolamento indipendentemente dal fatto della qualifica conferita all'attività dell'interessato dal diritto interno del lavoro²⁸.

In pratica, la distinzione tra lavoratori dipendenti e lavoratori autonomi, ha una rilevanza limitata per il fatto che in larga misura²⁹, le stesse disposizioni del regolamento si applicano ad entrambe le categorie di lavoratori. L'esigenza di un'interpretazione ampia, tenuto conto dell'obiettivo dell'articolo 42 del Trattato, della nozione di lavoratore dipendente, è stata formulata anche dalla Corte di Giustizia a proposito della nozione di lavoratore non dipendente: le disposizioni del regolamento n. 1408/71 sono state sancite per realizzare gli stessi obiettivi del regolamento 1408/71, la nozione di lavoratori autonomi mira ad assicurare loro la stessa protezione sociale rispetto ai dipendenti e quindi deve essere interpretata in maniera ampia³⁰.

Occorre sottolineare che il campo di applicazione personale del regolamento delimitato in tal modo da un criterio di sicurezza sociale, supera di gran lunga lo stretto ambito della libera circolazione delle persone garantita dal trattato.

²⁵ La definizione deve essere quindi determinata riguardo ad ogni eventualità coperta dal regolamento e ciò indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di lavoro (sentenze del 12 maggio 1998, Martinez Sala, C-85/96, Rac. p. I-2708; dell'11 giugno 1998, Kuusijärvi, C-275/96, Rac. p. I-3443.

²⁶ Per esempio, le assicurazioni generalizzate nel Regno Unito, in Irlanda, in Danimarca, in Finlandia, in Svezia, le pensioni di vecchiaia e di vedovanza e per gli orfani nei Paesi Bassi, le cure sanitarie in Italia, nei Paesi Bassi, (per l'assicurazione generale rischi gravi), l'invalidità nei Paesi Bassi, gli assegni familiari in Lussemburgo, in Germania, in Francia, in Italia, in Grecia. Per tali regimi bisogna far riferimento sia ai modi "di gestione di finanziamento in quanto permettono di identificare colui che ne fa richiesta come lavoratore dipendente o non dipendente, sia a titolo sussidiario alla definizione fornita all'allegato 1 del regolamento dei termini "lavoratori dipendenti" e "lavoratori autonomi".

²⁷ Vedere l'articolo 1 lettera a), iv) del regolamento.

²⁸ Vedere sentenze del 30 giugno 1997, de Jaeck, C-340/94, p. I-461, e Hervein, C-221/95, Rac. p. I-609.

²⁹ Ad eccezione in particolare del Capitolo 6 ("disoccupazione") che si applica soltanto ai lavoratori dipendenti.

³⁰ Sentenza del 23 ottobre 1986, Van Roosmalen, 300/84, Rac. p. 3097.

Effettivamente la Corte si è resa conto molto presto che non sarebbe stato conforme allo spirito del Trattato limitare la nozione di “lavoratore” ai soli lavoratori migranti in senso stretto chiamati a spostarsi per l’esercizio delle loro funzioni, ma che tale nozione avrebbe dovuto comprendere in maniera generale coloro che abitano sul territorio di un altro Stato membro, qualunque sia il motivo del loro soggiorno³¹, o ancora coloro che vengono posti “in una situazione di carattere internazionale” prevista dal regolamento³². L’assenza di qualunque legame “con le vere e proprie migrazioni” ha come effetto quello di attenuare la distinzione tra lavoratori che si spostano e lavoratori sedentari, quindi di andare oltre la sfera personale dei regolamenti nel quadro limitativo degli articoli da 39 a 42 relativi alla libera circolazione dei lavoratori. Effettivamente, il titolo del regolamento n. 1408/71 non riguarda propriamente i lavoratori che emigrano, ma in maniera più ampia i lavoratori che si spostano all’interno della Comunità.

13. Condizioni per l’iscrizione. E’ importante notare che le condizioni per l’iscrizione ai diversi sistemi di sicurezza sociale rientrano, come ha sottolineato la Corte di Giustizia nel caso 266/78 (Brunori),³³ soltanto nelle legislazioni nazionali. Ricorderemo che il regolamento n. 1408/71 ha essenzialmente per oggetto il coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale e la libera circolazione delle persone, ma non si cura affatto dell’armonizzazione delle condizioni di iscrizione.

Certamente a tale riguardo, non è il caso di operare una discriminazione tra cittadini di uno Stato e cittadini di altri Stati membri, in conformità con l’articolo 3 del regolamento³⁴.

Per fare un esempio signaleremo che dal 1998 i regimi speciali dei funzionari sono oggetto di regole specifiche di coordinamento, in particolar modo in materia di totalizzazione dei periodi di assicurazione.

Paragrafo 2: La nozione di superstite o di membro della famiglia.

14. Come osservava A. Touffait, “il diritto comunitario non considera il lavoratore migrante come una persona che fornisce semplicemente un lavoro, ma come membro della comunità degli stati nella sua complessità personale e familiare e la giurisprudenza si sforza di eliminare gli ostacoli che si frappongono alla mobilità dei

³¹ Caso Unger, precitato; sentenza dell’11 marzo 1965, Bertholet, 31/64, Rac. p. 113.

³² Sentenze del 12 novembre 1969, Mutua assistenza medica, 27/69, Rac. p. 405; del 9 dicembre 1965, Singer, 44/65, Rac. p. 1191; dell’11 marzo 1965, Van Dijk, 33/64, Rac. p. 131; vedere anche sentenze del 17 settembre 1980, Lenoir, 313/86, Rac. p. 5391; del 5 marzo 1998, Kulzer, 194/96, p. I-921.

³³ Sentenza del 12 luglio 1979, Rac., p. 2705

³⁴ V. sentenza del 24 aprile 1980, Coonan, 110/79, Rac. p. 1445, spec. punto 12. V. anche sentenze del 28 febbraio 1989, Schmitt, 29/88, Rac. p. 581 e del 18 maggio 1980; Troiani, 368/87, Rac. p. 1347; del 23 settembre 1982, Koks, 275/81, Rac. p. 3031; del 3 maggio 1990, Kits, C-2/89, Rac. p. I-1969; del 24 settembre 1987, De Rijcke, 43/86, Rac. p. 3611.

lavoratori per quanto riguarda le condizioni di integrazione della famiglia nell'ambiente del paese ospitante³⁵.

L'articolo 1, lettere f) e g) del regolamento n. 1408/71 rinvia, per definire i termini "membri della famiglia" e "superstite" alla legislazione al cui titolo vengono erogate tali prestazioni³⁶. Tuttavia se tale legislazione considera come membro della famiglia o superstite una sola persona che vive sotto lo stesso tetto del lavoratore o che viveva sotto lo stesso tetto del superstite, si ritiene che tale condizione sia soddisfatta, allorché tale persona principalmente è a carico del lavoratore o era a carico del defunto.

Facciamo notare che, se la legislazione di uno Stato membro non consente una distinzione tra i membri della famiglia e le altre persone cui si applica, il termine "membro della famiglia" ha il significato che viene attribuito all'allegato 1 (regolamento art. 1 f, i, ultima frase, modificato dal regolamento 1290/97 del 27 giugno 1997, GUCE n L 176).

Per quanto riguarda l'erogazione delle prestazioni ai disabili il termine "membri della famiglia" designa almeno il coniuge, i figli minorenni e i figli maggiorenni a carico del lavoratore dipendente o non dipendente (regolamento 1408/71, art. 1, f modificato dal regolamento 1247/92 del 30 aprile 1992, GUCE n° L 136).

Le stesse condizioni che hanno consentito di non limitare l'applicazione dei regolamenti ai lavoratori che circolano all'interno della Comunità per necessità di lavoro, valgono altresì per i membri della famiglia e per i loro superstiti³⁷; per esempio il figlio di un non migrante che va a passare le vacanze in un altro Stato membro ha il diritto di beneficiare delle cure sanitarie in conformità con l'articolo 22 paragrafo 1, lettere a) e i) del regolamento.

15. Diritti propri e diritti derivati. Dalla sentenza del 30 aprile 1996, Cabanis-Issarte (308-93, Rac. p. I-2123), si evince che un membro della famiglia nella propria qualità non potrebbe invocare le disposizioni del regolamento 1408/71 applicabili esclusivamente ai lavoratori (nello specifico l'indennità di disoccupazione) Al contrario un membro della famiglia di un lavoratore deve poter invocare il principio dell'uguaglianza di trattamento previsto all'articolo 3 paragrafo 1 del regolamento 1408/71 il quale non fa nessuna distinzione se la persona interessata è un lavoratore, un membro della famiglia o un coniuge superstite del lavoratore³⁸.

³⁵ Mélanges Teitgen, 1984, p. 312. V. la giurisprudenza relativa agli articoli 10 B 12 del regolamento n. 1612/68: Caso 9/74, Casagrande, Rac. 1974, p. 773; 76/72, Michel S., Rac. 1973, p. 457; 68/74, Alaimo, Rac. 1975, p. 109; 197/86, Brown, Rac. 1988, p. 3237.

³⁶ Oppure trattandosi della prestazione delle cure mediche previste agli articoli 22, paragrafi 1 lettera a) e 31, ai membri della famiglia soggetta alla legislazione dello stato di residenza. D'altra parte è il caso di riferirsi alla definizione fornita all'allegato 1 punto 2, allorché la legislazione di uno stato membro relativa alle prestazioni per malattia o maternità, non permette di individuare i membri della famiglia tra le persone alle quali si applica.

³⁷ V. Sentenze del 10 dicembre 1969, Duffy, 34/69, Rac. p. 597; del 16 marzo 1978, Laumann, 115/77, Rac. p. 806; del 30 giugno 1966, Vassen-Göbbels, 61/65; Rac. p. 377; del 12 novembre 1969, mutua assistenza medica 27/69, Rac. p. 405.

³⁸ Vedere sentenza del 30 aprile 1996, Cabanis-Issarte, C-308/93, Rac. p. I-2123.

Paragrafo 3: *Studenti*

16. Il regolamento n. 307/99 dell'8 febbraio 1999, ha esteso il regolamento n. 1408/71 agli studenti nella loro qualità, cioè indipendentemente dalla eventuale appartenenza alla famiglia di un lavoratore e questo al fine di garantire loro una protezione sociale sufficiente nel momento in cui si spostano nell'ambito della comunità. (V. la direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, GUCE n° L 317, 18 dicembre 1993, p. 59). Tale estensione essenzialmente ha l'effetto di rendere applicabili alcune regole di coordinamento in materia di cure sanitarie, di incidenti sul lavoro, e di malattie professionali e di prestazioni familiari.

Ai sensi dell'articolo I, c) bis del regolamento n. 1408/71, con il termine "studente" si intende qualunque persona diversa dal lavoratore dipendente o non dipendente o membro della famiglia o superstite di un lavoratore, ai sensi del presente regolamento, che segue gli studi o una formazione professionale per ottenere una qualifica ufficialmente riconosciuta dalle autorità di uno stato membro e che sia assicurata nell'ambito di un regime generale di sicurezza sociale, o di un regime speciale di sicurezza sociale che sia applicabile agli studenti".

Paragrafo 5: *Altre categorie di lavoratori*

17. Esistono parecchie categorie specifiche di lavoratori che, pur non essendo dei lavoratori nel senso stretto del regolamento, dal momento che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 1 lettera a), effettivamente per le loro caratteristiche rientrano nelle disposizioni particolari in deroga al diritto comune dei regolamenti, essenzialmente nel campo della determinazione della legislazione applicabile. Pertanto sono previsti:

- i lavoratori frontalieri (v. art. 1 lettera b) del regolamento);
- i lavoratori stagionali (v. art. 1 lettera c));
- la gente di mare (V. art. 14 ter);
- il personale di servizio nelle missioni diplomatiche e nei consolati (V. art. 16);
- gli agenti ausiliari delle comunità europee (V. art. 16).

Paragrafo 6: *Le implicazioni della cittadinanza europea.*

18. Sappiamo che il diritto di circolare liberamente e di soggiornare in qualunque Stato membro viene, dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, conferito dall'art. 18 CE ai cittadini dell'Unione indipendentemente da qualunque attività economica ("fatte salve alcune limitazioni e condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni applicative")³⁹. Tale riforma importante ha comportato degli effetti

³⁹ Veramente sono previste le limitazioni contenute nelle tre direttive relative al diritto di soggiorno dei pensionati, delle persone non attive e degli studenti. (Dir. 364 e 365/90/CEE: GUCE n° L 180, p. 26 e 28, e 93/96/CEE; GUCE n° L 317, 18 dicembre 1993, p. 59), le quali subordinano il diritto di soggiorno in particolare alla condizione di disporre di mezzi di sussistenza in modo tale che i beneficiari del diritto di soggiorno non devono divenire un onere "irragionevole" per le finanze pubbliche.

che hanno avuto un riflesso sull'interpretazione del regolamento n. 1408/71, come risulta dalla sentenza del 23 novembre 2000, Elsen (Caso C-135/99, Rac. p. I-10409)⁴⁰.

Nella fattispecie, la signora Ursula Elsen, di nazionalità tedesca, nata nel 1951, risiedeva dal 1981 in Francia. Fino al marzo 1985 ha esercitato in Germania in qualità di lavoratrice frontaliera, un'attività soggetta all'assicurazione obbligatoria con un'interruzione tra il luglio del 1984 e il febbraio del 1985 per un congedo di maternità in seguito alla nascita del figlio. Da allora, la Signora Elsen non ha più esercitato un'attività soggetta ad assicurazione obbligatoria né in Germania né in Francia.

La domanda di convalida dei periodi per l'educazione del figlio è stata respinta dall'istituto competente tedesco per il fatto che il figlio era stato educato all'estero.

Sembrava quindi che la Signora Elsen non avesse mai lavorato altrove se non in Germania, suo paese d'origine, mentre invece aveva trasferito la propria residenza in Francia e aveva continuato per un po' di tempo a lavorare in Germania in qualità di lavoratrice frontaliera prima di cessare l'attività professionale per la nascita del figlio ed occuparsi della sua educazione.

Ma tutto ciò non è stato preso in considerazione! La Corte si è riferita a sua volta agli ex articoli 8 A, 48 e 51 del trattato (diventati articoli 18, 39 e 42 CE) per considerare che tali articoli *"obbligano l'istituto di uno Stato membro a tenere conto ai fini della concessione di una pensione di vecchiaia dei periodi dedicati ad allevare un figlio, anche se trascorsi in un altro Stato membro, come se tali periodi fossero stati trascorsi nel territorio nazionale da una persona che al momento della nascita del figlio aveva la qualifica di lavoratore frontaliero occupato sul territorio del primo stato membro e residente su quello del secondo Stato membro"*.

La Corte è giunta a tale conclusione dopo aver constatato che la legislazione tedesca si applicava effettivamente alla situazione di un lavoratore che ha cessato qualunque attività professionale in Germania, e che risiede sul territorio di un altro Stato membro per quanto riguarda il computo dei periodi dedicati all'educazione del figlio nato mentre il genitore in Germania era un lavoratore frontaliero.. Quest'ultima circostanza *"permette, secondo la Corte, di stabilire uno stretto legame tra i periodi di educazione in questione e i periodi di assicurazione maturati in Germania in seguito all'esercizio di un'attività professionale in tale Stato. Effettivamente è in ragione del compimento di questi ultimi periodi, che la Signora Elsen ha richiesto all'Istituto tedesco, il computo dei periodi successivi dedicati all'educazione del figlio"*. (punto 26).

Pertanto, essendo stata stabilita l'applicabilità della legislazione tedesca, la Corte ha giudicato che le disposizioni nazionali che impedivano nel caso specifico la convalida dei periodi dedicati al figlio trascorsi in un altro Stato membro, erano tali da svantaggiare *"i cittadini comunitari che avevano esercitato il loro diritto di circolare e di soggiornare liberamente negli Stati membri, diritto garantito all'articolo 8 A del trattato CE"* (punto 34). *E di "aggiungere che il regolamento n. 1408/71 adottato*

⁴⁰ Vedere il nostro studio "Il campo di applicazione personale del regolamento (CEE) n° 1408/71 e la cittadinanza europea: dal lavoratore migrante al cittadino europeo", Journ., T. trav., 1997, p. 1.

sulla base dell'articolo 51 del Trattato (divenuto dopo la modifica articolo 42 CE), comporta diverse disposizioni che mirano a garantire il vantaggio delle prestazioni di sicurezza sociale a carico dello Stato competente anche allorché l'assicurato che ha esclusivamente lavorato nel proprio Stato di origine, risieda o trasferisca la propria residenza in un altro Stato membro. Tali disposizioni contribuiscono sicuramente a garantire la libertà di circolazione dei lavoratori ai sensi dell'articolo 48 del Trattato (divenuto dopo la modifica articolo 39 CE), ma altresì dei cittadini dell'Unione, all'interno della Comunità ai sensi dell'articolo 8 A del trattato” (punto 35).

CAPITOLO 3 IL CAMPO DI APPLICAZIONE TERRITORIALE

19. Nozione. Il campo spaziale del regolamento n 1408/71 che tende ad assicurare in materia di sicurezza sociale, la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, corrisponde necessariamente a quello delle disposizioni del trattato relativo alla libera circolazione delle persone.

La realizzazione di tale nozione ha portato gradualmente alla formazione di uno spazio liberato dalle frontiere interne e senza equivalenti nel mondo che va a sostituirsi da un punto di vista funzionale ai 15 Stati membri, in altri termini, tale da ampliare a livello Comunitario la validità nello spazio delle norme nazionali.

Questo fenomeno è particolarmente evidente nel settore della sicurezza sociale. I regimi nazionali di sicurezza sociale sono, in prima analisi, territoriali. Uno degli obiettivi fondamentali del regolamento n. 1408/71 e dell'articolo 42 del trattato, è quello di permettere il mantenimento dei diritti acquisiti (la loro esportazione) qualunque sia la residenza del lavoratore o dei membri della famiglia. Tutta la questione sta dunque nel sapere, al di là della territorialità dei regimi nazionali, che il Consiglio ha il compito di eliminare se non di limitare, in virtù dell'articolo 42, se esistono delle circostanze che obiettivamente possano giustificare modalità particolari per conservare alcuni diritti acquisiti in uno stato diverso da quello di competenza, il che implicherebbe, mantenendo le frontiere, un certo rischio di disuguaglianza tra i lavoratori.⁴¹

Appare quindi che il “territorio” della comunità rappresenta più di una semplice giustapposizione di territori nazionali poiché la formazione è stata accompagnata da uno “smantellamento” parziale della validità nello spazio delle norme degli Stati membri.

20. Attività svolta al di fuori della Comunità. Se, l'applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di libera circolazione, in generale e di sicurezza sociale dei lavoratori migranti in particolare richiede una “localizzazione” sul territorio comunitario, non è affatto necessario affinché il diritto comunitario e in special modo la regola dell'uguaglianza di trattamento, conservino la loro influenza che l'attività professionale venga esercitata sul territorio della comunità⁴².

⁴¹ Vedere sentenza del 13 luglio 1976, Triches, 19/76, Rac. P. 1243.

⁴² Nel campo della libertà di circolazione in generale, sentenze del 12 dicembre 1974, Walrave, 36/74, Rac. p. 1405; del 12 luglio 1984, Prodest, 237/83, Rac. p. 3153.

Pertanto, il fatto che le prestazioni di sicurezza sociale considerate siano state originate esclusivamente nei periodi di assicurazione maturati al di fuori dei territori comunitari, non comporta la mancata applicazione in quanto tale della regolamentazione, poiché esiste uno stretto legame tra il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e lo Stato membro debitore delle medesime. Questo caso si presenta allorché il regime di sicurezza sociale considerato è gestito sotto il controllo dello Stato da un istituto di diritto pubblico e ha i suoi effetti sul territorio nazionale⁴³.

Dal regolamento n. 1408/71 si può rilevare, come legislazione di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 2:

- la legge belga del 16 giugno 1960 che pone sotto la garanzia dello Stato belga gli organismi che gestiscono la sicurezza sociale dei dipendenti del Congo Belga e del Rwanda Urundi; lo Stato belga è garante delle prestazioni sociali assicurate a favore dei medesimi⁴⁴;
- la legge belga del 17 luglio 1963 relativa alla sicurezza sociale d'oltremare che organizza un regime facoltativo di assicurazione per le persone che esercitano la loro attività professionale nei Paesi diversi dagli Stati membri "anche qualora le prestazioni previste si basano soltanto su alcuni periodi di attività svolti negli Stati terzi⁴⁵;
- L'Algemeen e Arbeidsongeschiktheidswet (AAW – legge olandese sull'incapacità lavorativa) anche quando estende i suoi effetti alle persone che esercitano o che hanno esercitato attività parzialmente o esclusivamente al di fuori della comunità⁴⁶.

L'applicabilità del diritto comunitario quindi non è in alcun modo determinata dal luogo in cui viene esercitata l'attività. E' vero che la regolamentazione comunitaria non è stata concepita in funzione della libera circolazione dei lavoratori tra la comunità e gli Stati terzi. In questo senso il diritto comunitario non impone agli Stati membri di tener conto dei periodi di assicurazione maturati nel quadro del regime di sicurezza sociale di uno Stato terzo, o ancora di proteggere il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale che un lavoratore può aver ottenuto presso uno Stato terzo.

⁴³ V. sentenza del 31 marzo 1977, Bozzone 87/76, Rac. p. 687; dell'11 luglio 1980, Commissione/Belga, 150/79, Rac. p. 2621 e importanti conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti su tali affari. V. anche sentenze del 22 marzo 1972, Merluzzi, 80/71, Rac. p. 175; Fiege e Hirardin, 110/73 e 112/75, precitate; del 23 ottobre 1986, Van Roosmalen, 300/84, Rac. p. 3116; del 9 luglio 1987 Laborero e Sabato, 82 e 103/86, Rac. p. 3401; del 29 giugno 1994, Alderwereld; C-60/93, Rac. p. I-2991, a proposito di un cittadino olandese residente nei Paesi Bassi quando era stato assunto da un'azienda che aveva sede in Germania per lavorare immediatamente in Thailandia.

⁴⁴ Caso 87/76, Bozzone e 150/79, Commissione/Belga, precitato.

⁴⁵ Caso Jtes 82 e 103/86, Laborero e Sabato, precitato.

⁴⁶ Caso 300/84, Van Roosmalen, precitato, spec. punto 30.

Come è stato giudicato dalla Corte nel caso 16/72 Ortskrankenkasse Hamburg⁴⁷, in tale circostanza, i periodi di iscrizione in uno Stato terzo non sono stati presi in considerazione ai sensi del regolamento n.3, precisando che le prestazioni non erano state acquisite in virtù della legislazione di uno Stato membro, ma in base a una convenzione conclusa tra uno stato membro e uno Stato terzo, appartenenti ad una legislazione di uno Stato non membro⁴⁸.

Tuttavia ciò non toglie che il diritto comunitario impone agli Stati membri di sottoporre i lavoratori agli obblighi e di consentire loro il vantaggio della loro legislazione di sicurezza sociale alle stesse condizioni rispetto ai cittadini del Paese, anche se l'attività professionale sulla quale si fonda il diritto, viene esercitata all'esterno del territorio della Comunità.

CAPITOLO 4: I RAPPORTI TRA LA REGOLAMENTAZIONE COMUNITARIA E LE CONVENZIONI BILATERALI DI SICUREZZA SOCIALE

Paragrafo 1: Conflitti tra i regolamenti e le convenzioni di sicurezza sociale tra gli Stati membri.

21. In linea di massima, in conformità con l'articolo 6 del regolamento n. 1408/71, quest'ultimo si sostituisce alle convenzioni precedenti sulla sicurezza sociale concluse esclusivamente tra due o più Stati membri (lettera a) e a quelle concluse tra almeno due Stati membri e uno o più Stati terzi, nella misura in cui, in quest'ultima ipotesi si tratta di casi che nessun istituto di uno degli Stati terzi viene chiamato a risolvere. b)⁴⁹.

Tuttavia, sono stati mantenuti in vigore una serie di strumenti internazionali in virtù dell'articolo 7 del regolamento e possono, pertanto continuare a produrre pienamente i loro effetti nei confronti di tutte le situazioni previste⁵⁰.

Al di fuori di tali casi, mantenere in vigore un accordo tra gli Stati membri che sia incompatibile con il diritto comunitario, potrebbe essere considerata una violazione all'obbligo della lealtà di cui all'art. 10 CE⁵¹.

22. – E' stato stabilito fino al pronunciamento del sentenza Rönfeldt⁵², in conformità con quanto è stato esposto, che il semplice fatto che una convenzione di sicurezza

⁴⁷ Sentenza del 16 novembre 1972, Rac. p. 494, punti 8 e 9.

⁴⁸ V. conclusione dell'Avvocato Generale Mischo nei casi giudiziari 82 e 103/86, Laborero e Sabato, precitati, p. 3418.

⁴⁹ Nello stesso senso il regolamento di applicazione si sostituisce in conformità con l'articolo 5, agli accordi relativi all'applicazione delle convenzioni previste all'articolo 6 del regolamento n. 1408/71.

⁵⁰ L'articolo 5 del regolamento n. 574/72, prevede altresì che siano mantenute in vigore le disposizioni applicative di diverse convenzioni bilaterali previste all'allegato 5 dello stesso regolamento.

⁵¹ Vedere, in questo senso, CJCE 27 settembre 1988, Matteucci, Caso 235/87, Rac. p. 5589, punto 19.

⁵² CGCE, 7 febbraio 1991, Caso C-227/89, Rac. p. I-323.

sociale sia più vantaggiosa per un lavoratore migrante rispetto alle disposizioni del regolamento n. 1408/71, non è sufficiente a giustificare l'eccezione alla superiorità di quest'ultimo. Pertanto, sarebbe stato necessario che le disposizioni riguardanti la convenzione considerata, fossero menzionate all'allegato III (cfr. art. 7).

Secondo la sentenza relativa al caso 82/72 Walder⁵³, a proposito degli articoli 5 e 6 del regolamento n° 3, in cui sono contenute disposizioni simili a quelle degli articoli 6 e 7 del regolamento n° 1408/71, «che tali disposizioni lasciano chiaramente intendere che il principio di sostituzione delle convenzioni di sicurezza sociale intervenute tra gli Stati membri ha un carattere tassativo che non ammette eccezioni al di fuori dei casi espressamente previsti dal regolamento».

In prima analisi la sentenza *Rönfeldt* sembra aver vanificato tali analisi, riprendendo il principio emesso dalla Corte nella sentenza *Petroni*⁵⁴: se l'articolo 51 del trattato abilita e obbliga il Consiglio a conferire dei diritti ai lavoratori migranti, non gli permette, fintantoché sussistono dei regimi differenti di sicurezza sociale, di legiferare in modo tale da privare i lavoratori dei diritti che sono riconosciuti loro dalla legge nazionale. Il ricorso, nel caso *Rönfeldt*, al principio dell'**intangibilità dei diritti acquisiti unicamente sulla base della legislazione di uno Stato membro**, indipendentemente dal diritto comunitario, indipendentemente dal diritto nazionale, ha fatto sì che la Corte assimilasse i diritti acquisiti unicamente sulla base del diritto nazionale ai diritti acquisiti a titolo di una convenzione internazionale integrata in tale diritto nazionale.

La sentenza *Rönfeldt* ha suscitato una certa inquietudine negli ambienti specializzati. Alcuni hanno deplorato il fatto che la Corte abbia escluso, in questo caso, la regola semplice, in maniera quasi automatica e tassativa, **dell'effetto della sostituzione** del diritto comunitario alle convenzioni di sicurezza sociale a favore di un ragionamento giudicato un po' azzardato.⁵⁵

23. – La sentenza *Thévenon* del 9 novembre 1995 (caso C-475/93, Rac., p. I-3813) ha permesso alla Corte, indubbiamente non completamente insensibile a tali argomenti, di limitare strettamente le conseguenze della sentenza *Rönfeldt* introducendo una distinzione in base alla quale il lavoratore migrante ha utilizzato il proprio diritto alla libera circolazione prima o dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 1408/71: tale giurisprudenza verrebbe applicata soltanto nella prima ipotesi.

Pertanto, nel caso *Rönfeldt*, alla Corte è stato richiesto di dover regolare una vertenza tra una convenzione di sicurezza sociale tedesco-danese del 1953 e talune disposizioni del regolamento n° 1408/71, a proposito della liquidazione dei diritti alla pensione a favore di un residente tedesco, per alcuni periodi di assicurazione maturati in Germania e in Danimarca prima dell'adesione di quest'ultima alle Comunità europee. Avendo maturato tali periodi, l'interessato ha potuto avere delle speranze fondate per l'applicazione che gli sarebbe stata riservata, al momento dell'età pensionabile, potendo godere delle disposizioni della convenzione di sicurezza sociale tedesco-

⁵³ Rac., 1973, p. 599.

⁵⁴ Caso 24/75, Rac., 1995, p. 1149.

⁵⁵ Vedere nostro studio "I rapporti tra il regolamento (CEE)n.1408/71 e le convenzioni internazionali nel campo della sicurezza sociale dei lavoratori che circolano all'interno della Comunità", Cahiers de droit européen, 1991, p.449

danese, poiché il diritto comunitario non era ancora applicabile nei rapporti tra la Germania e la Danimarca.

Pertanto la Corte ha potuto far prevalere, a titolo transitorio, a favore del Sig. Rönfeldt le disposizioni contrattuali più favorevoli, applicabili all'epoca in cui il Sig. Ronfeld ha maturato i periodi di assicurazione, rispetto a quelle del regolamento n° 1408/71.

Le circostanze che sono alla base dell' caso *Thévenon* – che riguarda altresì la liquidazione dei diritti alla pensione nei confronti di una convenzione bilaterale tra gli Stati Membri anteriormente all'entrata in vigore dei regolamenti comunitari e più favorevole all'interessato – erano ben diverse: tutti i periodi di assicurazione, maturati in questo caso in Francia e in Germania dal Sig. Thévenon erano stati maturati prima dell'entrata in vigore del regolamento n° 3. In tali condizioni, la regola della sostituzione del diritto comunitario alla convenzione franco-tedesca di sicurezza sociale del 1950 trovava pienamente applicazione anche se la convenzione avrebbe potuto essere più favorevole ai lavoratori (soluzione della sentenza *Walder*).

24. – La sentenza del 5 febbraio 2002, *Kaske* (Caso C-277/99, Rac. p. I-1261) presenta un nuovo caso di applicazione della giurisprudenza *Rönfeldt* consentendo a un cittadino austriaco di avvalersi di una convenzione più favorevole in relazione all'indennità di disoccupazione conclusa tra la Repubblica Federale tedesca e la Repubblica austriaca, al posto delle disposizioni del regolamento n° 1408/71⁵⁶ che avevano per effetto quello di eliminare il diritto al sussidio di disoccupazione austriaco di cui era stato reclamato il beneficio. Effettivamente, se il regolamento n° 1408/71 normalmente si sostituisce alle convenzioni bilaterali, queste ultime possono essere invocate allorché risultino **più favorevoli** e riguardino **periodi anteriori all'adesione**. La Corte ha osservato che i principi derivati dalla sentenza *Rönfeldt* avevano precisamente «*come unico oggetto quello di rendere perenne un diritto acquisito in materia sociale e non organizzato nel quadro del diritto comunitario alla data in cui il cittadino di uno Stato membro che l'invocava poteva beneficiarne. Da quel momento, la circostanza che il regolamento n° 1408/71 sia divenuto applicabile nello Stato membro di origine di un cittadino alla data dell'adesione di tale Stato membro alla Comunità europea e senza incidenza sul proprio diritto acquisito per poter beneficiare di una regolamentazione bilaterale che era l'unica applicabile per lui al momento in cui ha esercitato un diritto di libera circolazione... una tale soluzione poggia sull'idea che l'interessato aveva il diritto di nutrire una fiducia legittima nel fatto di poter beneficiare delle disposizioni della convenzione bilaterale*» (punto 27).

Paragrafo 2: *Convenzione bilaterale di sicurezza sociale ed uguaglianza di trattamento.*

25. Un altro sviluppo interessante da segnalare nel contesto dei rapporti tra il regolamento n° 1408/71 e le convenzioni bilaterali di sicurezza sociale è quello che riguarda le implicazioni del principio dell'uguaglianza di trattamento.

La Corte ha esteso al campo della sicurezza sociale quanto era stato giudicato a proposito delle convenzioni per prevenire la duplice imposizione (vedere CJCE 21

⁵⁶ Gli articoli 3, 6, 67 e 71 del regolamento n° 1408/71.

settembre 1999 *Saint-Gobain ZN*, Caso C-307/97, Rac. p. I-6161, punti 57 a 59). Pertanto si evince dall'importante sentenza del 25 gennaio 2002, *Gottardo* (Caso C-55/00, Rac. p. I-413) «che nell'attuazione degli impegni che vengono assunti in virtù delle convenzioni internazionali che si tratti di una convenzione tra Stati membri o di una convenzione tra uno Stato membro e/o uno o più paesi terzi, gli Stati membri sono tenuti, salvo le disposizioni dell'articolo 307 CE, a rispettare gli obblighi derivanti dal diritto comunitario. A questo proposito il fatto che i paesi terzi non siano tenuti al rispetto di alcun obbligo di diritto rispetto al diritto comunitario non è affatto pertinente» (punto 33).

Pertanto, «allorché uno Stato membro conclude con un paese terzo una convenzione internazionale bilaterale di sicurezza sociale, che prevede di prendere in considerazione dei periodi di assicurazione accumulati nel detto paese terzo per l'acquisizione del diritto a prestazioni di vecchiaia, il principio fondamentale dell'uguaglianza di trattamento impone a tale Stato membro di concedere ai cittadini degli altri Stati membri gli stessi vantaggi rispetto a quelli di cui usufruiscono i propri cittadini in virtù di detta convenzione, a meno che non si possa avanzare una giustificazione obiettiva a questo rifiuto» (punto 34).

A tale riguardo, la Corte ha ritenuto che «rimettere in discussione **l'equilibrio della reciprocità di una convenzione internazionale bilaterale** conclusa tra uno Stato membro e un paese terzo può costituire una giustificazione obiettiva al rifiuto dello Stato membro parte di questa convenzione di estendere ai cittadini degli altri Stati membri gli stessi vantaggi rispetto ai propri cittadini che provengono da tale convenzione (vedere, in questo senso, sentenza *Saint-Gobain ZN*, precitata, punto 60)» (punto 36; è quello che noi facciamo presente).

Tuttavia, nella fattispecie, il governo italiano (che aveva concluso una convenzione con la Confederazione elvetica che prevedeva il calcolo da parte delle autorità italiane, ai fini dell'acquisizione del diritto alle prestazioni di vecchiaia, dei periodi di assicurazione maturati in quest'ultimo stato) non aveva stabilito che gli obblighi che il diritto comunitario impone avrebbero compromesso quelli risultanti dagli impegni assunti dalla Repubblica italiana nei confronti della Confederazione elvetica, e l'eventuale aumento degli oneri finanziari da parte dell'Italia e le difficoltà amministrative legate alla collaborazione con le autorità svizzere competenti non poteva giustificare il mancato rispetto degli obblighi che derivavano dal trattato.

Di conseguenza, spettava alle autorità italiane di prendere in considerazione, ai fini dell'acquisizione del diritto alla prestazione per vecchiaia, i periodi di assicurazione maturati in Svizzera da un cittadino francese, quando alla presenza degli stessi contributi, tali autorità riconoscevano, in applicazione della convenzione internazionale bilaterale, il calcolo di tali periodi maturati dai loro cittadini.

Tale giurisprudenza ha come effetto quello di diminuire l'impatto del **principio di reciprocità** che governa l'instaurazione delle relazioni contrattuali al fine di dare piena efficacia al principio fondamentale dell'uguaglianza di trattamento nell'ordine giuridico comunitario.

TITOLO II I TRATTI FONDAMENTALI DEL REGIME DEL COORDINAMENTO

26. Coordinamento. Il diritto comunitario in maniera generale ricorre alla tecnica del coordinamento per realizzare nel campo della sicurezza sociale, la libera circolazione delle persone. Si tratta, senza mutare il contenuto delle norme, di regolare i rapporti tra i sistemi nazionali di sicurezza sociale dando effetto ad alcuni principi essenziali per garantire una protezione completa e continua dei lavoratori, che esercitano le loro attività professionali in tutto o in parte in un paese diverso da quello di origine, come anche ai membri delle loro famiglie.

Il coordinamento delle legislazioni di sicurezza sociale degli Stati membri presuppone schematicamente il regolamento di quattro tipi di problemi:

- la condizione posta ai lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie nei confronti della legge nazionale per loro applicabile;
- la determinazione della legislazione applicabile agli interessati;
- il trattamento che conviene riservare, in uno stato membro, ai diritti acquisiti nel campo della sicurezza sociale, in un altro Stato membro;
- l'acquisizione dei diritti o il calcolo delle prestazioni di sicurezza sociale nei confronti dei periodi di occupazione, di assicurazione o di residenza maturati in uno Stato membro diverso dallo Stato debitore.

A ciascuno dei quattro problemi corrisponde un principio essenziale; si tratta rispettivamente del principio dell'uguaglianza di trattamento tra connazionali e altri cittadini comunitari del principio dell'unicità della legislazione applicabile (come regola generale, la *lex loci laboris*), del principio del mantenimento dei diritti acquisiti (con l'"esportazione delle prestazioni"), e del principio del mantenimento dei diritti in corso di acquisizione (in base alle tecniche della totalizzazione dei periodi di assicurazione di lavoro o di residenza, e del calcolo in misura pro-rata delle prestazioni).

CAPITOLO 1 L'UGUAGLIANZA DI TRATTAMENTO

27. La regola dell'uguaglianza di trattamento, enunciata al titolo I dell'articolo 39, paragrafo 2, del trattato, nel campo della libera circolazione dei lavoratori, agli articoli 43, capoverso primo, 49, comma primo, e 50, comma 3, del trattato, in materia di libertà di residenza e di libera prestazione di servizio, è reso ancora più concreto nel campo della sicurezza sociale, all'articolo 3 del regolamento n 1408/71, in base al quale le persone che risiedono sul territorio di uno Stato membro e alle quali si applica il regolamento "sono soggette agli obblighi e sono ammesse ai vantaggi della legislazione di qualunque Stato membro alle stesse condizioni rispetto ai residenti, fatte salve le riserve delle disposizioni particolari contenute nel presente regolamento"⁵⁷.

⁵⁷ Occorre anche che le differenziazioni consentite si fondino su criteri di obiettività (cf.infran.36 e ss) Non potremmo ammettere, in base a tale riserva, una disparità di trattamento non giustificata, altrimenti

Paragrafo 1: Il criterio della differenziazione

28. Nazionalità. Ciò che è proibito, sono le discriminazioni riguardo alla nazionalità tra i cittadini degli Stati membri.

Il diritto comunitario non esclude tuttavia l'estensione del vantaggio dell'uguaglianza di trattamento a favore dei cittadini degli stati terzi. Pertanto, la regola dell'uguaglianza di trattamento enunciata all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n 1408/71 favorisce anche i membri della famiglia del lavoratore, qualunque sia la loro nazionalità.

29. Discriminazione manifesta e discriminazione velata. Secondo una formula divenuta celebre la regola dell'uguaglianza di trattamento proibisce non soltanto le discriminazioni manifeste, fondate sulla nazionalità, ma anche tutte quelle forme dissimulate di discriminazione le quali, applicando altri criteri di distinzione, portano di fatto allo stesso risultato⁵⁸.

Tra tali criteri è il caso di far presente quello della **durata della residenza** sul territorio nazionale, considerato come discriminatorio dalla Corte nel caso C-326/90, Commissione c/ Belgio⁵⁹, delle attribuzioni delle prestazioni per i disabili, del reddito garantito per le persone anziane e del minimo di sostentamento e nel caso C-111/91, Commissione c/ Lussemburgo⁶⁰, a proposito del versamento degli assegni per natalità e per maternità.

Verrà letta nello stesso senso la sentenza del 21 settembre 2000, Borowitz (C-124/99, Rac. p. I-7293, punti 29 e seguenti) a proposito di una legislazione nazionale (tedesca) che fissa una soglia minima più elevata per i versamenti pensionistici all'estero rispetto a quelli nazionali, imponendo in pratica una condizione di residenza che viene più facilmente soddisfatta dai connazionali rispetto ai cittadini degli altri Stati membri.

La sentenza pronunciata nel caso 41/84 (Pinna)⁶¹, che rende nullo l'ex articolo 73, paragrafo 2, del regolamento in materia di pagamento delle prestazioni familiari⁶²,

corriamo il rischio, con una disuguaglianza ingiustificata di trattamento, di privare di significato la regola dell'uguaglianza.

⁵⁸ Sentenza del 12 febbraio 1974, Sotgiu, 152/73, Rac. p. 153.

⁵⁹ Sentenza del 10 novembre 1992, Rac. p. I-5517.

⁶⁰ Sentenza del 10 marzo 1993, Rac. p. I-840.

⁶¹ Sentenza del 15 gennaio 1986, Rac.p. I nostro studio "I limiti del coordinamento comunitario delle legislazioni nazionali di sicurezza sociale sul principio de"l'uguaglianza di trattamento dopo la sentenza Pinna, cah, dr. Eur,1986, p.475. Vedere anche sentenze del 2 marzo 1989, Pinna II. Rac p..585, del 12 luglio 1979, Toia, 237/78, Rac. P.2645, a proposito degli assegni familiari ai membri di famiglia riservati alle famiglie i cui figli hanno la nazionalità francese; del 30 maggio 1989, Allue, 33/88, Rac.p.1591, a proposito dell'applicazione di una disposizione di diritto italiano che prevede un limite alla durata del rapporto di lavoro tra le università e i lettori di lingua straniera, mentre tale limite non sussiste, in linea di massima, per gli altri lavoratori; del 12 giugno 1997, Merino Garcia, 266/95, Racc. p.I-3279.

fornisce indubbiamente un elemento di valutazione considerevole a tale riguardo; si tratta di verificare se il criterio, in tal caso **il luogo residenza dei membri della famiglia del lavoratore**, utilizzato certamente senza distinzione apparente di nazionalità, ha "la stessa importanza" per i "lavoratori migranti" rispetto ai lavoratori nazionali. La circostanza che la Corte abbia utilizzato l'espressione "lavoratori migranti" piuttosto di quella di "cittadini ad un altro Stato membro" ha per effetto quello di ampliare in maniera considerevole la portata della regola dell'uguaglianza di trattamento.

Nel caso C-27/91, *Le Manoir*⁶³, la Corte ha considerato che il fatto di subordinare il vantaggio di un alleggerimento degli oneri sociali a carico del datore di lavoro all'impegno, da parte dell'imprenditore, di assumere dei lavoratori tirocinanti provenienti dall'istruzione nazionale di uno stato membro, comporta in realtà una discriminazione tra i lavoratori tirocinanti nazionali e coloro che appartengono ad altri Stati membri, dal momento che "le persone che, nell'ambito di una formazione professionale seguita presso un istituto scolastico, fanno un tirocinio come lavoratori, provengono nella maggior parte dei casi, da un tipo di preparazione impartita nel loro Stato di origine".

La trasposizione al criterio della nazionalità del fatto di aver esercitato o meno il diritto di libera circolazione all'interno della Comunità colpisce in maniera particolare nel caso C-10/90, *Masgio*⁶⁴, in cui la Corte ha dovuto verificare se una disposizione nazionale in materia di calcolo di una pensione di vecchiaia che si accumulava a un indennizzo per infortunio versato in un altro Stato membro, anche se veniva applicata indipendentemente dalla nazionalità dei lavoratori interessati, è "suscettibile di svantaggiare, sul piano della sicurezza sociale, i lavoratori migranti rispetto ai lavoratori che hanno esercitato la loro attività soltanto nel loro Stato membro" (punto 19). La Corte, avendo constatato che il regolamento del cumulo funzionava in maniera diversa a seconda che l'indennizzo venisse versato nello stesso Stato membro o in un altro Stato membro e in maniera sfavorevole per il lavoratore che aveva usufruito di tale diritto, ha ritenuto che la disposizione in causa "era di natura tale da ostacolare la libera circolazione dei lavoratori" ed è contraria agli articoli 7 (attualmente 12) da 48 a 51 del trattato CEE (attuali articoli da 39 a 42 del trattato CE) come anche all'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n 1408/71.

Diversamente, il diritto comunitario non si oppone al fatto che il legislatore nazionale modifichi le condizioni di versamento della pensione per incapacità lavorativa, anche se le rende più rigorose, a patto che le condizioni adottate non comportino alcuna discriminazione palese o velata tra i lavoratori comunitari (sentenza del 20 settembre 1994, *Drake*, 12/93, Rac. p. I-4347). Nella fattispecie, il legislatore olandese aveva introdotto una condizione basata sul reddito per beneficiare di una prestazione a titolo dell'*Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW)*, legislazione sull'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità, avendo la Corte considerato una condizione obiettiva che si applica in maniera indistintamente tanto ai lavoratori nazionali quanto ai lavoratori degli altri Stati membri

⁶² Cf. infra n. 75

⁶³ Sentenza del 21 novembre 1991, Rac. p. I-5538.

⁶⁴ Sentenza del 7 marzo 1991, Rac. p. I-1134.

30. Discriminazione in senso contrario. In relazione all'esame del criterio della differenziazione, cioè la nazionalità, sorge la questione della validità delle discriminazioni in senso contrario, ovvero il problema è quello di sapere se il principio enunciato all'articolo 12 del trattato proibisce a uno Stato membro di trattare i propri cittadini in maniera più rigorosa rispetto a quelli degli altri Stati, e tale questione è stata portata dinanzi alla Corte in diverse occasioni.

Possiamo riassumere in generale la giurisprudenza nel campo della libera circolazione delle persone nel seguente modo: le discriminazioni in senso contrario sono ammissibili quando riguardano dei cittadini nazionali che non sono mai stati soggetti al campo di applicazione del trattato ma, allorché il comportamento personale dell'interessato l'ha posto nelle condizioni di applicazione della regolamentazione comunitaria, il cittadino di uno Stato membro potrà invocare il vantaggio di tale applicazione per non sottostare alle condizioni più rigorose imposte dalla propria legislazione nazionale, rispetto a quelle che risultano dal diritto comunitario.

Occorre dunque distinguere bene le situazioni puramente interne a uno Stato membro, alle quali non si dovrebbero applicare le disposizioni comunitarie dalle situazioni previste dal diritto comunitario.

Pertanto, nel caso 55/77 (Maris)⁶⁵, la Corte ha sentenziato che se "l'articolo 84, paragrafo 4, del regolamento n. 1408/71 impone alle autorità, alle istituzioni e alle giurisdizioni degli Stati membri l'obbligo di accettare, nonostante qualunque disposizione eventualmente divergente o contraria nella loro legislazione nazionale, qualunque richiesta o qualunque altro documento riguardante l'applicazione di detto regolamento redatti nella lingua ufficiale di un altro Stato membro senza che sia permesso operare delle distinzioni in funzione della nazionalità o della residenza delle persone interessate" (punto 19), "trova applicazione solo a favore dei lavoratori che si sono spostati tra due o più Stati membri, come anche i loro aventi diritto" (punto 13). Ciò sta a significare, per esempio, che un cittadino belga, francofono che non emigra, verrà posto in una situazione meno favorevole rispetto ad un cittadino francese, il quale potrà presentare una richiesta redatta in francese presso una giurisdizione di Anversa. Tuttavia, il connazionale che ha esercitato il diritto alla libera circolazione potrebbe vedersi riconoscere il vantaggio dell'articolo 84, paragrafo 4, del regolamento: e così è stato per la signora Maris, di nazionalità belga, la quale aveva lavorato successivamente in Belgio, poi in Francia, dove risiedeva dal 1947.

31. Distacco di un lavoratore in un altro Stato membro. In caso di distacco di un lavoratore in un altro Stato membro da parte dell'azienda da cui dipende normalmente, per esercitare un'attività dipendente per una durata che non superi dodici mesi (e purché non sia stato mandato a sostituire un'altra persona per il periodo del suo distacco) il lavoratore rimane soggetto alla legislazione dello Stato d'origine [articolo 14, punto a), del regolamento n. 1408/71] (vedere il punto 46 che segue).

⁶⁵ Sentenza del 6 dicembre 1977, Rac. p. 2327.

In questa situazione si era trovato il Sig. Terhoeven, cittadino olandese, che aveva trasferito la residenza nel Regno Unito per esercitare un'attività dipendente per conto di un'impresa olandese che ne aveva deciso il distacco. Durante tutto questo periodo egli ha continuato a dipendere dalla legislazione di sicurezza sociale dei Paesi Bassi, suo paese d'origine (sentenza del 26 gennaio 1999, Terhoeven, C-18/95, Rac. pag. I-345).

È stato richiesto alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità con l'ex articolo 48 del trattato CE (attualmente diventato articolo 39 CE) di parecchie disposizioni del regime olandese, in materia di finanziamento della sicurezza sociale, che assoggettava un lavoratore che aveva trasferito durante l'anno la propria residenza in un altro stato membro dove lavorava, a dei versamenti di assicurazione sociale più onerosi rispetto a quelli che sarebbero stati dovuti in circostanze analoghe da un lavoratore se avesse conservato per tutto l'anno la propria residenza nei Paesi Bassi (senza, tuttavia che l'interessato beneficiasse delle prestazioni sociali supplementari)⁶⁶.

Ricordando che in assenza di un'armonizzazione comunitaria, gli Stati membri rimangono liberi di determinare le condizioni di iscrizione al proprio regime di sicurezza sociale, essi devono, tuttavia, nell'esercizio della loro facoltà, rispettare il diritto comunitario e l'articolo 48 del trattato, il quale si oppone "alle misure che potrebbero svantaggiare i cittadini comunitari allorché desiderino esercitare un'attività economica su un territorio di un altro stato membro (vedere in particolare la sentenza del 15 dicembre 1995, Bosman, C-415/93, Rac. Pag. I-4921, punto 94)" (punti da 34 a 39). Ora, "il cittadino di uno Stato membro potrebbe essere scoraggiato dal lasciare lo Stato membro in cui risiede per esercitare un'attività dipendente, ai sensi del trattato, sul territorio di un altro Stato Membro, se gli si dovesse imporre il pagamento di contributi sociali più elevati rispetto al caso in cui mantenesse la propria residenza nello stesso Stato membro durante tutto l'anno, senza pertanto beneficiare delle prestazioni sociali supplementari, in maniera da poter compensare detta maggiorazione" (punto 40)⁶⁷. Ne consegue che una legislazione nazionale come questa è contraria all'ex articolo 48 del trattato.

32. Non discriminazione e assimilazione dei fatti sopravvenuti su territori diversi. Si pone la questione di sapere se la regola dell'uguaglianza di trattamento che mira ad assimilare i cittadini di ciascuno degli Stati membri ai connazionali dello Stato ospitante implichi anche quella di "fatti che si sono verificati sul territorio di ciascuno degli Stati membri a fatti analoghi che si sarebbero prodotti sul territorio dello Stato ospitante o dello Stato competente"⁶⁸.

⁶⁶ Tale svantaggio deriva dal modo in cui sono percepiti i contributi sociali, i quali nei Paesi Bassi sono strettamente collegati all'imposta sullo stipendio e sul reddito, e dal fatto che se una persona fisica è stata assoggettata nel corso dell'anno all'imposta dei residenti e a quella dei non residenti, pur restando soggetta al regime obbligatorio di sicurezza sociale per tutto l'anno, si vede notificare due avvisi di imposta congiunta che fa riferimento all'imponibile massimo in base al quale possono essere percepiti i contributi delle assicurazioni sociali.

⁶⁷ Per valutare l'importanza degli oneri in causa, precisa ancora la Corte, è necessario considerare tutti i redditi pertinenti secondo la legislazione nazionale per calcolare l'ammontare di tali oneri (eventualmente quelli provenienti dagli immobili) e non soltanto i redditi legati esclusivamente all'attività remunerata del lavoratore (punti da 51 a 53).

⁶⁸ Concl. Dell'Avvocato Generale Mayras sul caso n 1/78, Kenny, o.c., p. 1506.

Non esiste un principio generale propriamente detto comunitario che obblighi, in assenza di disposizioni specifiche in tal senso, l'istituto di uno Stato membro ad assimilare dei fatti sopraggiunti in un altro Stato membro a fatti corrispondenti che secondo la legislazione nazionale produrrebbero effetti giuridici soltanto se si fossero verificati sul territorio nazionale⁶⁹.

Tuttavia, l'assenza di assimilazione possibile di taluni fatti o avvenimenti sopraggiunti all'estero a quelli che avrebbero potuto verificarsi sul territorio nazionale in applicazione delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative per dare origine al diritto a determinati vantaggi sociali o fiscali in generale, può costituire una fonte di discriminazione⁷⁰.

Nel campo della sicurezza sociale, la giurisprudenza della Corte non è chiara a tale riguardo. Innanzitutto in base a diverse sentenze, sembra si sia ostili a qualunque tentativo che potrebbe essere fatto per imporre a uno Stato membro, al di fuori di quanto previsto nei regolamenti n 1408/71 e 574/72, ad assimilare un fatto che si è verificato in un altro Stato membro ad uno corrispondente che si sarebbe verificato sul proprio territorio nazionale.

Pertanto, nel caso 66 /77, Kuyken⁷¹, la Corte non ha ammesso, per l'assegnazione dei sussidi di disoccupazione agli ex studenti che non hanno mai avuto un lavoro, a titolo della legislazione di uno Stato membro, l'assimilazione degli studi maturati in un altro Stato membro a quelli maturati in un istituto organizzato, riconosciuto o sovvenzionato dallo Stato competente⁷².

Diversamente, altre sentenze della Corte, soprattutto più recenti, sembrano essere a favore di un riconoscimento di questa tecnica dell'assimilazione dei fatti o degli avvenimenti ai fini della libera circolazione dei lavoratori.

Pertanto la Corte ha giudicato:

- che, "allorché la legislazione dello Stato Membro che fornisce taluni sussidi esige come condizione per versare i medesimi, che il membro della famiglia del lavoratore si tenga a disposizione come disoccupato presso l'ufficio per il

⁶⁹ V. in tal senso l'Avvocato Generale Trabucchi nel caso 20/75, D'Amico, Rac. 1975, p. 202.

⁷⁰ V. sentenza del 15 ottobre 1969, Ugliola, 15/69, Rac. 1969, p. 36, in cui la Corte ha potuto assimilare in base al principio dell'uguaglianza di trattamento attuata dall'ex art. 48 CEE, gli obblighi militari assolti nel paese d'origine a quelli assolti nello stato in cui lavorava per consentire al lavoratore comunitario di avvalersi di una protezione identica a quella del lavoratore nazionale.

Parimenti nel caso C-419/92, Ingetrant Scholz (sentenza del 23 febbraio 1994, Rac. p. I-517), la Corte ha considerato che l'ex art. 48, paragrafo 2, del trattato CE proibisce a un ente pubblico di uno stato membro quando si tratta di reclutare del personale, di fare delle distinzioni nel considerare le precedenti attività professionali, a seconda che le medesime siano state svolte presso un servizio pubblico di questo stesso stato oppure di un altro stato membro..

⁷¹ Sentenza del primo dicembre 1977, Rac. p. 2711.

⁷² V. anche i sentenze del 9 luglio 1975, D'Amico, 20/75, Rac. p. 202; e del 28 giugno 1978, Kenny, precitato.

collocamento sul territorio in cui tale legislazione si applica, tale condizione deve essere considerata soddisfatta allorché il membro della famiglia si tiene a disposizione come disoccupato presso l'ufficio per il collocamento dello Stato membro in cui risiede" (sentenze del 22 febbraio 1990, Bronzino, 228/88 e Gatto, C-12/89, Rac. pagine I-549 e 577);

- A proposito del calcolo di una pensione di vecchiaia risultante dalla trasformazione di una pensione di invalidità, il diritto comunitario si oppone al fatto che un lavoratore migrante non possa avvalersi del vantaggio previsto dalla legislazione nazionale (in questo caso belga) dell'assimilazione dei periodi di invalidità e di attività per il solo motivo che nel momento in cui è sopravvenuta l'incapacità lavorativa la persona in questione era retribuita non dallo Stato membro in questione, ma da un altro Stato membro (sentenza del 9 dicembre 1993, Lepore e.a., C-45 e C-46/92, Rac. p. I-6497);
- che, allorché una legislazione nazionale subordina il diritto a una prestazione a un periodo minimo di assicurazione nel corso del periodo di riferimento precedente al verificarsi del rischio permettendo, in alcuni casi, la proroga di tale periodo, tale legislazione deve prevedere la possibilità di prorogare il periodo in questione allorché i fatti o le circostanze corrispondenti a quelli che permettono la proroga sopravvengano in un altro Stato membro (sentenza del 4 ottobre 1991, Paraschi, C-349/97, Rac. p. I-4501);
- che, allorché la legislazione di uno Stato membro prevede la proroga del diritto a un vitalizio per orfani che hanno più di 25 anni per i titolari di sussidi la cui formazione è stata interrotta perché hanno dovuto svolgere il servizio militare, tale Stato è tenuto ad assimilare il servizio militare assolto in un altro Stato membro al servizio militare assolto nella propria legislazione (sentenza del 25 giugno 1997, Mora Romero, 131/96, Rac. p. I-3659);
- che gli articoli 39, paragrafo 2, CE e 42 CE si oppongono a una legislazione nazionale che non prevede la possibilità di proroga di un periodo di riferimento per il calcolo di un diritto alla pensione quando il versamento degli indennizzi per infortuni, corrispondenti a quelli che permettono una tale proroga avviene in un altro Stato membro⁷³;
- lo stesso dicasi per una regolamentazione nazionale che per determinare i periodi di assicurazione assimilati all'assicurazione per vecchiaia, prende in considerazione, in maniera incondizionata, soltanto i periodi di istruzione che sono stati trascorsi nel territorio nazionale, ma subordina il vantaggio degli assegni per maternità in contanti in virtù della legge nazionale al calcolo dei periodi di istruzione svolti in un altro Stato membro⁷⁴.

Dalla sentenza Kuyken precitata esaminiamo il percorso.

Vale la pena di notare che indipendentemente dalla regola della non discriminazione, la tecnica dell'assimilazione delle situazioni è largamente utilizzata nell'ambito dei regolamenti 1408/71 e 574/72 (principio della totalizzazione dei periodi di

⁷³

CJCE 18 aprile 2002, *Duchon*, Caso C-290/00, Rac. p. I-3567.

⁷⁴

CJCE 7 febbraio 2002, *Kauer*, NLA CASO C-28/00, Rac. p. I-1343, punti 43 et 44; vedere, nello stesso senso, *Elsen*, precitato, punti da 25 a 28.

assicurazione, di occupazione e di residenza per l'inizio del diritto o il calcolo delle prestazioni di sicurezza sociale).

33. Certificati di stato civile. Infine, in tale contesto si farà presente la problematica del riconoscimento dei certificati di stato civile. Non occorre sottolineare la loro importanza pratica per ottenere alcune prestazioni di sicurezza sociale.

Nel caso C-336/94, Dafeki (sentenza del 2 dicembre 1997, Rac. p. I-6774), si pose il problema di sapere se il diritto comunitario impone agli istituti nazionali in materia di sicurezza sociale e alle giurisdizioni nazionali di uno Stato membro di rispettare i certificati e gli atti analoghi provenienti dalle autorità degli altri stati membri e relativi al loro stato civile.

In un caso specifico, una cittadina ellenica nata in Grecia, avendo lavorato in Germania si era presentata davanti alla cassa pensionistica tedesca con la rettifica della propria data di nascita eseguita da un tribunale greco, per beneficiare della pensione anticipata prevista per le donne che hanno compiuto i 60 anni. La cassa tedesca ha rifiutato la richiesta per il fatto che il diritto tedesco riserva la presunzione di esattezza soltanto ai documenti di stato civile che sono stati rilasciati dalle autorità tedesche. Al contrario, trattandosi di documenti esteri, le giurisdizioni tedesche prendono in considerazione il documento rilasciato nel momento più prossimo in senso cronologico all'evento attestato dal documento.

La Corte ha constatato che la forza probatoria accordata dalle disposizioni tedesche ai certificati di stato civile che provengono dalle autorità competenti di un altro Stato membro è inferiore a quella che è accordata ai certificati che vengono rilasciati dalle autorità tedesche, ciò che in pratica va a svantaggio dei lavoratori che provengono da altri Stati membri (punti 12 e 13). Certamente, osserva la Corte, "esistono delle differenze considerevoli tra gli ordini giuridici nazionali per quanto riguarda le condizioni e le procedure che permettono di ottenere una decisione che ratifichi la data di nascita" e "gli Stati membri fino ad ora non hanno né armonizzato la materia, né attuato un sistema per un riconoscimento reciproco di tali decisioni, come quello previsto per le decisioni che rientrano nel campo applicativo della convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (JO 1972, L 299, p. 32)" (punto 16).

In tali condizioni, "le autorità amministrative e giudiziarie di uno Stato membro sono tenute a rispettare i certificati e gli atti analoghi relativi allo status di persone che vengono praticamente emessi dalle autorità competenti degli altri Stati membri, a meno che la loro esattezza non venga seriamente messa in dubbio da indizi concreti che riguardino il caso in questione".

Paragrafo 2: La comparabilità delle situazioni.

34. La regola della relatività. Secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, il divieto di discriminazione si riferisce sia al trattamento diverso di situazioni simili, sia al trattamento identico di situazioni diverse. In breve, non esistono discriminazioni quando le situazioni differenti sono trattate in maniera diversa.

Ciò si è verificato nel caso C-28/92, Leguaye-Neelsen⁷⁵. La signora Marie-Hélène Leguaye-Neelsen, cittadina francese, si era vista rifiutare il rimborso dei contributi obbligatori versati per l'assicurazione pensionistica tedesca, dopo essere entrata nell'amministrazione francese, mentre le persone che entrano nell'amministrazione pubblica tedesca possono richiedere il rimborso dei contributi versati. In realtà, in conformità con la legislazione tedesca, le persone che cessano di essere soggette all'assicurazione obbligatoria in tale paese, senza avere acquisito il diritto ad una pensione futura, come regola generale non hanno alcun diritto al rimborso dei versamenti obbligatori, ma possono continuare ad effettuare dei versamenti volontari presso il regime tedesco per poter acquisire il diritto ad una pensione futura. Tale regola si applica indipendentemente dalla nazionalità del lavoratore.

Proprio perché i lavoratori che hanno versato i contributi per l'assicurazione obbligatoria per meno di sessanta mesi e che entrano successivamente nell'amministrazione pubblica tedesca sono esclusi dal diritto di versare i contributi volontari (al fine di evitare delle situazioni di duplice assicurazione), hanno diritto al rimborso dei contributi versati come contropartita della perdita del diritto a una pensione futura. "La situazione di tali lavoratori, secondo la Corte, non è paragonabile a quella dei lavoratori che, nelle stesse circostanze entrano nell'amministrazione pubblica di un altro Stato membro, considerando che questi ultimi, contrariamente ai primi, in Germania, beneficiano del diritto di versare dei contributi volontari" (punto 15). "Da qui l'applicazione ai lavoratori che entrano nell'amministrazione pubblica di un altro stato membro, del regime generale applicabile ai lavoratori che cessano di essere soggetti all'assicurazione obbligatoria non costituisce una discriminazione proibita dall'articolo 3 del regolamento n. 1408/71."

D'altra parte, nella sentenza del 22 aprile 1993, Levatino, C-65/92⁷⁶, la Corte ha ricordato, a proposito delle regole comunitarie del calcolo della pensione di vecchiaia, la sentenza Mura⁷⁷, in cui aveva considerato che "qualora l'applicazione della regolamentazione comunitaria dovesse comportare un vantaggio per il lavoratore migrante rispetto a colui che non lo era, non avrebbe rappresentato un carattere discriminante in quanto i lavoratori migranti non si trovano in situazioni paragonabili a quelle dei lavoratori che non hanno mai lasciato il loro paese". Inoltre "le eventuali divergenze esistenti a vantaggio dei lavoratori migranti non derivano dall'interpretazione del diritto comunitario, ma dalla mancanza di un regime comune di sicurezza sociale o dalla mancanza di armonizzazione dei regimi nazionali esistenti, che non può essere attenuato semplicemente con il coordinamento attualmente in vigore" (punto 49)

35. Differenze all'interno di uno stesso Stato. Le situazioni devono essere esaminate all'interno di uno stesso Stato membro. È chiaro che la regola dell'uguaglianza di trattamento non riguarda le disparità di trattamento "che possono

⁷⁵ Sentenza del 16 dicembre 1993, Rac. p. I-6857.

⁷⁶ Rac. p. I-2027.

⁷⁷ Sentenza del 13 ottobre 1977, 22/77, Rac. p. 1699, punti 9 e 10.

risultare da uno Stato membro all'altro, a causa delle divergenze esistenti tra tutte le persone che rientrano nella loro applicazione, secondo i criteri obiettivi e senza considerare la loro nazionalità⁷⁸.

Pertanto, il vantaggio che potrebbe trarre un lavoratore migrante rispetto ad un lavoratore sedentario dalle "eventuali divergenze esistenti tra le legislazioni nazionali che esistono di fatto, non derivano dall'interpretazione del diritto comunitario, ma dalla mancanza di un regime comunitario di sicurezza sociale, o da una mancanza di armonizzazione dei regimi nazionali esistenti che non può essere attenuata semplicemente dall'attuale coordinamento in vigore" non è illecito, non essendo possibile rilevare alcuna discriminazione in situazioni legali che non sono paragonabili tra loro (sentenza del 13 ottobre 1977, Mura I, 22/77, Rac. p. 1699; nello stesso senso, sentenza del 22 aprile 1993, Levatino, 65/92).

Come ha osservato l'Avvocato Generale Roemer nel caso 14/68, Wilhem, il divieto di discriminazione non ha per scopo quello di favorire l'armonizzazione del diritto nella Comunità⁷⁹.

Pertanto, nel caso precitato 41/84, Pinna, la Corte di giustizia ha condannato le disuguaglianze di trattamento all'interno della Francia, tra i lavoratori, i cui figli residenti in Francia, per la maggior parte cittadini francesi, che beneficiano delle prestazioni familiari alle tariffe francesi e i lavoratori i cui figli residenti in un altro Stato membro, per la maggior parte migranti, beneficiano degli assegni famigliari alle tariffe dello Stato di residenza, e ciò in base all'ex articolo 73, paragrafo 2, del regolamento n. 1408/71. Tuttavia non potremmo considerare una discriminazione vietata allorché le disparità di trattamento tra uno Stato membro ed un altro derivano dalle divergenze tra i regimi nazionali riguardo alle prestazioni familiari.

Paragrafo 3: Differenziazione obiettiva

36 Considerazioni di ordine demografico. Situazioni paragonabili non potrebbero essere trattate in maniera diversa a meno che non esistano giustificazioni obiettive e non arbitrarie.

Pertanto, considerazioni di ordine demografico, secondo la Corte, non potrebbero giustificare una differenza di trattamento in base alla nazionalità, per ottenere le prestazioni di sicurezza sociale, in quanto "il regolamento n. 1408/71 non fa alcuna differenza tra i regimi di sicurezza sociale cui si applica, a seconda che tali regimi seguano o meno gli obiettivi della politica demografica"⁸⁰.

⁷⁸ Caso 1/78, Kenny, o.c., punto 18; sentenza del 27 settembre 1988, Lenoir, 313/86, Rac. p. 5391.

⁷⁹ Rac. 1968, p. 30; v. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti sul caso 155/80, Oebel, Rac. p. 2013.

⁸⁰ V. sentenze del 12 luglio 1979, Toia, 237/78, Rac. p. 2645; del 14 gennaio 1982, Reina, 65/81, Rac. p. 33, A proposito dei prestiti alla nascita che non potrebbero essere sottratti, secondo la Corte, all'applicazione delle regole del diritto comunitario relative alla libera circolazione delle persone "per il solo fatto che sono concessi in considerazione della politica demografica" (punto 15), Caso 41/84, Pinna, precitato.

37. Territorialità delle prestazioni. Nello stesso senso, le questioni sulla territorialità delle prestazioni di sicurezza sociale non potrebbero di per sé costituire una giustificazione obiettiva poiché uno dei fini fondamentali del regolamento n. 1408/71 e dell'articolo 42 del trattato è precisamente quello di permettere il mantenimento dei diritti acquisiti (la loro esportazione) qualunque sia la residenza del lavoratore o dei membri della sua famiglia. In realtà, i regimi nazionali della sicurezza sociale sono, in prima istanza, territoriali; tutto il problema consiste nel sapere se al di là di tale territorialità che il Consiglio intende limitare, se non addirittura sopprimere, in base all'articolo 42 del trattato, esistono delle circostanze che obiettivamente possano giustificare modalità particolari per mantenere i diritti acquisiti senza arrivare all'eliminazione di qualunque rischio di disuguaglianza tra lavoratori (Vedere sentenza del 13 luglio 1976, Triches, 19/76, Rac. p. 1243, e sentenza Lenoir, precitata)

Osserveremo che gli inconvenienti risultanti dal frazionamento delle prestazioni di sicurezza sociale, in particolare in materia di assicurazione per vecchiaia, per il fatto di aver svolto la carriera professionale sul territorio di diversi Stati membri (e che per quanto possibile sono d'altra parte limitati dalle disposizioni del regolamento n. 1408/71) non potrebbero costituire una violazione al principio della non discriminazione. Effettivamente, tali inconvenienti, come la Corte ha fatto notare nel 'caso 146/93 (sentenza del 7 luglio 1994, McLachlan, Rac. p. I-3229; vedere altresì la sentenza del 21 marzo 1990, Cabras, 199/88, Rac. p. I-1023), sono inerenti al fatto che l'articolo 42 del trattato non "tende ad organizzare un regime comune di sicurezza sociale, ma si limita semplicemente a stabilire delle regole di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale negli Stati membri".

Pertanto, il fatto di non aver preso in considerazione, in conformità con l'articolo 49, par. 1, lettera a), del regolamento, nel calcolo dell'ammontare della pensione a carico di uno Stato, sotto la legislazione del quale un lavoratore ha acquisito un diritto alla pensione, alcuni periodi di assicurazione maturati sotto la legislazione di un altro Stato membro, non costituirebbe un'ulteriore violazione al principio della non discriminazione (sentenza del 7 luglio 1994, precitata).

Paragrafo 4: Carattere assoluto del divieto di discriminazione

38. Il divieto di discriminazione, una volta sancito, è assoluto, incondizionato, qualunque sia la natura o la gravità della discriminazione (per esempio, sentenze del 4 aprile 1974, Commissione/Francia, 167/73, Rac. p. 359; del 12 dicembre 1974, Walrave, 36/74, Rac. p. 1405; del 3 dicembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rac. p. 1299).

Tale divieto viene imposto alle azioni delle istituzioni delle Comunità europee e anche a quelle degli Stati membri (come, per esempio, in materia di prestazioni familiari; l'invalidazione dell'ex articolo 73, paragrafo 2, del regolamento n. 1408/71 con la sentenza del 15 giugno 1986 che ha comportato la modifica del regolamento). Non è importante che le disposizioni in causa "siano determinate dalle regole dettate dal potere centrale, dalle autorità di un paese membro di uno Stato federale o da altri enti

territoriali oppure dalle autorità assimilate ad essi dal diritto nazionale" (sentenza del 3 luglio 1974, Casagrande, 9/74, Rac. p. 773).

Effettivamente, la circostanza che una determinata materia sia di competenza degli Stati membri, non esonera affatto questi ultimi dall'obbligo di applicare la legislazione senza discriminazioni e senza creare ostacoli al libero esercizio dei diritti che sono garantiti dagli articoli 39 e successivi del trattato che garantisce la libertà di circolazione delle persone.

Il divieto delle discriminazioni viene imposto anche ai privati, (la precitata Walrave). Tale constatazione non è così teorica come appare nel campo della sicurezza sociale se si pensa alle forme private di assicurazione sociale che non sono certamente previste dal regolamento n. 1408/71, ma dalle regole dell'uguaglianza di trattamento, enunciate agli articoli dal 12 al 39, paragrafo 2, del trattato.

CAPITOLO 2: LA DETERMINAZIONE DELLA LEGISLAZIONE APPLICABILE

39. Obiettivo. La regolamentazione comunitaria designa, di fronte ad una determinata situazione internazionale, per ogni eventualità contemplata, la legislazione di sicurezza sociale di un determinato Stato membro che chiameremo "Stato membro competente", in base alla quale sorgono degli obblighi o sono concesse le prestazioni⁸¹.

Il titolo II del regolamento n. 1408/71 (dall'articolo 13 all'articolo 17bis) contiene le regole che permettono la determinazione della legislazione applicabile nella generalità dei casi, ma occorre altresì far riferimento ad altre regole particolari cui collegarsi, regole contenute nel titolo III del regolamento (relativo alle diverse categorie di prestazioni) e al regolamento applicativo stesso (n. 574/72).

"Tali disposizioni, come ha fatto notare la Corte di giustizia, hanno lo scopo di evitare l'applicazione contemporanea di diverse legislazioni nazionali con le complicazioni che ne potrebbero derivare, ma devono altresì impedire che le persone che rientrano nel campo di applicazione del regolamento n. 1408/71 siano private della protezione in materia di sicurezza sociale, in mancanza di una legislazione che sarebbe applicabile nei loro casi"⁸².

Paragrafo 1: Prevalenza della "lex loci laboris"

40. In linea di massima, in conformità con l'articolo 13, paragrafo 2, lettere a) e b), del regolamento 1408/71, il lavoratore è sottoposto alla legislazione dello Stato in cui è dipendente (a) oppure autonomo (b), anche se risiede in un territorio di un altro Stato membro, oppure trattandosi di un lavoratore dipendente, qualora il datore di

⁸¹ I termini "autorità competente", "istituzione competente" e "Stato competente" sono definiti all'articolo primo, lettere l), o) e q), del regolamento n. 408/71.

⁸² V. sentenza del 3 maggio 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rac. p. I-1769; v. altresì sentenze del 10 luglio 1986, Luijten, 60/85, Rac. p. 2365; del 24 marzo 1994, Van Poucke, C-71/93, Rac. p. I-1101; del 16 febbraio 1995, Calle Grenzshop Andresen, C- 425/93, Rac. p. I-269; del 13 marzo 1997, Huijbrechts, C-131/95, Rac. p. I-1409.

lavoro che lo ha assunto abbia la propria sede o il proprio domicilio sul territorio di un altro Stato membro.

E' il caso di notare che l'articolo 13, al paragrafo 2, lettera a), non introduce alcuna distinzione a seconda che l'attività dipendente venga esercitata a tempo pieno o a tempo parziale (V. Caso C-2/89, precitati, punto 14).

Il fatto che il lavoratore sia sottoposto alla legislazione dello Stato in cui lavora presuppone anche che il datore di lavoro sia soggetto alla stessa legislazione per quanto concerne l'obbligo di versare i contributi, anche se il datore di lavoro risiede in un altro Stato.⁸³

La scelta della *lex loci laboris*, collegandosi per via secondaria alla legge del paese di residenza, in particolare nel caso in cui si lavori in più di un luogo,⁸⁴ è conforme ad una concezione "bismarkiana", ancora dominante nella regolamentazione comunitaria, secondo la quale i costi della sicurezza sociale sono a carico dello Stato in cui il lavoratore esercita la propria attività e versa i contributi a tale regime. Il diritto positivo dell'Europa dei sei Stati, del resto, era dominato dal sistema dell'assicurazione del lavoro. Osserviamo che dopo l'adesione degli Stati in cui sono presenti dei sistemi universalisti di sicurezza sociale e tenuto conto dell'evoluzione delle politiche nazionali di sicurezza sociale che si apprestano ad interessare tutta la popolazione, attiva o meno, sono state avanzate delle critiche di fronte ad una concezione comunitaria "statica" per risolvere i conflitti delle leggi⁸⁵. Tuttavia, è il caso di osservare che la scelta del fattore di collegamento si colloca nel quadro della libera circolazione dei lavoratori dipendenti o meno, e pertanto è coerente riferirsi, a titolo principale, al luogo in cui viene esercitata l'attività economica per determinare la legislazione applicabile. L'assenza di omogeneità sufficiente dei regimi nazionali di sicurezza sociale rafforza tale idea. Non si potrebbe nascondere il fatto che la

⁸³ V. sentenza del 24 giugno 1975, *Football Club d'Andlau*, 8/75, Rac. p. 739.

⁸⁴ La regolamentazione comunitaria si discosta da alcuni orientamenti per alcune particolarità. Sono in particolare previsti:

- i casi di attività professionali esercitate in diversi Stati membri: si fa applicazione a titolo sussidiario alla legislazione dello Stato di residenza (confrontare art. 14, paragrafo 2, lettera b, e 14bis, paragrafo 2) o dello Stato del luogo in cui viene esercitata l'attività dipendente (art. 14quater);
- i casi di distacco di un lavoratore in un altro Stato membro per un periodo limitato, in cui viene applicata la legislazione dello Stato della sede dell'impresa (art. 14, paragrafo primo, lettere a) e 14bis);
- o ancora le ipotesi di cumulo di prestazioni; pertanto sono designate, secondo i casi, la legislazione del luogo del parto (art. 8, paragrafo primo, del regolamento n. 574/72), del luogo del decesso (art. 9, paragrafo primo), o la legislazione cui l'interessato è stato sottoposto nella sua ultima attività (art. 8, paragrafo primo, in fine; art. 8, paragrafo 2, art. 8bis; art. 9bis; art. 10bis; ecc.)

⁸⁵ V. P. RODIERE, "La sentenza Bentzinger e la giurisprudenza della CGCE relativa ai conflitti di legge", *RTDE*, 1974, pp. 431 e 441. Le regole internazionali di collegamento sono evidentemente determinate dai caratteri fondamentali dei sistemi nazionali di sicurezza sociale. Sull'evoluzione di questi ultimi vedere in particolare J.J. DUPEYROUX, *Diritto della sicurezza sociale* Parigi, Précis, Dalloz, 1984, pp. 202 e ss.; G. PERRIN, "Cento anni di assicurazione sociale", *Rivista belga di sicurezza sociale*, 1983, p. 837; "La sicurezza sociale in passato e al presente", *RFAS*, 1979, p. 87.

questione della scelta del sistema nazionale di sicurezza sociale competente è altresì, e innanzitutto, una questione di ripartizione finanziaria tra gli Stati membri dei costi della sicurezza sociale dei lavoratori che circolano all'interno della Comunità, la quale è legata a un principio di solidarietà finanziaria.

Comunque sia, in mancanza di disposizioni specifiche nel regolamento per designare espressamente la legge nazionale applicabile a una tale situazione giuridica, la Corte di giustizia, ritiene che si applichi la legislazione dello Stato in cui si lavora in conformità con l'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento⁸⁶.

41. Caso di lavoratore inattivo. Il regolamento n. 2195/91 del 25 giugno 1991 (GUCE 1991, n. L 206) ha introdotto all'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1408/71 un nuovo punto f che tratta della persona cui la legislazione di uno Stato membro cessa di essere applicabile senza che subentri la legislazione di un altro Stato membro. Ai sensi di tale disposizione, la persona cui fino ad allora era applicabile la legislazione di uno Stato membro in quanto in esso esercitava la sua attività professionale, cessa di esserlo, tale persona sarà soggetta alla legislazione dello Stato di residenza qualora nessuna legislazione diventi applicabile in base alle disposizioni degli articoli da 13 a 17 del regolamento.

La data e le condizioni alle quali la legislazione di uno Stato membro cessa di essere applicabile per la persona a cui abbiamo fatto riferimento sono determinate in conformità con le disposizioni di tale legislazione⁸⁷.

Disposizioni particolari escludono alcune conseguenze (in materia di totalizzazione dei periodi di assicurazione) dall'applicazione del punto f nuovo dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento n. 1408/71 per gli Stati la cui legislazione considera semplicemente periodi di residenza per avere il diritto a talune prestazioni di sicurezza sociale (regolamento n. 1408/71, allegato VI, rubriche "G. Irlanda" e "P. Regno Unito" modificata dal regolamento n. 2195/91, precitato).

42. Datore di lavoro. Il fatto che il lavoratore sia sottoposto alla legislazione dello Stato in cui lavora presuppone altresì il fatto che anche il datore di lavoro sia sottoposto alla stessa legislazione per quanto riguarda l'obbligo di versare i contributi, anche se quest'ultimo risiede in un altro Stato (sentenza del 24 giugno 1975, Football Club d'Andlau, 8/75).

Osserveremo che:

- il datore di lavoro non può essere costretto al pagamento di contributi maggiorati per il fatto di avere il domicilio o la sede della propria impresa sul territorio di uno Stato membro diverso da quello dello Stato competente (regolamento articolo 91);

⁸⁶ V. Caso 58/87, Rebmann, sentenza del 29 giugno 1988, Rac. 1988, p. 3467.

⁸⁷ Vedere l'articolo 10ter nuovo del regolamento n. 574/72, introdotto dal regolamento n. 2195/91 del 25 giugno 1991, precitato.

- i contributi dovuti all'istituto di uno Stato membro possono essere recuperati sul territorio di un altro Stato membro, in base ad una procedura amministrativa e con le garanzie e i privilegi previsti in materia di recupero dei contributi, dalla legislazione di quest'ultimo Stato (regolamento articolo 92).

Qualora il datore di lavoro non abbia la sede nello Stato membro del territorio in cui viene occupato il lavoratore può concordare con il lavoratore dipendente che quest'ultimo soddisfi gli obblighi del datore di lavoro per il versamento dei contributi. Il datore di lavoro pertanto sarà tenuto a comunicare un simile accordo all'istituto competente, o eventualmente, all'istituto designato dall'autorità competente dello Stato membro precitato (vedere regolamento 574/72 articolo 109). È chiaro che in tal caso il datore di lavoro dovrà rimborsare al lavoratore l'importo della quota dei contributi a suo carico.

Paragrafo 2: Carattere obbligatorio della scelta della legislazione applicabile

43. Il carattere obbligatorio delle regole di collegamento contenute nel regolamento risulta indubbiamente dalla priorità del diritto comunitario sui diritti interni. Ne deriva che i lavoratori non avrebbero la libera scelta della legislazione nazionale applicabile, anche se si trovassero nelle condizioni di essere soggetti a diversi regimi nazionali, e nello stesso modo "gli Stati membri non dispongono della facoltà di determinare in quale misura viene applicata la propria legislazione o quella di un altro Stato membro", essendo tenuti "a rispettare le disposizioni del diritto comunitario in vigore"⁸⁸. L'applicazione di una legislazione nazionale viene determinata in funzione di taluni criteri obiettivi dalle regole comunitarie; il collegamento a tale legislazione nazionale è determinato dal diritto comunitario, come è stato giudicato dalla Corte di giustizia nel caso 12/67 (Guissart), dipende dalle circostanze obiettive in cui si trova il lavoratore ed è al di fuori della sua libera scelta⁸⁹. L'Avvocato Generale VerLoren van Themaat pertanto ha così precisato nelle proprie conclusioni nel caso 276/81 (Kuijpers), che "non spetta allo Stato membro prescrivere una regola - a carico degli altri Stati membri - evitando il cumulo d'applicazione di diverse legislazioni in quanto è lo stesso regolamento ad indicare la regola da seguire in materia di controversie" (Rac. 1982, p. 3051).

Il carattere obbligatorio delle regole del collegamento è stato affermato in modo chiaro a proposito del diritto al sussidio di disoccupazione dei lavoratori frontalieri⁹⁰. A differenza dei lavoratori che sono completamente disoccupati, diversi dai lavoratori frontalieri e che dispongono in virtù dell'articolo 71, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 1408/71, di una scelta tra le prestazioni dello Stato in cui lavorano e quelle dello Stato di residenza, i lavoratori frontalieri beneficiano, in base alle

⁸⁸ V. sentenza del 23 settembre 1982, Kuijper, 276/81, Rac. p. 3027. Paragonare con sentenze del 24 aprile 1980, Coonan, 110/79, Rac. p. 1445 e del 23 settembre 1982, Koks, 275/81, Rac. p. 3013. V. parimenti l' caso 302/84, Ten Holder, precitato, punto 21, e sentenze del 10 luglio 1986, Luijten, 60/85, Rac. p. 2368; del 4 ottobre 1991, De Paep, C-196/90, Rac. p. I-4828.

⁸⁹ Sentenza del 13 dicembre 1967, Rac. p. 551.

⁹⁰ Sentenza del 12 giugno 1986, Miethe, 1/85, Rac. 1837; vedere anche sentenza del 29 giugno 1988, Rebmann, 58/87, Rac. 3467.

disposizioni dell'articolo 71, paragrafo 1, lettere a), ii), dello stesso regolamento, soltanto delle prestazioni dello Stato di residenza. Secondo la Corte di giustizia, "l'articolo 71, paragrafo 1, lettera a), ii), del regolamento n. 1408/71, deve essere interpretato nel senso che un lavoratore frontaliero completamente disoccupato e che rientra nel campo di applicazione di tali disposizioni può pretendere esclusivamente le prestazioni dello Stato membro in cui risiede, anche se rientrerebbe nelle condizioni richieste dalla legislazione dello Stato membro dell'ultimo lavoro per ottenere il diritto alla prestazione" (Caso Miethe, precitato).

Si farà riferimento anche alla sentenza del 5 marzo 1998, Molenaar (C-160/96, Rac. p. I-843) che sottolinea il carattere obbligatorio delle regole di collegamento a tale regime di sicurezza sociale di uno Stato membro, contenute nel regolamento n. 1408/71, senza che l'assicurato possa scegliere di rinunciare al vantaggio delle prestazioni previste da tale regime e, di conseguenza, richiedere di essere esonerato dai contributi corrispondenti.

Tali sviluppi si uniformano bene allo scopo della regolamentazione comunitaria in tale materia, che è quello di evitare imprecisioni e cumuli di oneri che possano risultare dall'applicazione contemporanea di regimi di diversi Stati membri.

Paragrafo 3: Unicità ed esclusività della legislazione applicabile

44. L'articolo 13, al paragrafo 1, enuncia il principio dell'unicità della legislazione applicabile, che governa il complesso delle regole di collegamento contenute agli articoli 13, paragrafo 2, 17 bis del regolamento.

Ne risulta in particolare che soltanto lo Stato membro la cui la legislazione è applicabile è autorizzato a percepire dei contributi del lavoratore in questione⁹¹, e quindi il regime applicabile in materia di contributi segue di pari passo quello che si applica alle prestazioni. Notiamo che sono consentiti dei vantaggi per i quali non sono avvenuti i versamenti dei contributi⁹²: nei regimi di sicurezza sociale, prestazione e contributi non sono sempre collegati gli uni agli altri, nel senso che il versamento dei contributi dovrebbe condizionare la concessione della prestazione.

Al di là della legislazione applicabile si pone la questione di sapere se le regole del collegamento siano tali da escludere in qualunque circostanza l'applicazione di una legislazione di uno Stato membro diversa da quella designata dalle disposizioni comunitarie senza violare gli articoli da 39 a 42 del trattato.

Il meno che si possa dire è che la giurisprudenza della Corte non si è sempre espressa nello stesso modo su tale argomento.

⁹¹ V. Caso 102/76, Perenboom, Rac. 1977, p. 824.

⁹² V. le conclusioni dell'Avvocato Generale VerLoren van Themaat nell' 275/81, Koks, Rac. 1982, p. 3026.

Dopo aver giudicato nei casi 92/63 (Nonnenmacher), precitati, e 19/67 (sentenza del 5 dicembre 1967, Van der Vecht, Rac. p. 445) che l'applicazione contemporanea di più legislazioni nazionali era consentita, anche se ciò aveva per effetto quello di aumentare gli oneri contributivi dei lavoratori o quelli dei datori di lavoro, dal momento che comportava un vantaggio per l'interessato, cioè un "aumento della protezione sociale corrispondente", la Corte di giustizia ha difeso la tesi di una applicazione rigida della regola dell'esclusività della legislazione applicabile designata dai regolamenti negli affari 302/84 (Ten Holder), 60/85 (Luijten) e 1/85 (Miethe), precitati.

45. Incidenza sulle condizioni di concessione delle prestazioni. La sicurezza sociale di un determinato Stato membro deve essere integralmente applicabile al lavoratore. Le condizioni per ottenere le prestazioni sono dunque quelle previste dalla legislazione nazionale applicabile⁹³. designazione di una legislazione applicabile, implica, concretamente, che il regime di... **MANCA UNA FRASE**.

Tuttavia, per determinare se esistono le condizioni previste dalla legislazione per ottenere le prestazioni, occorre tenere conto degli altri principi guida comunitari, cioè il mantenimento dei diritti acquisiti o in corso di acquisizione e l'uguaglianza del trattamento.

Va da sé che le condizioni di iscrizione di una persona a un regime di sicurezza sociale non possono avere l'effetto di escludere dall'applicazione della legislazione in questione le persone alle quali tale legislazione è applicabile in virtù del regolamento n. 1408/71⁹⁴.

46 Ricorso dell'istituto debitore dei confronti del terzo responsabile. L'articolo 93, al paragrafo 1, del regolamento consente a un istituto di sicurezza sociale che ha versato delle prestazioni a seguito di un danno verificatosi sul territorio di un altro Stato membro, di esercitare nei confronti del terzo responsabile del danno i ricorsi previsti dal diritto applicabile, che si tratti di ricorsi per surrogazione o di un'altra tecnica giuridica (vedere sentenza del 12 novembre 1969, 27/69, Mutua assistenza medica, Rac. p. 405, punto 15). Pertanto il diritto conferito agli istituti nazionali di sicurezza sociale costituisce il complemento logico ed equo delle regole che determinano la legislazione applicabile e l'estensione degli obblighi di detti istituti sul complesso del territorio della Comunità, estensione che deriva dalle disposizioni del regolamento (vedere sentenze dell'11 marzo 1965, Van Dijk, 33/64, Rac. p. 131; del 9 dicembre 1965, Hessische Knappschaft, 44/65, Rac. p. 1191).

Di conseguenza, ogni Stato membro riconosce la surrogazione dell'istituto debitore nei diritti che il beneficiario delle prestazioni detiene nei confronti del terzo tenuto a

⁹³ A titolo di esempio, vedere sentenze del 9 gennaio 1978, Recq, 84/77, Rac. p. 7; del 12 luglio 1976, Brunori, 266/78, Rac. p. 2705; del 24 aprile 1980, Coonan, 110/79, Rac. p. 1445; del 17 maggio 1984, Brusse, 101/83, Rac. p. 2223; del 24 settembre 1987, De Rijke, 43/86, Rac. p. 3611; del 28 febbraio 1989, Schmitt, 29/88, Rac. p. 581; del 18 maggio 1989, Troiani, 368/87, Rac. p. 1333; del 3 maggio 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rac. p. I-1755; del 13 marzo 1997, Huijbrecht, C-139/93, Rac. p. I-1409; del 11 giugno 1998, Kuurijärvi, C-275/96, Rac. p. I-3419.

⁹⁴ Sentenze del 4 ottobre 1991, De Paep, C-196/90, Rac. p. I-4828; del 3 maggio 1990, Kits van Heijningen, C-2/89, Rac. p. I-1755.

riparare il danno, o il diritto dell'istituto debitore ad agire direttamente contro il terzo qualora queste misure giuridiche siano previste a favore dell'istituto debitore da parte della legislazione dello Stato membro cui appartiene l'istituto medesimo⁹⁵.

Paragrafo 4: Regole particolari ed eccezioni al principio del Paese in cui viene svolto il lavoro

47. Il principio della *lex loci laboris* ammette alcune modifiche ed eccezioni formulate specialmente agli articoli 14 e 17 bis del regolamento n. 1408/71. Effettivamente, come ha osservato la Corte di giustizia nel caso 101/83 (Brusse)⁹⁶, in alcune situazioni particolari, l'applicazione pura e semplice della regola di cui all'articolo 13, paragrafo 2, lettera a), rischierebbe non di evitare, ma al contrario di creare, sia per il lavoratore che per il datore di lavoro e per gli organismi di sicurezza sociale, alcune complicazioni di carattere amministrativo i cui effetti sarebbero quelli di ritardare l'inoltro delle pratiche concernenti i lavoratori e di ostacolare pertanto l'esercizio della loro libera circolazione (considerando il p.10). Sono altresì previste al titolo III del regolamento n. 1408/71 e nel regolamento n. 574/72 alcune regole specifiche relative a tali situazioni giustificate dalla natura del lavoro in discussione e delle prestazioni che vengono fornite all'interessato o ai suoi aventi diritto, in base a "considerazioni sociali e di efficienza pratica".

Le diverse situazioni regolate dalle disposizioni particolari dei regolamenti possono essere classificate nella seguente maniera:

- Funzionari e personale assimilato: applicazione della "legislazione dello Stato membro cui appartiene l'amministrazione presso la quale sono occupati (articolo 13, paragrafo 2, d)).
- Persone chiamate al servizio militare o al servizio civile da uno Stato membro: applicazione della legislazione di tale Stato (articolo 13, paragrafo 2, e)).
- Persona per la quale la legislazione di uno Stato membro cessa di essere applicabile senza che diventi applicabile la legislazione di un altro Stato membro in conformità con le altre regole del rinvio: applicazione della legislazione dello Stato di residenza (art. 13, paragrafo 2, f).
- Gente di mare: applicazione della legge di bandiera (articolo 13, paragrafo 2, c))⁹⁷.
- Lavoratori occupati nei porti o nelle acque territoriali di uno stato membro: applicazione della legislazione di tale Stato (articolo 14 ter, paragrafo 3).

⁹⁵ Per un caso di applicazione, vedere sentenza del 2 giugno 1994, DAK, C-428/92, Rac. p. I-2270.

⁹⁶ Sentenza del 17 maggio 1984, Rac. p. 2223; V. anche sentenza del 29 giugno 1988, Rebmann, 58/87, precitate.

⁹⁷ L'articolo 14 ter del regolamento contiene diverse eccezioni a tale regola.

- Lavoratori distaccati: applicazione della legislazione dello Stato di provenienza a condizione che la durata prevista del lavoro non superi i dodici mesi (salvo proroghe eccezionali) e che la persona non sia stata inviata in sostituzione di un'altra persona al termine del periodo del proprio distacco (per evitare la prassi delle "rotazioni") (articolo 14, paragrafo 1).

Nella celebre sentenza Manpower del 17 dicembre 1970 (35/70, Rac. p. 1251), la Corte ha sottolineato l'obiettivo di tale ultima eccezione alla regola dello Stato di occupazione [all'epoca contenuta all'articolo 13, alla lettera a), del regolamento n. 3]: si tratta di promuovere la libera prestazione di servizi a vantaggio delle imprese che li utilizzano inviando dei lavoratori in altri Stati membri diversi da quello in cui sono residenti e di favorire l'interpenetrazione economica, (punto 10), evitando che un'impresa che ha sede in uno Stato membro sia obbligata ad iscriverne i propri lavoratori, soggetti normalmente alla legislazione di sicurezza sociale di tale Stato, al regime di sicurezza sociale di un altro Stato membro in cui sarebbero mandati per poter svolgere dei lavori di una durata limitata nel tempo (punto 11). La Corte ha pertanto considerato che tale eccezione era applicabile ad una azienda di lavoro interinale che desidera offrire dei servizi transfrontalieri, a condizione che eserciti un'attività "normale" nello Stato membro in cui ha sede (punto 16).

Nella sentenza del 10 febbraio 2000, Fitzwilliam (C-202/97, Rac. p. I-883), la Corte ha precisato ancora una volta le condizioni di applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 1408/71 per i lavoratori interinali distaccati in un altro Stato membro per evitare che il ricorso a tale disposizione non venga distolto dalla propria finalità e non si trasformi in realtà in una volontà deliberata di sfuggire all'applicazione della regola generale dello Stato di occupazione.

Secondo la Corte devono essere rispettate due condizioni.

Da una parte deve sussistere un legame organico tra l'azienda e i lavoratori che l'azienda ha distaccato sul territorio di un altro Stato membro per la durata del loro distacco. È sufficiente a tale riguardo che il lavoratore in questione sia posto sotto l'autorità dell'azienda.

D'altra parte, l'azienda di lavoro interinale deve esercitare normalmente attività nello Stato membro in cui risiede, cioè esercitarvi "abituamente attività significative". A tale riguardo, la Corte cita alcuni criteri che caratterizzano tali attività:

"il luogo in cui ha sede l'azienda e la sua amministrazione, l'effettivo del personale amministrativo che lavora rispettivamente nello Stato membro in cui ha sede l'azienda e nell'altro Stato membro, il luogo in cui i lavoratori distaccati vengono reclutati e quello in cui vengono conclusi la maggior parte dei contratti con i clienti, la legge applicabile ai contratti di lavoro conclusi dall'azienda con i lavoratori, da una parte, e con i clienti dall'altra, e anche il giro d'affari realizzato durante un periodo sufficientemente significativo in ciascuno degli Stati membri interessati" (punto 43).

Tuttavia, la natura dei lavori affidati rispettivamente ai lavoratori messi a disposizione delle aziende situate sul territorio dello Stato membro in cui è situata l'azienda di lavoro interinale e ai lavoratori distaccati sul territorio di un altro Stato membro non ha importanza.

Stando così le cose, nell'ipotesi di un distaccamento di lavoratori, l'istituto competente dello Stato membro in cui l'azienda di lavoro interinale ha sede dovrà normalmente rilasciare un attestato (E101) da cui risulti il regime di sicurezza sociale applicabile durante il periodo di distacco. Per i principi dell'unicità della legislazione applicabile e di sicurezza giuridica, "in tale attestato deve risultare necessariamente il regime dell'altro Stato membro che non è suscettibile di essere applicato" (punto 49). "Si crea quindi una presunzione di regolarità di iscrizione dei lavoratori distaccati al regime di sicurezza sociale dello Stato membro in cui ha sede l'azienda di lavoro temporaneo" e si impone quindi all'istituto dello Stato membro in cui sono distaccati tali lavoratori (punto 53). Da questo momento, "fintantoché il certificato E 101 non è stato ritirato o dichiarato invalido, l'istituto competente dello Stato membro, in cui sono stati distaccati i lavoratori, deve tenere conto del fatto che questi ultimi sono già sottoposti alla legislazione di sicurezza sociale dello Stato in cui l'impresa che li ha assunti: Una volta stabilita tale situazione non si dovrebbe sottoporre i lavoratori in questione al proprio regime di sicurezza sociale" (punto 55).

Tuttavia la Corte osserva che il principio di cooperazione leale, di cui all'articolo 5 del trattato (attuale articolo 10 CE) "impone all'istituto competente di procedere a una valutazione corretta dei fatti che attengono all'applicazione delle regole per la determinazione della legislazione applicabile in materia di sicurezza sociale, e pertanto, di garantire l'esattezza di quanto figura all'attestato W 101" (punto 51). Occorre quindi "riconsiderare la fondatezza del certificato rilasciato ed eventualmente ritirarlo allorché l'istituto competente dello Stato membro, in cui sono distaccati i lavoratori, dubiti dell'esattezza dei fatti riportati in tale certificato e quindi delle menzioni che vi figurano" (punto 56).

Inoltre, è sempre consentito agli istituti interessati, che non riescano a mettersi d'accordo, di fare appello alla commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, indipendentemente dalla possibilità per lo Stato membro sul territorio del quale sono distaccati i lavoratori interessati di avviare una procedura per violazione al titolo dell'articolo 170 del trattato (attuale articolo 227 CE) (punto 58).

- Lavoratori indipendenti che si recano in un altro Stato membro per esercitare un lavoro l'articolo 14 bis, paragrafo 1, del regolamento n. 1408/71 contiene una disposizione simile a quella dell'articolo 14, paragrafo 1, questa volta applicabile ai lavoratori autonomi che si recano in un altro Stato membro per effettuare un lavoro occasionale: tali lavoratori restano anche assoggettati alla legislazione del primo Stato in cui esercitano normalmente un'attività autonoma.

Nel sentenza Banks e.a., precitata, la Corte è stata invitata a precisare il termine "lavoro" effettuato in un altro Stato membro: viene considerata una prestazione di lavoro dipendente o autonoma, o unicamente un lavoro non dipendente?

Nella fattispecie, il signor Banks e altri cantanti d'opera insieme a un direttore di orchestra avevano contestato la trattenuta dei contributi sui loro cachet da parte del Teatro reale de la Monnaie (TRM) ai sensi del regime generale di sicurezza sociale belga dei lavoratori *dipendenti*. Secondo loro in applicazione dell'articolo 14 bis, paragrafo 1, del regolamento, erano sottoposti esclusivamente al regime di sicurezza

sociale britannico come lavoratori autonomi poiché esercitavano normalmente la loro attività professionale nel Regno Unito, in cui d'altra parte risiedevano e erano stati ingaggiati dal Teatro reale de la Monnaie per lavorare in Belgio per un periodo di tre anni con meno di tre mesi di attività in totale (ad eccezione di uno solo tra loro i cui contratti invece riguardavano un periodo un po' superiore ai quattro mesi di prestazioni).

La Corte, interpretando alla lettera l'articolo 14 bis, paragrafo 1, lettera a) (punto 21), come fatto eccezionale sui lavori preparatori (punto 23)⁹⁸, ha considerato che il termine doveva intendersi per qualunque prestazione di lavoro, dipendente o autonomo. **Il "lavoro" deve consistere in "un compito determinato il cui tenore e la cui durata sono definiti in precedenza, e la cui realtà deve essere comprovata dalla produzione di contratti corrispondenti"** (punto 27).

- Lavoratori occupati in diversi Stati membri: applicazione della legislazione dello Stato di residenza del lavoratore, se vi esercita una parte della propria attività (articolo 14, paragrafo 2, b), e 14 bis, paragrafo 2, del regolamento): altrimenti, applicazione della legislazione della sede o del luogo dell'attività principale⁹⁹.

- Persone che esercitano contemporaneamente un'attività dipendente e un'attività autonoma sul territorio di differenti Stati membri: l'articolo 14 quater, lettera a), del regolamento n. 1408/71 determina la legislazione applicabile alle persone che esercitano contemporaneamente un'attività dipendente e un'attività autonoma sul territorio di due o più Stati membri; si tratta della legislazione dello Stato sul territorio del quale la persona esercita la propria attività dipendente, o qualora eserciti una tale

⁹⁸ La proposta iniziale della Commissione (GU 1978, C 14, p. 9) utilizzava i termini "prestazioni di servizio" intendendo così riservare l'applicazione della disposizione soltanto al caso della realizzazione di un lavoro autonomo sul territorio di un altro Stato membro.

⁹⁹ Per i casi di applicazione, vedere

- sentenza del 16 febbraio 1995, Calle Grenzshop Andresen, C-425/93, Rac. p. I-291, a proposito di un lavoratore danese residente in Danimarca e occupato esclusivamente in un'azienda che ha la sede sociale in Germania, specializzata nella vendita dei vini, alcolici e articoli da regalo. Nell'ambito di tale rapporto di lavoro l'interessato esercitava in maniera regolare per diverse ore la settimana e per un periodo che non era stato limitato a dodici mesi, una parte della propria attività in Danimarca.

La Corte ha ritenuto che, in applicazione dell'articolo 14, paragrafo 2, lettera b), sulla sicurezza sociale danese, l'interessato rientrava nel sistema di sicurezza sociale danese e, pertanto, che l'organismo tedesco non doveva reclamare i contributi per l'interessato poiché quest'ultimo li versava già all'ente danese.

Inoltre, la circostanza che l'attività esercitata dall'interessato in Danimarca superava la durata dei dodici mesi, escludeva che si potesse fare applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera a) (che riguarda il distacco, da parte di un'azienda che ha sede in uno Stato membro, di un lavoratore in un altro Stato membro per un periodo inferiore a 12 mesi e che designa, come legge applicabile, la legislazione del primo Stato);

- sentenza del 13 ottobre 1993, Zinnecker, C-121/92, Rac. p. I-5023 riguardante il caso di un cittadino tedesco residente in Germania che esercitava un'attività autonoma al 50% in questo stato e per l'altro 50% nei Paesi Bassi: in virtù dell'articolo 14 bis del regolamento n. 1408/71, la legislazione applicabile è quella dello Stato membro in cui risiede il lavoratore autonomo, in questo caso la legislazione tedesca. Qui l'interessato non era stato assicurato né in Germania né nei Paesi Bassi, e non poteva quindi reclamare presso le autorità olandesi i contributi in base al diritto olandese per la propria attività nei Paesi Bassi.

attività sul territorio di due o più Stati membri, della legislazione determinata in conformità con l'articolo 14, paragrafo 2 o 3 (in generale, applicazione a titolo sussidiario della legislazione dello Stato di residenza¹⁰⁰).

L'applicazione dell'articolo 14 quater del regolamento richiede che si possa determinare la natura delle attività professionali esercitate nei diversi Stati membri. Ora, le nozioni di attività dipendente e di attività non dipendente non sono definite dal regolamento. Le difficoltà pratiche legate a tale assenza di definizione hanno portato la Corte di giustizia a porre fine alla discussione. E così ha deciso che, da quanto richiesto per l'applicazione del titolo II del regolamento relativo alla determinazione della legislazione applicabile, sarebbe stato il caso di fare riferimento alla legislazione di sicurezza sociale dello Stato sul territorio del quale l'attività veniva esercitata per qualificare l'attività di dipendente e non dipendente (sentenza del 30 gennaio 1997, de Jaeck, C-340/94, Rac. p. I-461 e Hervein, C-221/95, Rac. p. I-609).

Il signor de Jaeck, di nazionalità belga, esercitava nel 1984 una duplice attività professionale. Oltre alle attività autonome sul territorio belga dove risiedeva, il Signor de Jaeck era il direttore e l'unico azionista di una Società a responsabilità limitata nei Paesi Bassi, in cui si recava generalmente due giorni a settimana. In base a questa ultima attività, gli era stato richiesto di dover versare i contributi al regime generale delle assicurazioni sociali olandesi. Pertanto si è posta la questione di sapere se le attività nei Paesi Bassi dovevano essere considerate come attività dipendenti o autonome per l'applicazione degli articoli 14 bis o 14 quater del regolamento, e più in generale del titolo II.

Quanto al Signor Hervein, di nazionalità francese e residente in Francia, aveva esercitato fino all'ottobre 1986, in Francia e in Belgio, un'attività professionale simile (funzioni di PDG président-directeur général e amministratore delegato di società di diritto belga in francese). È evidente che durante il periodo del contenzioso, il Signor Hervein non era stato legato da un contratto di lavoro, in assenza di un rapporto di subordinazione con le imprese in causa. In base al regime di sicurezza sociale belga, il Signor Hervein era considerato come un lavoratore autonomo, mentre in base alla legislazione francese era sottoposto al regime di sicurezza sociale dei dipendenti (senza perdere la propria qualità di lavoratore non dipendente, dal punto di vista del diritto del lavoro, poiché non era stato legato all'azienda francese da nessun rapporto di subordinazione). Allora si poneva la questione di sapere quale qualifica attribuire all'attività esercitata in Francia nei confronti degli articoli 14 bis e 14 quater del regolamento, e più in generale del titolo II.

Nelle due sentenze precitate, la Corte ha ritenuto che "se è vero che le disposizioni del titolo II del regolamento si riferiscono letteralmente alle persone che esercitano

¹⁰⁰ Fatti salvi i casi menzionati all'allegato VII del regolamento, che danno luogo, conformemente all'articolo 14 quater, lettera b), all'applicazione congiunta delle due legislazioni nazionali. Ciò accade allorché l'attività non dipendente è esercitata in Francia e l'attività dipendente in un altro Stato membro (salvo il caso del Lussemburgo) o ancora qualora l'attività non dipendente agricola sia esercitata in Francia e un'attività dipendente a Lussemburgo: la persona è soggetta alla legislazione di ciascuno di questi Stati per quanto concerne l'attività esercitata sul suo territorio. L'attività dipendente esercitata sul territorio di un altro Stato tuttavia può essere presa in considerazione per conferire eventualmente all'attività non dipendente esercitata sul territorio di uno Stato membro, il carattere di attività complementare, con le conseguenze favorevoli al lavoratore, che ne derivano sul piano dei contributi (articolo 14, quinquies, paragrafo 2).

un'attività dipendente o autonoma, e non ai lavoratori dipendenti o autonomi, un'interpretazione logica e coerente del campo di applicazione personale del regolamento del sistema delle regole del conflitto di legge che si verifica impone l'interpretazione delle nozioni in causa del titolo II del regolamento alla luce delle definizioni dell'articolo 1, lettera a)". "Di conseguenza, allo stesso modo in cui la qualifica di dipendente o di non dipendente di un lavoratore, ai sensi dell'articolo 1, lettera a) e 2, paragrafo 1, del regolamento, risulta dal regime nazionale di sicurezza sociale al quale tale lavoratore si è iscritto, conviene intendere per attività dipendente e attività non dipendente, riferendosi al titolo II del regolamento le attività che sono ritenute tali dalla legislazione applicabile in materia di sicurezza sociale nello Stato membro sul territorio del quale tali attività sono esercitate".

- Persone che esercitano contemporaneamente un'attività di funzionario e un'attività dipendente o autonoma sul territorio di diversi Stati membri: in base all'articolo 14 sexies del regolamento n. 1408/71, l'interessato è sottoposto alla legislazione dello Stato membro in cui rientra nel regime speciale dei funzionari.

Come per il lavoratore di cui all'articolo 14 quater, alla lettera b), l'articolo 14 quinquies prevede che l'interessato venga trattato, ai fini dell'applicazione della legislazione applicabile, come se esercitasse tutte le proprie attività professionali sul territorio interessato.

- Persone che esercitano contemporaneamente un'attività di funzionario in diversi Stati membri: in virtù dell'articolo 14 septies, una persona che è contemporaneamente dipendente in due o più Stati membri come funzionario (o personale assimilato) e che almeno in tali Stati appartiene a un regime speciale di funzionari è assoggettato alla legislazione di ciascuno di tali Stati membri.

I funzionari non rientrano nella regola dell'unicità della legislazione applicabile.

- Lavoratori di imprese frontaliere: applicazione della legge della sede (art. 14, par. 3, e 14 bis, par. 3).

- Personale in servizio per missioni diplomatiche e di posti consolari e agenti ausiliari delle comunità europee: applicazione della lex loci laboris, salvo la possibilità di optare a favore della legislazione dello Stato che lo accredita, di invio o di origine (art. 16)¹⁰¹.

- Lavoratori che beneficiano di accordi in deroga agli articoli 13 e 16 del regolamento, conclusi nel loro interesse, tra due o più Stati membri o istituti di sicurezza sociale (art. 17).¹⁰²

¹⁰¹ Vale la pena tuttavia di osservare che la decisione di un membro del personale di servizio di un posto consolare o diplomatico di optare per l'applicazione della legislazione sociale dello Stato d'invio non ha per effetto quello di privare il coniuge di un vantaggio di sicurezza sociale (come gli assegni familiari) che gli viene assicurato, indipendentemente dalla copertura sociale del proprio coniuge, e dalla legislazione dello Stato membro nel quale risiede, fatta esclusione per le regole che sono contro il cumulo contenute nella regolamentazione comunitaria (vedere a tale riguardo art. 10, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 574/72) (vedere sentenza del 3 giugno 1999, Gómez Rivero, C-24/97, Rac. p. I-3219).

¹⁰² Vedere Caso 101/83, Brusse, precitato.

- Titolari di pensioni o di rendite: i titolari di pensioni o di rendite dovute ai sensi della legislazione di uno o più Stati membri che trasferiscono la loro residenza sul territorio di un altro Stato membro possono, dietro loro richiesta, essere esonerati dall'applicazione della legislazione dello Stato di residenza (in particolare, allorché hanno già diritto alle prestazioni per malattia o agli assegni familiari per i figli a carico ai sensi della legislazione di un altro Stato membro), a condizione che non siano stati soggetti a tale legislazione per l'esercizio di un'attività professionale (regolamento n. 1408/71, articolo 17 bis).

- Persone distaccate in un paese terzo: fa parte della giurisprudenza costante che la sola circostanza che le attività di un lavoratore siano esercitate al di fuori del territorio della Comunità non costituisce un fatto sufficiente per eliminare l'applicazione delle regole comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori, poiché il rapporto di lavoro mantiene un collegamento sufficientemente stretto con il territorio della Comunità. In tal modo, nella situazione di un cittadino olandese che abita nei Paesi Bassi, quando viene assunto da un'azienda che ha sede in Germania e inviato immediatamente in Thailandia, ci si collega alla circostanza che il lavoratore comunitario è stato assunto da un'impresa di un altro Stato membro e per questo fatto è stato iscritto nel regime di sicurezza sociale di tale Stato (sentenza del 29 giugno 1994, Alderwereld, C-60/93, Rac. p. I-2991).

Resta da determinare la legislazione applicabile a tale lavoratore. Nel caso 60/93 precitato, la Corte dopo aver pronunciato gli elementi di collegamento con la legislazione di uno Stato membro (cioè il luogo di residenza del lavoratore e il luogo in cui aveva sede il datore di lavoro) ha ricordato che, nel sistema del regolamento, l'applicazione della legislazione dello Stato membro di residenza del lavoratore sembra una regola accessoria che interviene soltanto nell'ipotesi in cui tale legge presenti un legame di collegamento con il rapporto di lavoro. Pertanto, allorché un lavoratore non risiede su un territorio di uno degli Stati membri in cui esercita la propria attività, normalmente si applica la legge della sede o del domicilio del datore di lavoro. Pertanto, per determinare nella fattispecie la legge applicabile, la Corte si è riferita all'articolo 14, § 2, b, ii, del regolamento n. 1408/71, in cui si prevede l'applicazione della legislazione dello Stato in cui ha la sede o il domicilio il datore di lavoro. Ne risulta che l'interessato, per il fatto di essere dipendente in quel posto, è debitore dei versamenti sociali in conformità a tale legislazione e non può reclamare questi contributi in applicazione della legislazione dello Stato membro sul territorio in cui risiede.

48. D'altra parte, al titolo III del regolamento, le disposizioni particolari per le diverse categorie di prestazioni contengono altresì diverse regole di collegamento. In particolare citiamo:

- l'articolo 57, paragrafo 1, in materia di prestazioni per malattie professionali allorché l'interessato è stato esposto allo stesso rischio in diversi Stati membri (in linea di principio applicazione della legislazione dell'ultimo Stato in cui è stato esposto al rischio);

- l'articolo 71 in materia di sussidio di disoccupazione, allorché il disoccupato durante il suo ultimo lavoro, risiedeva in uno Stato membro diverso dallo Stato di competenza (vedere infra n. 74);

- l'articolo 73 in materia di prestazioni familiari allorché i figli risiedano in uno Stato membro diverso dallo Stato in cui lavora l'interessato (vedere infra n. 76);
- l'articolo 76 nel caso di cumulo dei diritti a prestazioni in virtù degli articoli 73 o 74 e per l'esercizio di un'attività professionale nel paese di residenza dei membri della famiglia (prevalenza della legislazione dello Stato di residenza della famiglia);
- l'articolo 77, paragrafo 2, in materia di prestazioni per figli a carico del titolare di pensione o di rendita (vedere infra n. 80);
- l'articolo 78, paragrafo 2, in materia di prestazioni per gli orfani (vedere infra n. 80);
- l'articolo 79, paragrafi 2 e 3, in casi di cumulo di prestazioni per figli a carico di pensionati o per orfani e di prestazioni collegate all'esercizio di un'attività professionale (prevalenza della legislazione dello Stato dell'attività professionale).

49. Complemento differenziale in materia di prestazioni familiari. Per quanto riguarda la concessione delle prestazioni familiari (capitolo 7 del titolo III del regolamento) e delle prestazioni per i figli a carico dei pensionati e per gli orfani (capitolo 8), la Corte di giustizia ha messo a punto, attraverso una giurisprudenza detta sul "complemento differenziale", la regola in base alla quale il complesso delle prestazioni acquisite per i figli a carico nei diversi Stati membri, devono essere garantite ai lavoratori che si spostano nella Comunità "nei limiti degli importi più elevati di tali prestazioni". Ne risulta che le regole anti-cumulo di cui agli articoli 76 e 79, paragrafo 3, del regolamento n. 1408/71 e 10, paragrafo 1, del regolamento n. 574/72, che hanno per effetto quello di sospendere il diritto ad una delle prestazioni concomitanti, così come le regole di collegamento contenute agli articoli 73, 77, paragrafo 2, 78, paragrafo 2, e 79, paragrafo 2, che decidono qual è la legislazione applicabile per la concessione delle prestazioni considerate, non possono applicarsi che parzialmente allorché l'ammontare delle prestazioni il cui versamento viene sospeso è superiore a quello delle prestazioni acquisite in base a disposizioni comunitarie precitate: in tali casi, queste ultime si applicheranno soltanto fino alla concorrenza dell'ammontare effettivamente versato ai sensi della legislazione che designano o di cui mantengono l'applicazione. .

La "regola dell'effetto parziale" è stata inaugurata nel caso 100/78 (sentenza del 6 marzo 1979, Rossi, Rac. p. 831), che illustra in maniera topica l'importanza dell'interpretazione teleologica nell'attuazione del diritto comunitario¹⁰³.

¹⁰³ Vedere a proposito

- dell'articolo 76: sentenze del 23 aprile 1986, Ferraioli, 153/84, Rac. p. 1401; del 27 giugno 1989, Georges, 24/88, Rac. p. 1905;
- dell'articolo 77, paragrafo 2, b, i: sentenze del 12 giugno 1980, Laterza, 733/79, Rac. 1915; dell'11 giugno 1991, Athanasopoulos e altri, C-251/89, Rac. p. I-2797;

L'articolo 76 è stato modificato dal regolamento n. 3427/89 del 30 ottobre 1989 (GUCE L 331, p. 1) per esprimervi la regola sul complemento differenziale emessa dalla giurisprudenza precitata della Corte. Questo stesso regolamento ha aggiunto a tale articolo un secondo paragrafo che dispone che "quando una domanda di prestazione non sia stata presentata nello Stato membro nel territorio nel quale risiedono i membri della famiglia, l'istituto competente dell'altro Stato membro può applicare le disposizioni del paragrafo 1 (applicazione della regola del divieto di cumulo) come se fossero concesse delle prestazioni nel primo Stato membro". Tale modifica tende ad attenuare le conseguenze, sul piano della ripartizione finanziaria tra gli Stati membri interessati, dei costi delle prestazioni familiari risultanti dalle sentenze della Corte in base alle quali non possono applicarsi le regole anticumulo per la Comunità, a meno che il lavoratore sia concretamente nella posizione di ottenere due prestazioni in due ordini giuridici distinti, il che presuppone che egli abbia effettivamente presentato in tempo utile, la propria domanda ai due istituti competenti interessati¹⁰⁴.

Quello che intende la giurisprudenza per complemento differenziale deve essere ancora precisato. Secondo la Corte, quando i diritti alle prestazioni per i figli a carico, nella fattispecie i diritti del titolare di pensione o di rendita o dell'orfano, non sono sorti se non con l'applicazione delle regole del cumulo previste dal regolamento, visto il ragionamento che sottende tale giurisprudenza, non c'è modo di garantire il versamento di un complemento della prestazione. Effettivamente, in tale situazione, l'applicazione delle regole comunitarie, ovvero degli articoli 77 e 78 del regolamento n. 1408/71, non priva gli interessati delle prestazioni accordate in virtù della sola legislazione di un altro Stato membro (vedere sentenza del 27 febbraio 1997, Bastos Moriana, C-59/95, Rac. p. I-1071; vedere altresì sentenza del 7 maggio 1998, Gómez Rodríguez, C-13/96, Rac. p. I-1071).

-
- dell'articolo 77, paragrafo 2, a: sentenza del 14 marzo 1989, Baldi, 1/88, Rac. p. 667;
 - dell'articolo 78, paragrafo 2, b, i: sentenze del 9 luglio 1980, Gravina, 807/79, Rac. p. 3811; del 12 luglio 1984, Patteri, 242/83, Rac. p. 3171; del 14 marzo 1989, Baldi, precitato; dell'11 giugno 1991, Athanosopoulos e altri precitato; del 19 marzo 1992, Doriguzzi-Zordanin, C-188/90, Rac. p. I-2053; del 18 febbraio 1993, Gobbis, C-218/91, Rac. p. I-720;
 - dell'articolo 78, paragrafo 2, b, ii: sentenza del 14 dicembre 1988, Ventura, 269/87, Rac. p. 6411;
 - dell'articolo 78, paragrafo 2, ultima frase: sentenza del 24 novembre 1983, D'Amario, 320/82, Rac. p. 3811;
 - dell'articolo 10, paragrafo 1, a, del regolamento n. 574/72 (nella versione anteriore al regolamento n. 1660/85): sentenze del 19 febbraio 1981, Beeck, 104/80, Rac. p. 503; del 4 luglio 1985, Kromhout, 104/84, Rac. p. 2213;
 - dell'articolo 10, paragrafo 1, a e b, i (nella versione anteriore al regolamento n. 1249/92): sentenza del 9 dicembre 1992, McMEnamin, C-119/91, Rac. p. I-6393).

¹⁰⁴ Vedere sentenze del 20 aprile 1978, Ragazzoni, 134/77, Rac. p. 963; Rossi, 100/78, precitato; del 13 novembre 1984, Salzano, 191/83, Rac. p. 3741; Ferraioli, 153/84, precitata; del 4 luglio 1990, Kracht, C-117/89, Rac. p. I-2794.

In altre parole, perché uno Stato membro sia tenuto al versamento di un complemento differenziale, ai sensi dell'applicazione degli articoli 77, paragrafo 2, i, e 78, paragrafo 2, b), i del regolamento, a favore dei titolari di pensioni o di rendite o di orfani residenti in un altro Stato membro, nel caso in cui l'ammontare delle prestazioni familiari fornite da quest'ultimo Stato di residenza designato dal regolamento come Stato competente sia inferiore a quello delle prestazioni previste dalla legislazione del primo Stato, secondo la Corte occorre che il diritto alla pensione e/o alla rendita o il diritto dell'orfo sia acquisito esclusivamente in base ai periodi di assicurazione maturati nel primo Stato

CAPITOLO 3 IL MANTENIMENTO DEI DIRITTI ACQUISITI

50. Obiettivo. Il mantenimento dei diritti acquisiti è una delle esigenze fondamentali del coordinamento internazionale in materia di sicurezza sociale. Tale principio, derivante dal diritto internazionale classico sulla sicurezza sociale, significa chiaramente che un lavoratore non può perdere il vantaggio di una prestazione di sicurezza sociale per il semplice fatto di avere la residenza in uno Stato membro diverso da quello sotto la legislazione del quale ha acquisito il diritto o potrebbe acquisirlo, attenuando pertanto gli effetti della territorialità che domina in gran parte le legislazioni nazionali per quanto riguarda il pagamento o l'acquisizione delle prestazioni della sicurezza sociale.

Nel diritto comunitario, tale regola del mantenimento dei diritti acquisiti ha una finalità che chiarisce tutta la sua portata: si deve consentire l'esercizio del diritto della libera circolazione¹⁰⁵. L'articolo 42, alla lettera b), del trattato vi si riferisce espressamente.

La regolamentazione comunitaria distingue a tale riguardo:

- le prestazioni di invalidità, di vecchiaia o per i superstiti, gli indennizzi per infortuni sul lavoro o per malattie professionali e le pensioni di reversibilità, in breve, le prestazioni a lungo termine allorché le parti interessate hanno cessato di lavorare e desiderano normalmente ritornare nel proprio Paese d'origine;
- le prestazioni speciali di carattere non contributivo;
- le altre prestazioni, generalmente a breve termine.

Per le prime esiste una disposizione generale che non tiene conto delle clausole di residenza (articolo 10, paragrafo 1, del regolamento n. 1408/71), tenuto conto d'altra parte delle modalità di applicazione, per il pagamento delle prestazioni, contenute nel regolamento n. 574/72; per le seconde, l'articolo 10 bis del regolamento n. 1408/71 comporta una deroga alla regola dell'esportazione, giustificata dalla natura delle prestazioni in questione; per le terze occorre riferirsi, settore per settore, alle

¹⁰⁵ Vedere sentenza del 7 novembre 1973, Smieja, 51/73, Rac. p. 1213; del 4 luglio 1990, Camera, 92/81, Rac. p. 2213; del 24 febbraio 1987, Giletti e.a., 379, 380, 381/85 e 93/86, Rac. p. 971; del 2 maggio 1990, Winter-Lutzins, 293/88, Rac. p. I-1639.

disposizioni particolare contenute al titolo III del regolamento n. 1408/71, come anche alle loro modalità applicative.

Paragrafo 1: *Le pensioni e gli indennizzi per infortuni sul lavoro o per malattie professionali.*

51. Ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, del regolamento, "a meno che il presente regolamento non disponga diversamente¹⁰⁶, le prestazioni in contanti di invalidità, di vecchiaia o di reversibilità, le pensioni di invalidità per infortuni sul lavoro o per malattie professionali e gli assegni per decesso acquisiti in base alla legislazione di uno o più Stati membri non possono subire alcuna riduzione, né modifica, né sospensione, né soppressione, né confisca per il fatto che il beneficiario risieda sul territorio di uno Stato membro diverso da quello dell'istituto erogante".

Come ha fatto rilevare la Corte in diverse occasioni, lo scopo di tale disposizione è quello di "favorire la libera circolazione dei lavoratori proteggendo gli interessati contro i danni che potrebbero derivare dal trasferimento della residenza da uno Stato membro ad un altro"¹⁰⁷.

Resta inteso che l'articolo 10, paragrafo 1, non tiene conto né delle clausole di residenza che si collegano al versamento delle prestazioni, né di quelle che si collegano all'acquisizione stessa del diritto alle prestazioni, neppure se il titolare della prestazione non avesse più la residenza nello Stato di competenza o non avesse mai risieduto in tale Stato (confrontare per esempio il caso del coniuge superstite di un lavoratore migrante che ha sempre vissuto nel Paese di origine)¹⁰⁸.

Infine, è opportuno notare che l'articolo 10, al paragrafo 1, contempla soltanto le prestazioni di invalidità, di vecchiaia o di reversibilità, le pensioni per invalidità per infortuni sul lavoro o per malattie professionali e gli assegni in caso di decesso; in altri termini, riguarda i titolari di prestazioni che, in generale, hanno cessato di lavorare e che, normalmente, desiderano ritornare nel loro Stato di origine. Quindi è applicabile soltanto alle prestazioni che sono espressamente menzionate in tale articolo, tra le quali, per esempio non figurano le prestazioni familiari (sentenza dell'11 giugno 1998, Kuusijärvi, C-275/96).

Ciò non significa che le altre prestazioni di sicurezza sociale non siano esportabili (prestazioni per malattia, per disoccupazione o familiari) ma che, per poterne usufruire al di fuori dello Stato di competenza, occorre fare riferimento direttamente alle disposizioni particolari che le regolano (titolo III del regolamento).

52. Sistema di assicurazione basato soltanto sul criterio della residenza. Tuttavia occorre osservare che la regola dell'articolo 10, al paragrafo 1, precitato, non

¹⁰⁶ Vedere a tale riguardo l'articolo 10 bis del regolamento relativo all'esportazione delle prestazioni non contributive di tipo misto, infra n. 53.

¹⁰⁷ Vedere i casi 51/73, Smieja; 92/81, Camera; e 379, 380, 381/85 e 93/86, Giletti e.a., precitati.

¹⁰⁸ Vedere i casi Smieja, Camera e soprattutto Giletti precitati e il caso Van Roosmalen, precitato. Vedere altresì la sentenza del 6 luglio 2000, Movrin, C-73/99, Rac. 5265, punto 33.

può essere applicata senza restrizioni ad un sistema di assicurazione *in cui il semplice fatto di risiedere sul territorio nazionale è sufficiente per essere assicurato*. Si tratta del sistema di concessione di pensione di vecchiaia generalizzato nei Paesi Bassi, ragione per cui l'allegato VI, titolo "Paesi Bassi", punto 2, del regolamento n. 1408/71, contiene modalità particolari per l'attuazione del principio dell'esportazione per quanto concerne la legislazione olandese, modalità che tendono a stabilire tra l'interessato e il regime olandese un legame sufficientemente stretto¹⁰⁹.

Paragrafo 2: Prestazioni speciali a carattere non contributivo

53. Il regolamento comprende alcune regole particolari di coordinamento che si applicano alle prestazioni di carattere non contributivo, destinate a coprire a titolo suppletivo, complementare o accessorio, le eventualità che corrispondono ai rami della sicurezza sociale previsti dal regolamento n. 1408/71, o ad assicurare la protezione specifica dei disabili. (vedere articolo 4, paragrafo 2 bis, nuovo).

Tali prestazioni, il cui elenco figura per ciascuno Stato membro all'allegato II bis del regolamento, vengono conferite unicamente sul territorio dello Stato di residenza e in base alla legislazione di tale Stato, totalizzando, se necessario, i periodi di occupazione, di attività professionale o di residenza maturati in qualunque altro Stato membro. Queste prestazioni sono a carico dell'istituto erogante situato nel luogo di residenza.. Diverse regole equivalenti sono previste per attenuare la diversità delle legislazioni nazionali, per quanto riguarda le condizioni richieste per concedere le prestazioni (vedere articolo 10 bis nuovo).

Nella sentenza del 4 novembre 1997, Snares (C-20/96), la Corte ha riconosciuto la validità del regolamento n. 1247/92, la cui legalità, nei confronti del trattato, era stata contestata in quanto limitava l'esportabilità delle prestazioni previste e ostacolava pertanto la libera circolazione delle persone.

Nella fattispecie, il Signor Snares, dopo aver lavorato 25 anni come dipendente nel Regno Unito, aveva beneficiato di un sussidio come disabile (DLA) in seguito a un incidente. Poco dopo decise di stabilirsi a Tenerife e lo comunicò all'amministrazione britannica. A quel punto quest'ultima decise di sopprimere il diritto a questo indennizzo dal momento della sua partenza, in quanto tale sussidio era subordinato alla condizione di risiedere nello Stato erogante, in conformità all'articolo 10bis del regolamento n. 1408/71, modificato dal regolamento n. 1247/92, e dall'allegato II bis, che cita questo tipo di sussidio come prestazione speciale a carattere non contributivo.

La Corte ha giudicato che le prestazioni "strettamente legate all'ambiente sociale", come la concessione dell'assegno di invalidità, sono condizionate alla residenza (vedere sentenza del 27 settembre 1988, 313/86, Lenoir, punto 16) (punto 42). Inoltre, la circostanza che una persona che si trova nella situazione del signor Snares non soddisfi le condizioni nelle quali lo Stato della sua nuova residenza consente il versamento di un assegno per invalidità non è di natura tale, secondo la Corte, da

¹⁰⁹ Vedere la sentenza Winter-Lutzins, precitata, che riconosce la validità di una tale regolamentazione specifica, contenuta all'allegato VI del regolamento.
V. altresì la sentenza del 30 marzo 1993, de Wit, C-282/91, Rac. p. I-1238.

invalidare il regime introdotto dalla legislazione comunitaria che permette il mantenimento della condizione di residenza:

"Effettivamente secondo la giurisprudenza della Corte (vedere in particolare la sentenza [del 20 febbraio 1997], Martínez Losada e.a., [C-89/95, C-102/95 e C-103/95, punto 43), in mancanza di armonizzazione in materia di sicurezza sociale, gli Stati membri sono competenti per definire le condizioni da soddisfare per ottenere le prestazioni sociali, anche se queste diventano più rigorose, a patto che le condizioni adottate non comportino delle discriminazioni palesi o velate tra i lavoratori comunitari" (punto 45).

A questo riguardo la Corte ha precisato che il regime introdotto dall'articolo 10 bis del regolamento n. 1408/71 contiene delle regole di coordinamento che sono destinate precisamente a proteggere gli interessi dei lavoratori migranti in conformità alle disposizioni dell'articolo 42 del trattato, nel senso che lo Stato di residenza deve tenere conto degli elementi sopravvenuti negli altri Stati membri (periodi di occupazione e di residenza, constatazione di invalidità o di disabilità, concessione di prestazione) (punti 46 e 48) (vedere anche a proposito della concessione del sussidio per disabili, sentenza dell'11 giugno 1998, Partridge, C-297/96 precisata).

D'altronde, secondo la Corte, la nozione di "Stato membro nel quale risiedono", che figura all'articolo 10bis del regolamento n. 1408/71, significa lo Stato nel quale le persone interessate risiedono abitualmente e nel quale si trova anche il centro abituale dei loro interessi (sentenza del 25 febbraio 1999, Swadding, C-90/97 Rac. p. I-1090). In tale contesto, è il caso di prendere in considerazione in maniera particolare la situazione familiare del lavoratore, le ragioni che lo hanno portato a spostarsi, la durata e la continuità della residenza, il fatto di disporre eventualmente di un'occupazione stabile e l'intenzione del lavoratore, come risulta dalle circostanze (vedere, mutatis mutandis, riguardo l'articolo 71, paragrafo 1, lettere b), ii), del regolamento n. 1408/71; sentenze del 17 febbraio 1977, Di Paolo, 76/76, Rac. p. 315; dell'8 luglio 1992, Knoch, C-102/91, Rac. p. I-4341).

Secondo la Corte la durata della residenza nello Stato in cui il versamento della prestazione viene richiesto non potrebbe essere considerata per definire un elemento della nozione di residenza ai sensi dell'articolo 10bis del regolamento n. 1408/71.

Nella fattispecie, l'interessato, dopo aver esercitato il diritto alla libera circolazione, e poi essere tornato nel proprio Stato d'origine, al momento della domanda per ottenere un'integrazione al proprio reddito (il cosiddetto "income support"), aveva chiaramente manifestato l'intenzione di risiedere nel proprio Stato di origine nel quale viveva la sua famiglia, accettando eventualmente degli spostamenti occasionali in altri Stati membri in occasione di future occupazioni. Non si poteva considerare, secondo la Corte, che non era stata soddisfatta la condizione di residenza secondo l'articolo 10bis per il solo motivo che la durata di residenza nel proprio Stato di origine non era stata sufficientemente lunga.

Infine, l'articolo 10bis del regolamento n. 1408/71, in deroga al principio dell'esportazione delle prestazioni di sicurezza sociale, deve essere interpretato in senso stretto. Secondo la Corte, si può applicare soltanto a prestazioni che soddisfano condizioni ben determinate dall'articolo 4, paragrafo 2bis, del regolamento, e cioè a

prestazioni che presentano al contempo un **carattere speciale e non contributivo** e che sono menzionate all'allegato II bis del regolamento (sentenza dell' 8 marzo 2001, Jauch, C-215/99, Rac. p. I-1901). Quanto figura nell'allegato non è quindi sufficiente a giustificare la deroga al principio dell'esportazione. Non rispondono a tale definizione:

- **le prestazioni in natura a favore dei disabili e degli anziani**, previste dalla legislazione austriaca considerate dalla Corte prestazioni per malattia in contanti non rispondono quindi alla condizione di "specialità" (sentenza Jauch, precitata, punto 28; vedere anche sentenza Molenaar, precitata), e finanziate indirettamente dai contributi per l' assicurazione malattie;
- **le indennità di maternità in Lussemburgo** che, per le caratteristiche dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a) rientrano in realtà nel regolamento che prevede le "prestazioni per maternità", quindi non presentano il carattere di un'indennità speciale in base all'articolo 4, paragrafo 2bis (sentenza del 31 maggio 2001, Leclere et Deaconescu, C-43/99, Rac. p. I-4265).

Paragrafo 3: Altre prestazioni

54. In questa sede sono previste prestazioni per malattia-maternità, i sussidi per i disoccupati, gli assegni familiari e le prestazioni per i figli a carico dei titolari di pensioni o di rendite o per gli orfani non previsti dall'articolo 10, paragrafo 1 del regolamento. Il mantenimento dei diritti acquisiti è garantito dalle disposizioni particolari del titolo III del regolamento, completate dalle disposizioni applicative del regolamento n. 574/72.

a) Prestazioni per malattia

55. Residenza in uno Stato diverso dallo Stato di competenza. In maniera generale, nel caso di residenza dei beneficiari in uno Stato membro diverso dallo Stato di competenza:

- le prestazioni in natura vengono erogate, per conto dell'istituto di competenza, dall'istituto del luogo di residenza, secondo le disposizioni della legislazione applicabile, come se i beneficiari vi fossero iscritti;
- le prestazioni in contanti vengono erogate dall'istituto competente in base alle disposizioni della legislazione applicata, salvo accordi tra l'istituto competente e l'istituto del luogo di residenza che prevedano l'erogazione delle prestazioni da parte di quest'ultimo per conto del primo, secondo le disposizioni della legislazione dello Stato di competenza (articolo 19 del regolamento n. 1408/71).

L'articolo 19 del regolamento n. 1408/71, che si applica ai lavoratori dipendenti e autonomi e ai membri della famiglia che risiedono in uno Stato membro diverso dallo Stato competente, stabilisce il diritto comune in materia, che si riassume in due regole enunciate sopra, sempre che il lavoratore soddisfi le condizioni richieste dalla legislazione dello Stato di competenza per avere diritto alle prestazioni, tenuto conto

eventualmente delle regole della totalizzazione dei periodi di assicurazione, di occupazione o di residenza.

Resta inteso che le prestazioni per malattia erogate dallo Stato di residenza restano a carico dello Stato di competenza (che rimborsa integralmente lo Stato di residenza in conformità con l'articolo 36 del regolamento e con gli articoli 93 e 95 del regolamento applicativo n. 574/72)

56. Soggiorno in uno Stato membro diverso dallo Stato di competenza. Due sentenze della Corte che hanno fatto scalpore hanno liberalizzato la scelta da parte dei cittadini europei dei prodotti sanitari e delle cure garantendo, in linea di massima, il rimborso delle spese mediche secondo le tariffe dello Stato di competenza (sentenze del 28 aprile 1998, Decker, C-120/95, Rac. p. I-1831 e Kohll, C-118/98, Rac. p. I-1931), mentre, trattandosi di prestazioni in contanti per malattia, la regolamentazione comunitaria (articolo 22, paragrafo 1, del regolamento) salvo casi di urgenza, richiede un'autorizzazione preventiva da parte dell'istituto di competenza per il rimborso delle spese mediche, ma secondo le tariffe della legislazione dello Stato sul territorio nel quale sono stati erogati i servizi e sono stati acquistati i prodotti. Secondo la Corte, "interpretato alla luce del suo obiettivo, (questo articolo) non ha il fine di regolamentare, e pertanto non impedisce affatto il rimborso da parte degli Stati membri alle tariffe in vigore nello Stato di competenza dei prodotti sanitari acquistati in un altro Stato membro, nemmeno in assenza di una autorizzazione preventiva" (sentenza Decker, punto 29) oppure "delle spese sostenute in caso di cure fornite da un altro Stato membro, anche in assenza di un'autorizzazione preventiva (sentenza Kohll, punto 27).

Quindi è opportuno esporre due sistemi in base ai quali viene assunto l'onere delle cure sanitarie prestate in uno Stato diverso da quello di competenza: quello attuato dall'articolo 22, paragrafo 1 del regolamento e quello derivante dalla giurisprudenza della Corte in base ai principi della libera circolazione della merce e della libera prestazione dei servizi.

1. Articolo 22, paragrafo 1, del regolamento

57. In caso di soggiorno (temporaneo) in uno Stato membro diverso dallo Stato di competenza, esistono alcune regole analoghe a quelle all'articolo 19 del regolamento (vedi punto 65), in cui si stabilisce il sistema con il quale ottenere le prestazioni per malattia (confrontare articolo 22 del regolamento n. 1408/71). Tuttavia, il beneficiario deve trovarsi in una di queste tre situazioni:

- a) il suo "stato deve richiedere una necessità immediata di prestazioni durante il soggiorno in un territorio diverso dallo Stato membro";
- b) "dopo essere stato ammesso ad usufruire delle prestazioni a carico dell'istituto competente, è autorizzato da quest'ultimo a rientrare nel territorio dello Stato membro in cui risiede o a trasferire la residenza sul territorio di un altro Stato membro";

- c) "è autorizzato dall'istituto competente a recarsi sul territorio di un altro Stato membro per ricevere le cure mediche appropriate al proprio stato di salute".¹¹⁰.

Tali punti richiedono alcuni commenti.

Innanzitutto, non è necessaria la condizione di urgenza per beneficiare, senza un'autorizzazione preventiva, delle prestazioni in natura sul territorio dello Stato in cui si soggiorna allorché l'interessato si trovi in tale Stato per ragioni professionali (regolamento art. 22 ter introdotto dal regolamento 3096/95 del 22 dicembre 1995). Ciò si applica pertanto ai lavoratori dipendenti distaccati e ai lavoratori dipendenti che esercitano la loro attività su un territorio, appartenente a più Stati membri o che esercitano la loro attività su un territorio di uno Stato membro di un'impresa che ha la sede in un altro Stato membro e quindi la frontiera è in comune con un altro Stato, e i lavoratori autonomi o la gente di mare che si trovano in situazioni analoghe e le persone che beneficiano di una deroga agli articoli da 13 a 16 del regolamento in virtù di un accordo tra le autorità competenti.

La formulazione dei punti b) e c) è fuorviante: evidentemente non spetta all'istituto competente autorizzare l'interessato a recarsi nel territorio di un altro Stato membro per ricevervi le cure o per ritornare nello Stato in cui risiede. L'autorizzazione viene concepita soltanto nel contesto del mantenimento dei diritti acquisiti in materia di assicurazione per malattia sul territorio di un Stato diverso da quello dello Stato di competenza, e ciò in base alle tariffe della legislazione del primo Stato, dove sono erogate le prestazioni..

Infine, l'articolo 22, paragrafo 2 del regolamento fornisce delle indicazioni importanti per quanto riguarda i limiti del potere di uno Stato membro nel valutare se concedere o rifiutare l'autorizzazione ad una persona coperta dal regolamento: questa autorizzazione "può essere rifiutata soltanto qualora venga stabilito che lo spostamento dell'interessato è di natura tale da compromettere il suo stato di salute o l'applicazione del trattamento medico" oppure "allorché le cure in questione rientrano nelle prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro sul territorio in cui risiede l'interessato" e "non possono, tenuto conto del proprio stato attuale di salute per l'evoluzione probabile della malattia, essergli prestate senza attendere un periodo di tempo necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza".

58. Controllo medico. In questa sede non ci sembra utile soffermarci sulle disposizioni particolari del regolamento n. 574/72, che regolano il controllo medico dell'assicurato che soggiorna o risiede in uno Stato diverso dallo Stato di competenza (vedere articolo 18, paragrafi da 1 a 5, del regolamento n. 574/72 e le sentenze del 12 marzo 1987, Rindone, 22/86, Rac. p. 1339, del 3 giugno 1992, Paletta, C-45/90, Rac. p. I-3423 e del 2 maggio 1996, Paletta II, C-206/94, Rac. p. I-2382).

¹¹⁰ Segneremo che, per facilitare i soggiorni temporanei e l'accesso alle cure mediche sul territorio dell'Unione Europea con l'autorizzazione dell'istituto competente (regolamenti art. 22, paragrafo 1, sotto a e c), il beneficio delle prestazioni per malattia e maternità viene esteso a tutti i cittadini comunitari assicurati in virtù della legislazione di uno Stato membro e ai componenti delle famiglie residenti con loro, anche che non possiedono la qualità di lavoratori dipendenti o autonomi (regolamento articolo 22 bis).

2. *Libera circolazione delle merci (prodotti sanitari) e libera prestazione di servizi (cure sanitarie¹¹¹).*

59. Le sentenze del 28 aprile 1998, Decker, C-120/95, e Kohll, C-158/96 (Rac. rispettivamente p. I-1831 e p. I-1931), che riguardano in primo luogo la libera prestazione dei servizi (cure sanitarie) e la libera circolazione delle merci (prodotti sanitari), hanno avuto una grande risonanza non soltanto negli ambienti specializzati per l'assicurazione malattia, ma anche, cosa più rara, a causa della tecnicità della materia, in tutta l'opinione pubblica. Non si esclude che tali sentenze, che hanno svolto la funzione di catalizzatori per nuovi rinvii pregiudizievole dinnanzi alla Corte di giustizia, richiedano¹¹² nel tempo alcuni adeguamenti dei principi che regolano i regimi di assicurazione per malattia degli Stati membri, al fine di assicurare la completa realizzazione delle libertà garantite dal trattato.

Certamente, è evidente che "il diritto comunitario non pregiudica la competenza degli Stati membri nel pianificare i loro sistemi di sicurezza sociale (sentenze del 7 febbraio 1984, Duphar e.a., 238/92, Rac. p. 523, punto 16, e del 17 giugno 1997, Sodemare e.a., C-70/95, Rac. p. I-3395, punto 27)" (sentenza Decker, punto 21; sentenza Kohll, punto 17). Di conseguenza, in assenza di un'armonizzazione a livello comunitario,¹¹³ spetta alla legislazione di ciascuno degli Stati membri determinare le condizioni del diritto o dell'obbligo di iscriversi a un regime di sicurezza sociale, come anche le condizioni dell'assegnazione delle prestazioni (vedere in particolare sentenze del 24 aprile 1980, Coonan, 110/79, Rac. p. 1445, punto 12; del 4 ottobre 1991, Paraschi, C-349/87, Rac. p. I-4501, punto 15; sentenza del 30 gennaio 1997, Stöber e Piosa Pereira, C-4/95 et C-5/95, Rac. p. I-511, punto 36; sentenza Decker, precitata, punto 23 e sentenza Kohll, precitata, punto 19)

Ciò non toglie che "gli Stati membri debbano..., nell'esercizio di questa competenza, rispettare il diritto comunitario" (sentenza Decker, punto 23; sentenza Kohll, punto 19). Si tratta di un bell'esempio di interconnessione del diritto comunitario e del diritto nazionale. Mentre il diritto comunitario si limita, molto spesso, a fissare in maniera

¹¹¹ Vedere nostro studio, "La libera scelta da parte dei cittadini europei dei prodotti medici e delle prestazioni sanitarie, conseguenza sociale del mercato interno", *Cahiers de droit européen*, 1998, p. 683.

¹¹² Vedere le sentenze del 12 luglio 2001, Vanbraeckel, C-368/98, Rac. p. I-5363, e Smits e Peerbooms, C-157/99, Rac. p. I-5423; del 13 maggio 2003, Muller-Fauré, C-385/99, Rac. I-4509; del 23 ottobre 2003, Inizan, C-56/01, non ancora pubblicata nella raccolta, e del 3 luglio 2003, van der Duin et ANOZ Zorgverzekeringen, C-156/01, non ancora pubblicata nella raccolta. Citeremo anche la sentenza del 25 febbraio 2003, Ioannidis, C-326/00, Rac. p. I-1703, che riguarda in maniera più particolare il caso di titolari di pensioni che risiedono provvisoriamente in un altro Stato membro.

¹¹³ A questo riguardo ricorderemo che la regolamentazione comunitaria in materia (in particolare il regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori dipendenti, ai lavoratori autonomi e ai membri delle loro famiglie che si spostano all'interno della comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio, del 2 dicembre 1996 (JO 1997, L 28, p. 1), ha essenzialmente come oggetto il coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale, al fine di garantire la mobilità delle persone nell'Unione europea, ma non prende affatto in considerazione l'armonizzazione delle condizioni di iscrizione o la concessione delle prestazioni. Si tratta, senza mutare il contenuto delle norme, di regolare i rapporti tra i sistemi nazionali di sicurezza sociale applicando alcuni principi essenziali (come l'uguaglianza di trattamento, l'unicità della legislazione applicabile, il mantenimento dei diritti acquisiti o in corso di acquisizione) per garantire una protezione completa e continua ai lavoratori che esercitano la loro attività professionale in tutto o in parte, **in un paese diverso dal paese d'origine, come anche ai membri delle loro famiglie.**

imperativa un obiettivo da raggiungere, come la realizzazione della libertà di circolazione delle persone o l'uguaglianza di trattamento in funzione della nazionalità o del sesso, le competenze nazionali sussistono ma vengono delimitate dalle regole del trattato del diritto derivato, con cui non possono entrare in conflitto.

Quale insegnamento possiamo trarre dalla giurisprudenza della Corte? E quali sono le questioni che restano in sospeso? È quello che tenteremo di chiarire in questa sede senza cercare chiaramente di esaurire il dibattito.

i) Le sentenze Kohll e Decker¹¹⁴

60. Il signor Decker, cittadino lussemburghese, si era risentito di fronte al rifiuto della cassa malattia lussemburghese in quanto non volevano rimborsargli il costo di un paio di occhiali acquistati con la prescrizione di un oculista lussemburghese presso un ottico di Arlon (Belgio). La cassa aveva motivato il suo rifiuto in quanto mancava la domanda di autorizzazione preventiva richiesta dalla regolamentazione nazionale pertinente.

Il signor Kohll, anche lui di nazionalità lussemburghese, aveva precedentemente richiesto all'Unione delle Casse malattia (lussemburghese) cui era iscritto l'autorizzazione per la figlia minore di usufruire di un trattamento odontoiatrico a Trèves (Germania). Tuttavia tale autorizzazione gli è stata rifiutata per il fatto che il trattamento richiesto non era urgente e che in Lussemburgo questo tipo di cure era possibile ed adeguato.

In realtà, l'articolo 22 al paragrafo 1, del regolamento n. 1408/71 subordina il rimborso da parte dell'istituto competente ad un'autorizzazione preventiva,¹¹⁵ in base alla quale potrà farsi carico delle spese mediche sostenute, ma il rimborso delle quali sarà effettuato in base alle tariffe della legislazione dello Stato sul territorio in cui vengono effettuate le prestazioni o vengono acquistati i prodotti.

Tuttavia, nel caso specifico, i signori Kohll e Decker richiedevano l'impegnativa per il trattamento medico o per l'acquisto di un paio di occhiali da vista in base alle tariffe in vigore nel Lussemburgo, Stato competente. Per questo motivo la Corte rifiuterà la pertinenza dell'articolo 22 del regolamento n. 1408/71 ai fini della controversia: "interpretato alla luce dell'obiettivo, (tale articolo) che non ha per oggetto quello di regolamentare e quindi non impedisce affatto il rimborso da parte degli Stati membri alle tariffe in vigore nello Stato competente, dei prodotti sanitari acquistati in un altro Stato membro, anche in assenza di un'autorizzazione preventiva" (sentenza Decker, punto 29) o "delle spese effettuate per cure fornite in un altro Stato membro, neppure in assenza di un'autorizzazione preventiva" (sentenza Kohll, punto 27).

¹¹⁴ Vedere per maggiori dettagli il nostro studio "La libera scelta da parte dei cittadini europei dei prodotti medici e delle prestazioni sanitarie, conseguenze sociali del mercato interno", CDE 1998, pp. 683-697.

¹¹⁵ Tale autorizzazione tuttavia in conformità con l'articolo 22 paragrafo 2, non può essere negata quando le cure in questione non possono essere prestate in tempi accettabili, tenuto conto dello stato di salute dell'assicurato.

61. Pertanto la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della regolamentazione nazionale in questione direttamente dal punto di vista degli **ostacoli** che potevano derivare alla libera circolazione delle merci, nei confronti degli articoli 30 e 36 del trattato (divenuti, dopo la modifica, articoli 28 e 30 CE) (Caso C-120/95), come anche le restrizioni eventuali che potevano derivare per la libera prestazione dei servizi, più in particolare nei confronti dei destinatari di tali servizi, in base agli articoli 59 (divenuto, dopo la modifica, articolo 49 CE) e 60 del trattato (diventato articolo 50 CE) (Caso C-158/96).

A tale riguardo, nelle due questioni, la Corte ha immediatamente giudicato che l'autorizzazione preventiva, ai fini dell'assunzione degli oneri da parte dello Stato in cui si è iscritti, costituisce un **ostacolo** sia per la libera circolazione delle merci, sia per la libera prestazione dei servizi, sottolineando l'effetto indubbiamente scoraggiante di una regolamentazione controversa per l'acquisto di prodotti medici o il ricorso a prestazioni di servizi sanitari situati in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza (sentenza Decker, punto 36, sentenza Kohll, punto 35).

62. Più esteso è stato l'esame delle giustificazioni presentate nei confronti sia della protezione della salute pubblica, di cui all'articolo 36 del trattato, sia delle ragioni impellenti di interesse generale.

Trattandosi della protezione della salute pubblica, e in particolare, la necessità di garantire agli assicurati **l'accesso a cure di qualità**, la Corte ha fatto riferimento, nel caso Decker, alla direttiva 95/51/CEE relativa a un secondo sistema generale di riconoscimento delle formazioni professionali¹¹⁶, che "implica che l'acquisto di un paio di occhiali presso un ottico che risiede in uno Stato membro diverso presenta delle garanzie equivalenti a quelle offerte allorché la vendita di un paio di occhiali avviene presso un ottico situato sul territorio nazionale" (punto 43)¹¹⁷ e, nel caso Kohll, in maniera più specifica, alla regolamentazione comunitaria in materia di coordinamento o di armonizzazione delle condizioni di accesso e d'esercizio delle attività dei medici e dei dentisti, che implica che questi ultimi, situati in altri Stati membri, vedono riconoscersi "tutte le garanzie equivalenti a quelle che sono accordate ai medici e ai dentisti situati sul territorio nazionale ai fini della libera prestazione dei servizi" (punto 48).

Altresì, dal punto di vista della protezione della salute pubblica, nel caso Kohll, è stata invocata dal governo lussemburghese la necessità di assicurare **un servizio medico e ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti gli iscritti**. A tale riguardo, la posizione della Corte è stata più vaga. La Corte ha ammesso che un tale obiettivo, anche se "collegato in maniera intrinseca al modo di finanziamento del sistema di sicurezza sociale", possa ugualmente comportare deroghe in base a ragioni di sanità pubblica secondo il titolo dell'articolo 56 del trattato (diventati, dopo la modifica, articolo 46 CE), nella misura in cui contribuisca alla realizzazione di un livello elevato di protezione della salute (punto 50).

¹¹⁶ JO L 184, p. 21.

¹¹⁷ Inoltre, la Corte ha constatato che in quel caso l'acquisto degli occhiali era stato effettuato con una prescrizione di un ottico, e ciò garantiva una protezione ulteriore per la sanità pubblica (44).

Tuttavia, la Corte ha considerato che nella fattispecie, non era stato stabilito che la regolamentazione controversa fosse "indispensabile per mantenere la capacità delle cure o una competenza sanitaria essenziale sul territorio nazionale". Ciò significa che **una regolamentazione restrittiva per la libera prestazione dei servizi, ma che sarebbe stata definita necessaria per poter assicurare un servizio sanitario ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, potrebbe essere giustificata in maniera valida ai sensi dell'articolo 56 del trattato**¹¹⁸.

Infine, tale giustificazione è strettamente collegata alla ragione impellente di interesse generale, suscettibile di giustificare l'ostacolo costituito **dalla necessità di mantenere l'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale** e quindi di controllare le spese della sanità.

Certamente, ricorderemo che gli obiettivi di natura puramente economica non possono giustificare un ostacolo al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi (vedere, in questo senso, sentenze del 5 giugno 1997, SETTG, C-398/95, Rac. p. I-3091, punto 23, e Kohll, succitato, punto 41). Tuttavia nella misura in cui si potrebbero verificare conseguenze a livello globale per la protezione della sanità pubblica, un rischio di grave pregiudizio all'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale può costituire una ragione impellente di interesse generale e in grado di giustificare ostacoli del genere (decreti Decker, punto 39, e Kohll, punto 41).

Ciononostante, secondo la Corte, nella fattispecie, non era stato riscontrato alcun rischio del genere. Effettivamente, da una parte "il rimborso forfetario degli occhiali e delle lenti da vista acquistati in altri Stati membri non potrebbe avere un'incidenza sul finanziamento o sull'equilibrio del sistema di sicurezza sociale" (sentenza Decker, punto 40), e d'altra parte, "il rimborso delle cure odontoiatriche prestate in altri Stati membri secondo le tariffe dello Stato di iscrizione non avrebbe un'incidenza significativa sul finanziamento del sistema di sicurezza sociale" (sentenza Kohll, punto 42).

63. In conclusione, pur mantenendo la validità dell'articolo 22 del regolamento n. 1408/71, che ammetterebbe soltanto l'ipotesi di un rimborso delle spese sanitarie ai tariffe della legislazione dello Stato in cui si soggiorna, senza escludere la concessione delle prestazioni per malattia in base alla legislazione dello Stato di iscrizione, la Corte ha ritenuto che un sistema di autorizzazione preventiva, come previsto dalla regolamentazione del Lussemburgo, era in contrasto con gli articoli 30, 59 e 60 del trattato, poiché era di ostacolo all'acquisto di prodotti medici o alla concessione di cure sanitarie in un Stato membro diverso dallo Stato competente.

¹¹⁸ Su tale questione, le conclusioni dell'Avvocato Generale sono più esplicite. Il Signor Tesauro ha fatto riferimento alla situazione delle infrastrutture ospedaliere la cui gestione e il numero, a differenza di quello che prevale per i titolari delle professioni liberali, "sono in funzione della programmazione delle esigenze" (Rac. p. I-1686). "Ne consegue effettivamente che se parecchi assicurati decidessero di ricorrere a infrastrutture presenti sul territorio di altri Stati membri, le infrastrutture resterebbero parzialmente inutilizzate pur continuando a dover sostenere dei costi (fissi) elevati per il personale e per le attrezzature come se tali infrastrutture e attrezzature fossero utilizzate al massimo delle capacità" (pp. I-1868-1869). In tali condizioni, il rimborso da parte dell'istituto competente delle prestazioni mediche fornite presso gli ospedali di altri Stati membri comporterebbe, anche sulla base di un ammontare forfetario, un onere supplementare per il sistema in questione, e potrebbe essere utilmente subordinato al rilascio di un'autorizzazione preventiva, per evitare di pregiudicare l'equilibrio finanziario e per assicurare il mantenimento di un servizio accessibile a tutti.

Tuttavia la Corte non ha escluso a priori che possano essere giustificate alcune limitazioni alle libertà in questione.

ii) Le sentenze Vanbraekel e Smits e Peerboms in materia di cure ospedaliere

64. Le sentenze Kohll e Decker riguardavano prestazioni non ospedaliere. Il ragionamento che le sottende (riconoscimento di un ostacolo e esame delle giustificazioni presentate) poteva ugualmente riferirsi alle prestazioni erogate in un ambiente ospedaliero? La risposta è chiaramente affermativa, in quanto la Corte ha pronunciato le sue sentenze del 12 luglio 2001 nei casi Vanbraekel, C-368/98, e Smits e Peerboms, C-157/99, sopraccitati:

- la prima, a proposito del rifiuto di rimborso da parte di una cassa malattia belga delle spese per il ricovero ospedaliero legate ad un intervento chirurgico di ortopedia subito in Francia, in quanto l'interessato non aveva presentato la prescrizione di un medico professionista che esercitava in una struttura universitaria nazionale;
- la seconda, a proposito del rifiuto di rimborso da parte di una cassa malattia olandese delle spese di ricovero ospedaliero sostenute in Germania e in Austria, per il fatto che nei Paesi Bassi era possibile ottenere cure soddisfacenti ed adeguate per la malattia in questione.¹¹⁹.

Le sentenze del 12 luglio 2001 sono interessanti sotto il profilo dell'analisi della **giustificazione dell'ostacolo alla libera prestazione dei servizi**.

65. Nella sentenza Vanbraekel, la Corte fa presente che il rischio di mettere a repentaglio l'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale potrebbe essere una ragione valida di interesse generale, tale da giustificare un ostacolo, tuttavia rifiuta di ammettere, nella fattispecie, l'esistenza di un rischio del genere in quanto l'interessato era per la precisione nel diritto di ottenere l'autorizzazione prevista dalla legislazione nazionale e dall'articolo 22, paragrafo 1, lettera c), del regolamento. In tali condizioni, il versamento di un rimborso complementare (che corrisponde alla differenza tra le tariffe dello Stato di soggiorno e quelle dello Stato di iscrizione più favorevole) non era tale da mettere in pericolo il mantenimento in quest'ultimo stato di un "servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti". Inoltre, ciò non implicava "per partito preso alcun onere aggiuntivo per il sistema di assicurazione malattia di tale Stato rispetto al rimborso che sarebbe stato sostenuto in caso di ricovero ospedaliero."

66. Il caso Smits e Peerbooms era più interessante nel senso che veniva chiamato in causa **un regime detto di prestazione in natura** ¹²⁰ nella fattispecie, il sistema

¹¹⁹ La signora Smits soffriva del morbo di Parkinson, e aveva subito una cura in una clinica situata in Germania; il signor Peerbooms, in coma in seguito ad un incidente stradale, era stato trasferito in una clinica situata in Austria in stato vegetativo.

¹²⁰ Le questioni sollevate dall'applicazione della giurisprudenza Kohll e Decker a questo tipo di regime (in vigore non soltanto nei Paesi Bassi, ma anche in Austria e in Germania) si pongono anche a proposito dei servizi sanitari nazionali che garantiscono una protezione in tutto il mondo a tutti i residenti dei paesi

olandese in quanto garantiva un intervento in natura, che veniva eseguito in regime di convenzione, mentre le sentenze Kohll e Decker riguardavano un regime (lussemburghese) di assicurazione malattia ,regime indiretto (di “rimborso”)¹²¹.

Nel caso specifico, la legislazione olandese subordinava l'assunzione degli oneri per le cure dispensate in un istituto ospedaliero non convenzionato (situato sia nei Paesi Bassi che all'estero) ad un'autorizzazione da parte della cassa malattia.. Quest'ultima l'avrebbe concessa, da una parte qualora il trattamento previsto potesse essere considerato "usuale negli ambienti professionali interessati" e dall'altra, se cure adeguate non avessero potute essere prestate tempestivamente da una struttura sanitaria convenzionata situata nei Paesi Bassi. Tali esigenze per loro natura portavano a limitare in maniera notevole le ipotesi in cui si potesse ottenere un'autorizzazione e, di conseguenza ostacolare la libera prestazione dei servizi. Se è vero che il problema si pone ugualmente per coloro che dispensano cure non convenzionate nei Paesi Bassi, e che le casse malattia olandesi erano completamente libere di concludere delle convenzioni con istituti situati all'estero, di fatto, tuttavia gli assicurati che intendevano usufruire di cure all'estero si trovavano più spesso di fronte alla necessità di ottenere un'autorizzazione preventiva spesso non necessaria per gli assicurati che ricorrevano alle strutture sanitarie nazionali. La questione essenziale per la Corte era quindi di sapere se questa autorizzazione preventiva le condizioni cui era subordinata la concessione potevano oggettivamente essere giustificate dal fatto che potesse esistere il rischio di pregiudicare gravemente l'equilibrio finanziario" del sistema di sicurezza sociale olandese.

La Corte ha ammesso, in ragione di “incontestabili particolarità” delle prestazioni mediche dispensate in **un ambiente ospedaliero**, che il sistema di autorizzazione preventiva era giustificato. In effetti "il numero delle infrastrutture ospedaliere, la loro distribuzione geografica, la loro struttura e le attrezzature di cui sono dotate o ancora la natura dei servizi medici che sono in grado di offrire, devono poter essere oggetto di una programmazione" (punto 76), per garantire "un'accessibilità sufficiente e permanente a una gamma equilibrata" di cure di qualità ed assicurare "un controllo dei costi, evitando gli sprechi" (punto 79):

“... è chiaro che, se gli assicurati potessero liberamente e in ogni circostanza ricorrere agli istituti ospedalieri con i quali la loro cassa malattia non ha concluso nessuna convenzione, ... qualunque sforzo di programmazione gestito attraverso il sistema delle convenzioni si troverebbe improvvisamente compromesso" (punto 80). Qui ritroviamo, in sostanza le considerazioni formulate dall'Avvocato Generale Tesauro nelle conclusioni dei casi Kohll e Decker (vedere precedente punto 62).

(Regno Unito e Irlanda, che hanno un servizio centralizzato, in Spagna, Italia, Portogallo, Grecia, Danimarca, Finlandia e Svezia che hanno un servizio decentralizzato).

¹²¹ Tuttavia noteremo che la maggior parte delle prestazioni ospedaliere, nel Lussemburgo, sono sostenute direttamente dall'Unione delle casse malattia (UCM); in assenza di tariffe di rimborso individuali i versamenti vengono direttamente effettuati presso gli ospedali (vedere R. Kieffer, “Alcune riflessioni sulla natura delle prestazioni ospedaliere nel Lussemburgo e sulla giustificazione dell'autorizzazione preventiva per il trasferimento all'estero”, Boll. lussemburghese delle questioni sociali, vol. 9, 2001, p. 1).

Il regime del rimborso(previdenza indiretta) si applica altresì in Francia e in Belgio.

Trattandosi in particolare delle condizioni alle quali l'autorizzazione della cassa mutua olandese era subordinata e in primo luogo della condizione legata al carattere usuale del trattamento, la Corte, pur ricordando la competenza generale degli Stati membri a fissare la portata delle prestazioni mediche a carico del proprio sistema di protezione sociale (vedere sentenza del 7 febbraio 1984, Duphar e.a., 238/82, Rac. p. 253, punto 89), ha giudicato che tale condizione, per essere conforme al principio della non discriminazione, non può basarsi sulla considerazione "degli unici trattamenti abitualmente praticati sul territorio nazionale e degli unici concetti scientifici dell'ambiente nazionale", in quanto ciò rischierebbe di fatto di privilegiare gli istituti di cura olandesi. Al contrario, per essere oggettivi, la condizione relativa al carattere "usuale" di una cura deve essere intesa in maniera tale che "allorché un trattamento è sufficientemente sperimentato e convalidato dalla scienza medica internazionale", l'autorizzazione richiesta non può essere rifiutata per questo motivo (punti 97 e 98).

In secondo luogo trattandosi della condizione legata al **carattere di necessità del trattamento previsto**, la Corte ha ritenuto che può essere giustificata nei confronti della libera prestazione dei servizi, dal momento che l'autorizzazione può essere rifiutata soltanto "allorché sia possibile ottenere un trattamento identico o con lo stesso grado di efficacia per il paziente in tempo utile ricorrendo ad un istituto con il quale la cassa malattia dell'assicurato ha concluso una convenzione" (punto 103). Una condizione del genere, effettivamente, è suscettibile "di permettere di mantenere sul territorio nazionale un'offerta sufficiente, equilibrata e permanente di cure ospedaliere e di qualità oltre a garantire la stabilità finanziaria del sistema dell'assicurazione malattia" (punto 105).

Ancora una volta prendiamo atto del ruolo attivo che la Corte si aspetta dal Giudice nazionale per garantire la piena efficienza del diritto comunitario. Si tratta di una delle linee guida dell'ordine giuridico comunitario, in particolare dopo la sentenza del 9 marzo 1978, Simmenthal (106/77, Rac. p. 629, punto 21).

67. Mentre, nelle sentenze Kohll e Decker, la Corte ha rifiutato il principio stesso dell'autorizzazione preventiva per accedere a prestazioni non ospedaliere, salvo che non sia chiaramente dimostrato che esiste un rischio di pregiudizio **grave** per l'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale o per la necessità di assicurare un servizio sanitario equilibrato e accessibile a tutti, ciò che contribuisce a garantire un livello elevato di protezione della salute, ci riferiamo in particolare alla sentenza Smits e Peerbooms, trattandosi dell'accesso a cure ospedaliere, che il principio stesso dell'autorizzazione preventiva è ammesso dalla Corte, tuttavia il potere della Cassa nazionale nella valutazione dei motivi che possano giustificare un rifiuto all'autorizzazione viene adeguatamente ridimensionato.

iii) La sentenza Müller-Fauré

68. La sentenza del 13 maggio 2003, Müller-Fauré (C-385/99, Rac. p. I-4509) ha permesso di chiarire parecchie incertezze riguardo alla portata della giurisprudenza della Corte. L'interesse di questo caso sta precisamente nel fatto che riguarda in parte **cure non ospedaliere a carico di un regime di prestazione in natura** (olandese).

I fatti sono i seguenti:

- La signora Müller ha richiesto alla cassa malattia di Zwijndrecht di assumersi gli oneri sostenuti per un trattamento odontoiatrico (la posa in opera di sei corone e una protesi fissa sulla mascella superiore) cui è stata sottoposta durante le vacanze, dell'ottobre/novembre 1994, in Germania;
- La signora Van Riet, che dal 1985 soffriva di dolori al petto nella parte destra, ha richiesto alla cassa malattia di Amsterdam di assumersi gli oneri sostenuti per un'artroscopia e una resezione da decubito, operazioni eseguite nel maggio del 1993, in Belgio. La preparazione, l'esecuzione e la fase successiva di tali interventi hanno avuto luogo parzialmente nell'ambiente ospedaliero e parzialmente al di fuori dell'infrastruttura ospedaliera.

In tali controversie, non è la copertura in quanto tale delle cure da parte dell'assicurazione malattia olandese che viene messa in discussione, ma le conseguenze derivanti dall'assunzione degli oneri delle cure che sono state fornite, senza un'autorizzazione preventiva, da un medico/dentista o da un istituto non convenzionato (ciò che, come abbiamo osservato, si verifica quasi sempre quando si tratta di cure fornite all'estero).

Sarebbe il caso di estendere in quanto tale la soluzione Kohll e Decker (mancanza di autorizzazione preventiva, fatta eccezione debitamente dimostrata caso per caso) oppure di attenersi alla soluzione Smits e Peerbooms (ammissibilità dell'autorizzazione preventiva che non può tuttavia essere rifiutata se non a certe condizioni sottoposte al controllo giurisdizionale) considerando le caratteristiche stesse del regime d'intervento in natura di carattere contrattuale?

Considerazione delle caratteristiche essenziali del regime nazionale di assicurazione malattia.

69. Fino ad oggi, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi sulle conseguenze della libera prestazione dei servizi (cure sanitarie) o della libera circolazione delle merci (prodotti sanitari) in questioni che riguardavano:

- sia un regime detto di rimborso, per quanto attiene all'accesso alle cure non ospedaliere¹²² sia alle cure ospedaliere¹²³,
- sia un regime detto di prestazioni in natura in base al quale gli assicurati hanno diritto alle stesse cure dispensate gratuitamente, ma unicamente per quanto riguarda l'accesso alle cure ospedaliere¹²⁴.

E' veramente pertinente una distinzione tra le due categorie di regimi?

Questa questione è stata al centro di discussioni. Tre motivi essenzialmente hanno permesso alla Corte di rifiutare l'argomento riguardante le caratteristiche essenziali del regime nazionale di assicurazione malattia in questione:

¹²² Casi Kohll e Decker.

¹²³ Caso Vanbraeckel.

- già nell'ambito dell'applicazione del regolamento 1408/71, gli Stati membri, avendo istituito un regime di prestazioni in natura, ossia un servizio nazionale sanitario, devono prevedere dei meccanismi di rimborso a posteriori per le cure fornite in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di competenza. Questo caso si presenta quando non è possibile adempiere le formalità durante il soggiorno dell'interessato in quest'ultimo Stato (vedere articolo 34 del regolamento 574/72), o allorché lo Stato competente ha precisamente autorizzato, in conformità con l'articolo 22, paragrafo 1, lettera c), del regolamento 1408/71, l'accesso alle cure all'estero;
- la copertura garantita all'assicurato che si reca in un altro Stato membro per farsi curare è, ad ogni modo, quella del regime di assicurazione per le malattie dello Stato in cui è iscritto, secondo le condizioni cui si subordina la concessione delle prestazioni—fermo restando che tali condizioni non dovranno essere né discriminatorie, né potranno costituire un ostacolo alla libera prestazione dei servizi;
- infine, osserva la Corte, non c'è nulla che si opponga al fatto che uno Stato membro competente in cui esiste un regime di prestazioni in natura fissi gli importi del rimborso che possono richiedere i pazienti che hanno ricevuto le cure in un altro Stato membro, nella misura in cui gli importi si basino su criteri obiettivi, non discriminanti e trasparenti.

In altri termini, l'esigenza della libera circolazione delle persone comporta degli adeguamenti dei regimi nazionali di assicurazione malattia, che non possono essere considerati come pregiudizievoli alla sovranità degli Stati membri, in quanto quest'ultimi mantengono la priorità su tutta la copertura assicurativa.

Sulla distinzione tra prestazioni ospedaliere e prestazioni non ospedaliere

70. A dire il vero, dietro tutto questo dibattito esistono delle difficoltà alle quali si trovano a far fronte gli assicurati che appartengono al regime di prestazione in natura (o di un servizio nazionale sanitario) in quanto nell'istituto vengono stabilite delle liste d'attesa, in funzione delle priorità sanitarie e devono anche essere considerate le risorse finanziarie disponibili. Per sfuggire alle liste d'attesa, che a volte possono essere molto lunghe, un assicurato sarà tentato di farsi curare in un altro Stato membro per poi richiedere il rimborso delle spese sanitarie presso la cassa malattia competente, anche qualora il regime nazionale garantisca le cure gratuitamente in base al sistema della convenzione.

In generale, si tratta quindi di un problema dei mezzi di controllo delle spese per le cure sanitarie. Un sistema di convenzione delle prestazioni - che d'altra parte può anche esistere in un sistema detto di rimborso - si basa generalmente sulla negoziazione preventiva delle tariffe praticate, della natura degli atti e delle prescrizioni (scelta delle terapie, dei medicinali, dei prodotti sanitari, durata del ricovero ospedaliero), al fine di non superare quanto è necessario e appropriato per la guarigione, poiché la richiesta di cure sanitarie dipende in larga misura dal corpo sanitario stesso. Il sistema di convenzione costituisce quindi un mezzo efficace, per gli Stati membri, per controllare e agire sull'equilibrio finanziario del loro regime di assicurazione malattia.

Esistono evidentemente altri mezzi, indubbiamente più radicali per limitare le spese, ad esempio la riduzione delle quote di rimborso, la diminuzione del volume degli atti e le prescrizioni di cui ci si fa carico.. Tuttavia, il ricorso a tali mezzi costituisce un trasferimento di oneri supplementari nei confronti degli assicurati e ha per effetto quello di rendere l'accesso alle cure sanitarie più difficile per le categorie di assicurati che hanno un reddito basso, e di conseguenza, diminuiscono il livello di protezione sanitaria.

Ne deriva che la soppressione della condizione del convenzionamento per le prestazioni di servizio all'estero solleva un problema reale in termini di controllo del volume delle spese. Ma ciò potrebbe pregiudicare gravemente l'equilibrio finanziario dei sistemi nazionali per le assicurazione malattia considerate con conseguenze sul livello globale della protezione della sanità pubblica.? La questione sta tutta qui. Possono considerazioni meramente economiche giustificare un ostacolo al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi?

A tale riguardo, l'approccio prudente adottato dalla giurisprudenza della Corte, nell'ultimo pronunciamento, nella sentenza Müller-Fauré (vedere punti da 75 a 98) si basa sulla distinzione tra le prestazioni mediche fornite presso uno studio medico e quelle che invece vengono fornite in un istituto ospedaliero.

Nel caso delle prime, è necessario constatare chiaramente che, per loro natura, non rappresentano la parte consistente dei costi dell'assicurazione malattia degli Stati membri. In ogni caso non è possibile pensare seriamente, secondo la Corte, che, sopprimendo la necessità dell'autorizzazione preventiva per questo tipo di cure, si verificherebbero dei trasferimenti transfrontalieri di pazienti di una tale entità, (nonostante le barriere linguistiche e la distanza geografica, le spese di soggiorno all'estero e la mancanza di informazioni sulle cure che vi sono praticate), che l'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale degli Stati membri ne sarebbe turbato e, di conseguenza, il livello totale della protezione sanitaria pubblica sarebbe minacciato, cosa che potrebbe essere l'unica valida giustificazione per un ostacolo al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi (punto 95).

Quanto alle prestazioni erogate in un ambiente ospedaliero, la Corte ha già ammesso, come abbiamo visto, nella sentenza Smits e Peerbooms, il principio stesso dell'autorizzazione preventiva, che non può essere rifiutata se non per ragioni obiettive conosciute precedentemente, in assenza di qualunque comportamento arbitrario da parte delle autorità nazionali.

Tra queste ragioni, secondo la Corte, c'è la possibilità per il paziente di beneficiare di un trattamento identico o che presenta lo stesso grado di efficacia "in tempo utile" sul territorio dello Stato competente (vedere punto 103 della sentenza). Questa espressione "in tempo utile" richiede indubbiamente un chiarimento da parte della Corte: ci si deve basare su degli elementi puramente obiettivi di natura medica, comprendendo altresì l'evoluzione probabile della malattia, o si può tenere conto anche di altri fattori più soggettivi, quali il grado del dolore, la natura dell'handicap, la situazione personale dell'interessato, addirittura la durata in quanto tale dei tempi di attesa per poter usufruire delle cure sul territorio dello Stato competente?

La sentenza Smits e Peerbooms forniva già un'indicazione a questo riguardo, al punto 104, poiché la Corte invita le autorità nazionali a «prendere in considerazione tutte le circostanze che caratterizzano ogni caso concreto, tenendo conto non soltanto della situazione sanitaria del paziente al momento in cui viene richiesta l'autorizzazione, ma anche della situazione pregressa». La sentenza Müller-Fauré fornisce due ulteriori precisazioni, ovverosia:

– da una parte, tra le **circostanze che caratterizzano ogni caso concreto**, spetta alla cassa malattia valutare quali siano il «grado di dolore» oppure «la natura dell'handicap dell'assicurato» che potrebbero, per esempio, rendere possibile o eccessivamente difficile l'esercizio di un'attività professionale (punto 90). La Corte fornisce pertanto un'interpretazione particolarmente ampia della nozione di «situazione sanitaria» del paziente;

– d'altra parte, «*un rifiuto di autorizzazione preventiva che potrebbe essere motivato non dal timore di sprechi o di dispersione, a causa di un eccesso di strutture ospedaliere, ma esclusivamente dall'esistenza delle **liste di attesa** sul territorio nazionale per poter usufruire delle cure ospedaliere in questione, senza che vengano prese in considerazione le circostanze concrete che caratterizzano la situazione sanitaria del paziente e che potrebbero costituire un ostacolo validamente giustificato alla libera prestazione dei servizi. La Corte fa presente, del resto, a questo proposito che un'attesa troppo lunga o anormale porterebbe come conseguenza una limitazione all'"accessibilità ad un complesso equilibrato di cure ospedaliere di qualità* » (punto 92 in fine).

b) Prestazioni in caso di nascita

71. L'articolo primo, al punto u), i), del regolamento n. 1408/71 esclude dalla nozione di prestazioni familiari ai sensi di detto regolamento “gli assegni speciali per nascita e in caso di adozione menzionati all'allegato II”, tra i quali figurano gli “assegni prenatali” e gli “assegni di natalità” nel Lussemburgo. Tale esclusione ha altresì l'effetto di rendere tali assegni inesportabili ai sensi dell'articolo 73 del regolamento. Quest'ultimo articolo prescinde da qualsiasi condizione di residenza dei membri della famiglia alla quale sarebbe subordinato il versamento delle “prestazioni familiari”.

Interpellata sulla legalità di tale esclusione, la Corte ha ricordato nella sentenza Leclerc e Deaconescu, precitata, che

“Nei riguardi dell'ampio potere di valutazione di cui dispone il Consiglio per l'applicazione degli articoli 48 e 51 del trattato (vedere sentenza del 20 aprile 1999, Nijhuis, C-360/97, Rac. p. I-1919, punto 30), il fatto che una categoria di prestazioni non venga contemplata nel coordinamento attuato ai sensi del regolamento n. 1408/71, in ogni caso, non potrebbe inficiare di invalidità le disposizioni che riguardano tale regolamento. Effettivamente, una tale limitazione del campo di applicazione del regolamento n. 1408/71 non può avere in sé per effetto quello di

aggiungere ulteriori differenze a quelle che risultano in mancanza di armonizzazione delle legislazioni nazionali, né di violare il principio di uguaglianza di trattamento" (punto 29).

Inoltre, precisa la Corte, occorre assicurarsi *“che nessuna altra regola del diritto comunitario, tratta in particolare dal regolamento n. 1612/68, non ostacoli l'imposizione di una condizione di residenza”* (punto 51). Si pensa evidentemente al principio dell'uguaglianza di trattamento, in materia di vantaggi sociali, di cui all'articolo 7, paragrafo 2, di quest'ultimo regolamento.

A tale riguardo, tuttavia, l'interessato, per avvalersi di tale disposizione, deve possedere la qualità di lavoratore. Ora, se nella fattispecie, il signor Leclerc, residente in Belgio, percepiva una pensione di invalidità a carico del Granducato del Lussemburgo ed era quindi protetto a tale titolo dall'articolo 48 del trattato (diventato dopo la modifica articolo 39 CE) "contro qualunque discriminazione che potesse influire sui diritti acquisiti in occasione del rapporto di lavoro avuto in passato" non poteva *“acquisire nuovi diritti in quanto privo di legami con la propria attività professionale precedente”*, non essendo attualmente impegnato in un rapporto di lavoro (punto 59).

Nella fattispecie, aveva avuto un figlio **dopo** aver cessato il suo rapporto di lavoro e non poteva dunque avvalersi dell'articolo 7 del regolamento n. 1612/68 per pretendere il beneficio degli assegni di natalità nel Lussemburgo.

c) Sussidi di disoccupazione

72. Il mantenimento dei diritti acquisiti in materia di sussidi di disoccupazione viene assicurato da due categorie di disposizioni del capitolo 6 del titolo III del regolamento n. 1408/71: la prima è relativo al pagamento dei sussidi di disoccupazione ai disoccupati che cercano un lavoro in uno Stato diverso da quello di competenza; la seconda categoria riguarda l'acquisizione del diritto ai sussidi di disoccupazione a favore di un disoccupato che nel corso del proprio lavoro risiedeva in uno Stato diverso da quello di competenza.

73. Pagamento dei sussidi ai disoccupati in cerca di lavoro in uno Stato diverso da quello di competenza. L'articolo 69 del regolamento prevede, alle condizioni che vengono da esso stabilite, il mantenimento del diritto ai sussidi di disoccupazione per una durata massima di tre mesi (salvo una proroga eccezionale) per il lavoratore totalmente disoccupato che si reca in uno o più altri Stati membri per cercare un lavoro: l'articolo 70 regola il versamento dei sussidi (assicurati dall'istituto di ciascuno degli Stati in cui il disoccupato cerca un lavoro) e i rimborsi di tali sussidi vengono assicurati dall'istituto competente.

Possiamo rilevare che il sussidio di disoccupazione, sul piano comunitario, è in gran parte ancora dominato dal principio della territorialità. E' difficilmente contestabile che la mancata esportazione dei sussidi di disoccupazione non incoraggi la libertà di circolazione dei lavoratori, in particolare in periodi di crisi per l'occupazione, poiché questo può, in ultima analisi, scoraggiare il lavoratore dal rientrare nel proprio Stato, addirittura dissuaderlo dal lasciare il proprio paese di origine ai fini della propria attività professionale, se sa che, diventando disoccupato, sarà tenuto a restare nel

paese ospitante se vuole mantenere il diritto ai sussidi di disoccupazione, salvo un ricorso limitato all'articolo 69 del regolamento. Tali considerazioni tuttavia non hanno impedito alla Corte di giustizia di riconoscere, nei casi congiunti 41, 121 e 796/79 (Testa e.a.)¹²⁵, la conformità del regime istituito dall'articolo 69 del regolamento all'ex articolo 51 del trattato, poiché quest'ultimo non impedisce al legislatore di prevedere delle facilitazioni per assicurare la libera circolazione, né di fissarne i limiti¹²⁶.

74. Acquisizione del diritto ai sussidi di disoccupazione per i lavoratori frontalieri e stagionali. L'articolo 71 del regolamento disciplina il conferimento dei sussidi di disoccupazione ai lavoratori (dipendenti) disoccupati, i quali, nella loro ultima occupazione, risiedevano in uno Stato membro diverso da quello di competenza. Pertanto per quanto riguarda in particolare i lavoratori frontalieri (articolo 71, paragrafo 1, lettera a)).

- in caso di disoccupazione parziale o fortuita, l'interessato beneficia delle prestazioni in base alla legislazione vigente nel paese in cui era occupato(i);
- in caso di disoccupazione totale, i sussidi vengono concessi in base alla legislazione del paese di residenza come se l'interessato fosse stato soggetto a tale legislazione nella sua ultima occupazione e gli oneri saranno a carico di tale paese di residenza¹²⁷(ii).

La regola del rinvio alla legislazione del paese di residenza contenuta all'articolo 71, paragrafo 1, a), ii), del regolamento, deve essere applicata pienamente: essa esclude di conseguenza che l'istituto dello Stato di residenza, incaricato di versare i sussidi di disoccupazione ai lavoratori frontalieri totalmente disoccupati, possa applicare alla remunerazione che serve come base di calcolo di detti sussidi le regole per fissare un massimo previsto dalla legislazione dello Stato in cui ha lavorato.¹²⁸

75. Calcolo dei membri della famiglia. Ai sensi dell'articolo 68, paragrafo 2, del regolamento n. 1408/71, allorché l'ammontare delle prestazioni vari in funzione dei membri si tiene conto altresì dei membri della famiglia che risiedono sul territorio di

¹²⁵ Sentenza del 19 giugno 1980, Rac. p. 1979.

¹²⁶ E' vero che il diritto comunitario non garantisce la cosiddetta libera circolazione dei lavoratori disoccupati, o più esattamente il diritto per un lavoratore disoccupato nello Stato membro di recarsi in un altro Stato membro per cercare lavoro per un periodo indeterminato. Nel caso in cui non trovi un lavoro in un lasso di tempo ragionevole dopo il suo arrivo, può essere invitato ad abbandonare il territorio nazionale (vedere sentenza del 26 febbraio 1991, Antonissen, C-292/89, Rac. p. I-773).

¹²⁷ Per quanto riguarda il calcolo dei sussidi di disoccupazione che sarebbero in funzione dell'ultimo salario percepito, dalla sentenza del 28 febbraio 1980, Fellingner, Caso 67/79, Rac. p. 535, si evince che, nel caso di un lavoratore frontaliero totalmente disoccupato, l'istituto competente dello Stato di residenza, la cui legislazione nazionale prevede che il calcolo delle prestazioni si basi sull'ammontare del precedente compenso, debba calcolare tali prestazioni tenendo conto del salario percepito dal lavoratore nell'ultimo lavoro che ha esercitato nello Stato membro in cui era stato occupato immediatamente prima di divenire disoccupato (con applicazione analogica all'articolo 68, paragrafo 1, del regolamento n. 1408/71, poiché il caso del lavoratore frontaliero, non è stato preso manifestamente in considerazione dal legislatore nella formulazione di tale articolo).

¹²⁸ Vedere sentenza del 1 ottobre 1992, Grivard et Kreitz, C-201/91, Rac. p. I-5009.

uno Stato membro diverso da quello del lavoratore (salvo il caso in cui nel loro paese di residenza, i membri della famiglia sono già coperti da sussidi di disoccupazione relativi ad una persona diversa dal lavoratore).

d) Prestazioni familiari

76. Ai sensi dell'articolo 73, le prestazioni familiari¹²⁹ vengono attribuite al lavoratore dipendente o autonomo sottoposto alla legislazione di uno Stato membro per i componenti della famiglia che risiedono in un altro Stato membro, in conformità con la legislazione del primo Stato, come se fossero residenti sul territorio di questo Stato, fatte salve le disposizioni dell'allegato VI.

In tale ipotesi le prestazioni vengono fornite dall'istituto competente dello Stato alla legislazione del quale viene assoggettato il lavoratore dipendente in conformità con le disposizioni applicabili, sia che "la persona fisica o morale a cui le prestazioni devono essere versate risieda o soggiorni sul territorio dello Stato competente, sia che risieda su quello di un altro Stato membro" (articolo 75, paragrafo 1).

Disposizioni simili regolano la concessione delle prestazioni familiari ai lavoratori disoccupati i cui membri della famiglia risiedano in uno Stato diverso da quello di competenza (vedere gli articoli 74 e 75 del regolamento n. 1408/71 come anche gli articoli 88 e 89 del regolamento n. 574/72).

Nella sentenza Martinez del 5 ottobre 1995 (C-321/93, Rac. p. I-2821), la Corte ha apportato delle precisazioni quanto alla portata dell'articolo 73.

La controversia riguardava il calcolo dell'ammontare di un assegno familiare di diritto tedesco ("assegno integrativo"): dal momento in cui la legislazione nazionale faceva dipendere indirettamente¹³⁰ l'ammontare dell'assegno da una condizione di residenza dei figli e del coniuge nel territorio nazionale, la cassa nazionale è tenuta a prendere in considerazione, a tal fine, la residenza dei figli e del coniuge nel territorio di un altro Stato membro come se risiedessero sul territorio nazionale?

La Corte ha risposto in maniera affermativa. Il fatto che la condizione di residenza figurasse non nella legislazione relativa agli assegni familiari propriamente detti, ma nella legislazione fiscale alla quale la legislazione sociale rinvia per la determinazione dei

¹²⁹ In base all'articolo primo lettera u), del regolamento n. 1408/71, il termine "prestazioni familiari" designa tutte le prestazioni destinate "a compensare gli oneri familiari", ad esclusione degli assegni speciali di natalità di cui all'allegato II del regolamento, mentre il termine "assegni familiari" designa le uniche prestazioni "periodiche in contanti accordate esclusivamente in funzione del numero e, eventualmente, dell'età dei membri della famiglia". Aggiungeremo che, la natura e le condizioni del versamento degli assegni speciali d'adozione, essendo simili a quelli degli assegni per natalità, è opportuno che tali assegni non siano considerati come prestazioni familiari. (lettera u).

¹³⁰ Per rinvio ad alcune disposizioni fiscali in materia di abbattimento per figlio a carico ed imposizione congiunta dei coniugi. Tali disposizioni o condizionano la prestazione di alcuni vantaggi fiscali (abbattimenti, "splitting" dei redditi dei coniugi) alla condizione di residenza dei figli e/o del coniuge sul territorio nazionale; oppure considerano in misura pro rata l'ammontare dell'abbattimento fiscale in funzione della durata dell'assoggettamento nel corso dell'esercizio fiscale in questione. Nella fattispecie l'ammontare dell'assegno integrativo versato dal Sig. Martinez risultava da un'applicazione indiretta e combinata di tali disposizioni fiscali.

beneficiari e dell'ammontare della prestazione non influisce sull'obbligo dell'istituto competente, in conformità con l'articolo 73, di prendere in considerazione, ai fini del calcolo dell'ammontare dell'assegno, la residenza del figlio sul territorio di un altro Stato membro, come se risiedesse sul territorio nazionale.

Inoltre, secondo la Corte, l'articolo 73 del regolamento richiede altresì che venga presa in considerazione la residenza del coniuge sul territorio di un altro Stato membro, come se il coniuge risiedesse nello Stato di competenza ai fini della concessione del calcolo della prestazione, tenuto conto dell'obiettivo di questo articolo che non è quello di dissuadere il lavoratore comunitario ad esercitare il proprio diritto alla libera circolazione.¹³¹

77. Assegni per l'istruzione a favore del coniuge del lavoratore. L'articolo 73 si applica altresì al versamento di un assegno per l'istruzione a favore del coniuge residente con il lavoratore e i figli in uno Stato membro diverso da quello in cui lavora (sentenza del 10 ottobre 1996, *Hoever e Zachow*, C-245 e 312/94, Rac. p. I-4895). Questo articolo ha precisamente come oggetto quello di impedire che uno Stato membro possa far dipendere il versamento o l'ammontare delle prestazioni familiari dalla residenza dei membri della famiglia del lavoratore sul territorio nazionale, per non dissuadere il lavoratore comunitario dall'esercitare il proprio diritto alla libera circolazione (vedere anche sentenza *Martinez*, precitata, punto 21). Nella fattispecie, il versamento dell'assegno per l'istruzione tedesca, considerata come una prestazione familiare dalla Corte, era stato sottoposto alla condizione che il coniuge del lavoratore che non risiede in Germania esercitasse un'attività dipendente in Germania.

78. Situazione del coniuge. E' il caso di osservare che l'articolo 73 non richiede che il coniuge del lavoratore eserciti anch'esso un'attività nello Stato membro in cui si applica la legislazione: considera precisamente la situazione in cui la famiglia del lavoratore risiede in un altro Stato membro. Pertanto, poco importa per ottenere il diritto alle prestazioni familiari che il coniuge del lavoratore non abbia mai risieduto, né sia mai stato dipendente nello Stato membro in cui la legislazione è applicabile¹³².

79. Disponibilità presso le liste di disoccupazione. Tenuto conto dell'obiettivo degli articoli 73 e 74, che tendono ad evitare che uno Stato membro possa rifiutare delle prestazioni familiari per il fatto che i membri della famiglia risiedono in uno Stato membro diverso rispetto allo Stato che eroga le prestazioni, è necessaria "una condizione in base alla quale il figlio del lavoratore per avere diritto a talune prestazioni familiari deve mettersi a disposizione dell'ufficio del collocamento dello Stato membro che eroga le prestazioni, condizione che non può essere soddisfatta qualora il figlio risieda sul territorio di quest'ultimo Stato, ma deve essere comunque

¹³¹ Vedere anche sentenza del 10 ottobre 1996, *Hoever et Zachow*, C-245/94 et C-312/94, Rac. p. I-4895, punto 34. Nel caso *Martinez*, la Corte a tale riguardo ha adottato la precauzione di rinviare alla direttiva 77/799 CEE del Consiglio del 19 dicembre 1977, riguardante l'assistenza reciproca delle autorità competenti degli Stati membri nel campo delle imposte dirette (GUCE, L 326, p. 225) per regolare i problemi amministrativi che potrebbero essere causati dalla determinazione della situazione personale e familiare dei non residenti..

¹³² Sentenza del 16 luglio 1992, *Hughes*, C-78/91, Rac. p. I-4839.

ritenuta soddisfatta allorché quest'ultimo si trovi a disposizione presso l'ufficio di collocamento dello Stato membro in cui risiede¹³³.

d) Prestazioni per figli a carico di titolari di pensioni o rendite per gli orfani

80. Gli articoli 77 e 78 del regolamento n. 1408/71 in generale tendono a designare la legislazione applicabile per erogare le prestazioni rispettivamente per i figli a carico dei titolari di pensioni o di rendite e per gli orfani, e qualunque sia lo Stato membro sul territorio del quale risiedono "il titolare di pensioni o rendite e i figli", o a seconda dei casi "l'orfano o la persona fisica o morale cui è affidato" (vedere specialmente gli articoli 77, paragrafo 2, e 78, paragrafo 2).

Il regime su cui si basano tali disposizioni, prescindendo da qualunque clausola di residenza rispetto alla quale sarebbe subordinata l'acquisizione del diritto alle suddette prestazioni, può essere sintetizzato nella maniera seguente¹³⁴.

L'articolo 77, paragrafo 2, prevede un regime diverso di pagamento delle **prestazioni per i figli a carico dei titolari di pensioni o rendite** a seconda che questi ultimi percepiscano le pensioni o le rendite in base alla legislazione di un unico Stato membro o di più Stati membri;

- nel primo caso, le prestazioni sono dovute in base alla legislazione dello Stato competente per la pensione o per la rendita (articolo 77, paragrafo 2, lettera a));
- qualora il titolare percepisca una pensione a carico di due o più Stati membri e risieda sul territorio di uno di questi, sotto la legislazione del quale ha avuto origine il diritto alle prestazioni per i figli a carico, queste prestazioni vengono accordate in conformità con la legislazione di tale Stato (articolo 77, paragrafo 2, lettere b) e i)).

Negli altri casi, il titolare percepisce le prestazioni in base alla legislazione dello Stato membro cui è stato assoggettato per il periodo di tempo più lungo qualora il diritto a dette prestazioni abbia avuto origine in virtù di tale legislazione: altrimenti le "condizioni che danno origine al diritto vengono esaminate rispetto alle legislazioni degli altri Stati membri interessati nell'ordine decrescente rispetto alla durata dei periodi di assicurazione o di residenza maturati sotto la legislazione di tali Stati membri" (articolo 77, paragrafo 2, lettere b) e i)). Nel caso in cui l'applicazione di tali regole avesse come effetto quello di rendere competenti più Stati membri, essendo la durata dei periodi uguale le prestazioni sono accordate in conformità alla legislazione dello Stato cui è stato soggetto l'ultima volta (articolo 79, paragrafo 2)¹³⁵.

Per quanto riguarda le **prestazioni per gli orfani**, se esse costituiscono delle pensioni o delle rendite per gli orfani, occorre riferirsi alle regole del calcolo del capitolo

¹³³ Sentenza del 22 febbraio 1990, Bronzino, 228/88, Rac. p. I-549; del 22 febbraio 1990, Gatto, C-12/89, Rac. p. I-557.

¹³⁴ Sulla giurisprudenza che riguarda il "complemento differenziale" vedere supra n.49.

¹³⁵ Per un'illustrazione concreta dell'articolo 77, paragrafo 2, lettere a) e b), vedere sentenza del 14 marzo 1989, Baldi, 1/88, Rac. p. 667, punto 21.

"Pensioni" del regolamento (capitolo 3 del titolo III), dall'entrata in vigore del regolamento n. 1399/1999, del 29 aprile 1999 (GUCE n°L 164, 30 giugno 1999), che modificano il regolamento n. 1408/71, a meno che il defunto in un momento qualunque sia stato coperto "da un regime che prevede per gli orfani soltanto degli assegni familiari, o degli assegni integrativi o speciali" (nuovo articolo 78bis)¹³⁶.

Allorché le prestazioni in questione consistono in assegni familiari o assegni integrativi o speciali previsti per gli orfani, questi ultimi rientrano nel campo di applicazione del capitolo 8 (articolo 78, paragrafo 1). Le regole relative alla determinazione della legislazione applicabile sono simili a quelle che regolano le prestazioni per i figli a carico dei titolari di pensioni:

- qualora il defunto sia stato sottoposto alla legislazione di un unico Stato membro, l'orfano ha diritto alle prestazioni in virtù della legislazione di tale Stato (articolo 78, paragrafo 2, lettera a)).
- qualora il defunto sia stato sottoposto alla legislazione di due o più Stati membri e qualora l'orfano risieda sul territorio di uno di tali Stati sotto la cui legislazione ha avuto origine il diritto alle prestazioni, queste ultime vengono accordate in conformità con la legislazione di tale Stato (articolo 78, paragrafo 2, lettere b) e i)).

Negli altri casi, le prestazioni vengono accordate in conformità con la legislazione dello Stato membro cui il defunto è stato sottoposto per il periodo più lungo, qualora un diritto abbia avuto origine in virtù di tale legislazione. Altrimenti "le condizioni per dare origine al diritto vengono esaminate rispetto alle legislazioni degli altri Stati membri interessati, nell'ordine decrescente in base alla durata dei periodi di assicurazione o di residenza maturati sotto la legislazione di tali Stati membri" (articolo 78, paragrafo 2, lettere b) e i)). Nel caso in cui l'applicazione di tali regole avrebbe per effetto quello di rendere competenti più Stati membri, essendo i periodi di uguale durata, le prestazioni vengono accordate in conformità con la legislazione cui è stato soggetto il defunto nell'ultimo periodo (articolo 79, paragrafo 2).

Le prestazioni vengono erogate, in conformità con l'articolo 79, in base alla legislazione determinata in applicazione degli articoli 77 e 78, dall'istituto incaricato di applicarla a proprio carico, come se il titolare o il defunto fossero stati soggetti unicamente alla legislazione dello Stato competente.

81. Restrizione all'esportazione delle prestazioni familiari. Gli articoli 77, paragrafo 1, e 78, paragrafo 1, del regolamento prevedono una restrizione per quanto riguarda l'esportazione delle prestazioni in quanto riservano ai titolari di pensioni o di rendite o agli orfani che risiedono sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di competenza il beneficio del pagamento unicamente "degli assegni familiari", con esclusione delle "prestazioni familiari" ai sensi dell'articolo 1, lettera u) del regolamento.

¹³⁶ Alcuni regimi sono citati all'allegato VIII del regolamento.

Nella sentenza Lenoir del 27 settembre 1988 (313/86, Rac. 5391), trattandosi della non esportabilità delle prestazioni familiari sottoposte a condizioni diverse rispetto al numero o all'età dei membri della famiglia, la Corte ha osservato che le prestazioni di tale natura "sono per lo più strettamente legate all'ambiente sociale e pertanto alla residenza degli interessati" (considerando il punto 16). Si tratta del contributo più importante fornito da questa sentenza, che delinea così tutta l'ampiezza dell'obbligo del Consiglio per assicurare il mantenimento dei diritti acquisiti nel campo della sicurezza sociale a favore dei lavoratori che si spostano all'interno della Comunità e dei membri delle loro famiglie.

CAPITOLO 4: IL MANTENIMENTO DEI DIRITTI IN CORSO DI ACQUISIZIONE

82. Il beneficio di numerose prestazioni di sicurezza sociale è subordinato al fatto di aver maturato periodi di occupazione, di assicurazione o di residenza. Ne risulta che il fatto di cambiare il Paese di occupazione o la residenza può generare dei gravi svantaggi per il lavoratore o per i membri della sua famiglia allorché l'interessato non ha compiuto, sotto la legislazione dello Stato competente, il periodo di tirocinio necessario per poter ottenere il diritto alle prestazioni o, trattandosi in particolare di prestazioni a lungo termine, non ha maturato sotto le diverse legislazioni di iscrizione i periodi minimi richiesti o sufficienti che gli permettano di beneficiare completamente di una pensione paragonabile a quella che avrebbe potuto ottenere se avesse trascorso in passato tutta la sua carriera in un unico Stato.

L'importanza del principio del mantenimento dei diritti in corso di acquisizione, derivato dal diritto internazionale classico, è evidente. Per attuare tale principio si richiede l'utilizzo di due tecniche ben note: quella della totalizzazione dei periodi e quella della prorattizzazione delle prestazioni.

Paragrafo 1: La totalizzazione dei periodi

83. L'articolo 42, lettera a) del trattato prevede in maniera espressa, per sancire la libera circolazione dei lavoratori nel campo della sicurezza sociale, "la totalizzazione per ottenere e mantenere il diritto alle prestazioni, come anche per il calcolo di queste ultime, di tutti i periodi presi in considerazione dalle diverse legislazioni nazionali".

La tecnica della totalizzazione deve essere presa in considerazione sia per avere diritto alle prestazioni (condizione di tirocinio), allorché la legislazione di uno Stato membro subordina l'acquisizione del diritto all'adempimento di periodi di qualifica e il lavoratore non abbia maturati detti periodi in tale Stato, sia per il calcolo delle prestazioni il cui ammontare sarà in funzione della durata della carriera (specialmente per le prestazioni a lungo termine: vecchiaia, reversibilità, invalidità). Tale tecnica per l'istituto di uno Stato membro consiste nel prendere in considerazione, nella misura necessaria, i periodi svolti dal lavoratore migrante in un altro Stato membro "senza discriminazioni riguardo ad altri lavoratori, in ragione dell'esercizio del proprio diritto della libera circolazione"¹³⁷.

¹³⁷ Sentenza del 13 luglio 1966, Hagenbeek, 4/66, Rac. p. 625.

La regola della totalizzazione dei periodi di assicurazione(o, eventualmente, dei periodi di attività dipendente o meno, o di residenza), maturati sotto la legislazione di due o più Stati membri, le cui modalità di applicazione figurano agli articoli 15 e 46 del regolamento n 574/72, viene enunciata da diverse disposizioni del regolamento 1408/71 relativamente a diversi settori della sicurezza sociale¹³⁸.

Pertanto, nel campo delle pensioni (vecchiaia, reversibilità, invalidità¹³⁹), l'articolo 45, paragrafo 1, del regolamento enuncia la regola generale della totalizzazione: l'istituto competente di uno Stato membro, la cui legislazione subordina l'acquisizione, il mantenimento o il recupero del diritto alle prestazioni, al compimento dei periodi di assicurazione o di residenza, deve tener conto nella misura necessaria dei periodi trascorsi sotto la legislazione di qualunque altro Stato membro, come si trattasse di periodi trascorsi sotto la legislazione applicata.

Qualora la legislazione di uno Stato membro subordini l'erogazione di certe prestazioni alla condizione che i periodi di assicurazione siano stati maturati in una professione soggetta ad un regime speciale applicabile ad alcuni lavoratori dipendenti (per esempio degli operai minatori) oppure, eventualmente, in un lavoro determinato, i periodi maturati sotto le legislazioni di altri Stati membri non sono presi in considerazione per l'erogazione di tali prestazioni, a meno che non siano stati maturati sotto un regime corrispondente oppure diversamente nella stessa professione o eventualmente nello stesso lavoro. Qualora, tenuto conto dei periodi maturati, l'interessato non soddisfi le condizioni necessarie per beneficiare di dette prestazioni, tali periodi sono presi in considerazione per beneficiare delle prestazioni previste dal regime generale di sicurezza sociale, oppure, in mancanza di ciò, dal regime applicabile agli operai o ai dipendenti a seconda dei casi (articolo 45, paragrafo 2).

Parimenti, è previsto che se la legislazione di uno Stato membro subordina l'erogazione di talune prestazioni alla condizione che i periodi di assicurazione siano stati maturati unicamente svolgendo un lavoro soggetto ad un regime speciale applicabile ai lavoratori autonomi, i periodi maturati sotto la legislazione di altri Stati membri non sono presi in considerazione per ottenere tali prestazioni, a meno che non siano maturati sotto un regime corrispondente, oppure, in mancanza di ciò, nello stesso lavoro. Qualora, tenuto conto dei periodi così maturati, l'interessato non soddisfi le condizioni richieste per beneficiare di dette prestazioni, tali periodi sono (in talune condizioni) presi in considerazione per l'erogazione delle prestazioni del regime generale oppure, in mancanza di ciò, del regime applicabile agli operai o agli impiegati, a seconda dei casi.

¹³⁸ Malattia--maternità: articolo 18; invalidità: articoli 38 et 40, paragrafo 1; vecchiaia e reversibilità: articoli 45 e 48 (per i periodi di assicurazione o di residenza inferiori ad un anno); malattia professionale: articolo 57, paragrafo 4; decesso: articolo 64; disoccupazione: articolo 67; prestazioni familiari: articolo 72; prestazioni per figli a carico di titolari di pensioni o rendite e per orfani: articolo 79, paragrafo 1.

¹³⁹ Allorché l'interessato ha esercitato delle attività sotto la legislazione di tipo A (in base alla quale l'ammontare delle prestazioni di invalidità non dipende dalla durata dei periodi di assicurazione) e sotto una legislazione di tipo B (che fissa l'ammontare delle prestazioni di invalidità in funzione dei periodi di assicurazione). Vedere infra n. 94

84. Portata della regola della totalizzazione. Due sentenze della Corte hanno conferito alla regola della totalizzazione dei periodi di assicurazione (o eventualmente dei periodi di occupazione o di residenza), maturati sotto la legislazione di due o più Stati membri, una portata che supera di gran lunga le questioni relative al diritto alle prestazioni e al calcolo delle prestazioni per le quali tale regola era stata concepita all'origine: si tratta delle sentenze del 26 ottobre 1995, *Moscato*, C-481/93 (Rac. p. I-3537), e *Klaus*, C-482/93 (Rac. p. I-3560).

Il Signor *Moscato*, di nazionalità italiana, dopo aver lavorato in Belgio e successivamente nei Paesi Bassi; in seguito era divenuto disoccupato in Belgio prima di riprendere a lavorare nei Paesi Bassi. Ma due mesi dopo, aveva dovuto cessare qualunque attività professionale in seguito al sopraggiungere di disturbi psichici. Egli ha percepito delle prestazioni per malattia a carico del regime olandese. Tuttavia, l'organismo olandese, facendo riferimento alla legislazione nazionale in materia di invalidità ha rifiutato di erogare le indennità per incapacità lavorativa adducendo come motivo che, all'inizio della sua ultima attività professionale nei Paesi Bassi, dal suo stato di salute si poteva chiaramente presagire che sarebbero comparsi dei problemi che lo avrebbero reso inidoneo al lavoro sei mesi dopo.

Ma l'organismo aveva il diritto di prendere come punto di partenza per l'iscrizione la data in cui il signor *Moscato* si era iscritto al regime olandese, e quindi senza considerare periodi di iscrizione precedenti, maturati dall'interessato sotto la legislazione di un altro Stato membro? La risposta della Corte è stata negativa: la regola della totalizzazione, di cui all'articolo 42, lettera a) del trattato è tale che, attuata dall'articolo 38, paragrafo 1 del regolamento n. 1408/71 nel campo dell'assicurazione per invalidità, richiede agli istituti competenti di ragionare come se tutta la carriera del lavoratore fosse stata compiuta in un unico territorio.

Nella sentenza *Klaus*, la Corte ha reiterato tale interpretazione della regola della totalizzazione, ma questa volta a proposito dell'assicurazione per malattia.

La signora *Klaus*, di nazionalità olandese, aveva lavorato in Spagna, nei Paesi Bassi, e di nuovo in Spagna, e poi dall'ottobre 1989 nei Paesi Bassi. Appena quindici giorni dopo l'inizio della nuova attività nei Paesi Bassi si era trovata nell'incapacità di lavorare in quanto sofferente di mal di schiena. Le indennità per malattie reclamate presso la cassa malattia olandese competente le furono rifiutate per il fatto che al 20 ottobre 1989, data in cui aveva avuto inizio la sua assicurazione in base al regime olandese di assicurazione malattia, la signora era già inidonea ad esercitare il proprio lavoro.

Facendo seguito all'articolo 38, l'articolo 18 del regolamento è stato interpretato nel senso di obbligare gli istituti competenti a tener conto altresì dei periodi di iscrizione maturati dall'assicurato sotto la legislazione di un altro Stato membro, come se si trattasse di periodi svolti dall'assicurato sotto la legislazione che viene applicata, in particolare quando la legislazione dello Stato competente subordina l'erogazione delle prestazioni per malattia alla condizione che l'inidoneità al lavoro non fosse preesistente al momento dell'iscrizione.

85. Funzionari. Esiste una deroga al principio generale della totalizzazione per quanto attiene alla liquidazione delle pensioni di invalidità o di vecchiaia a titolo di un regime speciale dei funzionari (vedere articolo 43 bis, paragrafo 2, e 51 bis, paragrafo 2): pertanto qualora la legislazione di uno Stato membro subordini l'acquisizione dei diritti a tali prestazioni alla condizione che tutti i periodi di assicurazione siano stati svolti nell'ambito del o dei regimi speciali dei funzionari di tale Stato o siano assimilati a tali periodi in virtù della legislazione di tale Stato, si terrà conto soltanto dei periodi che possono essere riconosciuti in base alla legislazione in questione. Tuttavia, per evitare la perdita di tali periodi, nell'ipotesi in cui dovessero risultare insufficienti per ottenere un diritto alle prestazioni in base al regime speciale, tali periodi potranno essere considerati ai fini dell'erogazione delle prestazioni del regime generale.

86. Condizioni di iscrizione. Ricorderemo in tale contesto che il regolamento n. 1408/71 ha essenzialmente come oggetto quello di coordinare i regimi nazionali di sicurezza sociale al fine di assicurare la libera circolazione delle persone, ma non riguarda affatto l'armonizzazione delle condizioni di iscrizione, poiché queste ultime, come la Corte ha fatto notare nel caso 266/78, Brunori¹⁴⁰, riguardano soltanto le legislazioni nazionali¹⁴¹.

Pertanto, le diverse disposizioni del regolamento relative alla totalizzazione dei periodi di assicurazione non potrebbero in sé regolare la questione preventiva dell'iscrizione a tale regime nazionale di sicurezza sociale, senza considerare il calcolo dei periodi per dare origine al diritto.

Lodo arbitrale in base al quale l'articolo 9, paragrafo 2, del regolamento n. 1408/71¹⁴², "non regola le altre condizioni cui le legislazioni di ciascuno Stato membro possono subordinare l'origine del diritto, come quello di versare i contributi a un regime nazionale di assicurazione volontaria o facoltativa continuativa" (vedere sentenza Hartmann Troiani, precitata, punto 16).

In tali condizioni, spetta alla legislazione di ogni Stato membro determinare le condizioni del diritto relativo all'obbligo di iscriversi ad un regime di sicurezza sociale, o a quale settore di regime similare, dal momento che non sono state fatte, a tale riguardo, discriminazioni tra connazionali e cittadini di altri Stati membri (vedere in particolare sentenza Hartmann Troiani, precitata, punto 21)"¹⁴³.

¹⁴⁰ Sentenza del 12 luglio 1979, Rac. p. 2705.

¹⁴¹ Vedere anche sentenza del 23 settembre 1982, Koks, 275/81, Rac. p. 3013; del 24 settembre 1987, De Rijke, 43/86, Rac. p. 3611; del 3 maggio 1990, Kits, C-2/89, Rac. p. I-1769.

¹⁴² Tale articolo comporta una regola di totalizzazione per assicurare l'equivalenza dei periodi di assicurazione svolti in diversi Stati membri, in maniera che gli interessati possano soddisfare le condizioni relative ad una durata minima dei periodi d'assicurazione, allorché una legislazione nazionale subordina l'ammissione all'assicurazione volontaria o facoltativa continuata a una tale condizione (sentenza del 18 maggio 1989, Troiani, 368/87, Rac. p. 1333, punto 15).

¹⁴³ Sentenza del 20 ottobre 1993, Baglieri, C-297/92, Rac. p. I-5228, punti 12 e 13.

Paragrafo 2: La prorattizzazione delle prestazioni

87. Allorché la totalizzazione dei periodi è stata applicata a favore di un lavoratore che è stato sottoposto alla legislazione di due o più stati membri, è evidente che tale lavoratore non riceve, nello Stato membro interessato, una prestazione completa come se avesse svolto in quello Stato tutti i periodi considerati: ne riceve soltanto una parte dall'istituto nazionale, parte che è in proporzione dei periodi svolti in quello Stato. Si tratta della prorattizzazione (o sistema di ripartizione).¹⁴⁴

La prorattizzazione è suscettibile di influire soltanto sulle prestazioni il cui ammontare varia in funzione della carriera svolta (vecchiaia, invalidità, reversibilità, eccetera); e funziona non in base al diritto alle prestazioni, ma in base al calcolo di queste ultime.

88. Principio dell'intangibilità dei diritti acquisiti. L'attuazione delle tecniche di totalizzazione dei periodi di qualifica e di prorattizzazione delle prestazioni per il mantenimento dei diritti in corso di acquisizione ha suscitato una giurisprudenza molto importante, correttiva, da parte della Corte di giustizia, che si fonda, in generale, sul principio dell'intangibilità dei diritti acquisiti dagli individui in materia di sicurezza sociale sotto la legislazione nazionale. Effettivamente, è stato sancito che gli articoli 39 e 42 del trattato, i quali, secondo la formula consacrata, rappresentano il fondamento, il quadro e i limiti dei regolamenti, hanno come oggetto principale quello di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità. Tale obiettivo non potrebbe essere raggiunto qualora l'applicazione dei regolamenti avesse come risultato quello di sopprimere o di ridurre i vantaggi della sicurezza sociale che un lavoratore otterrebbe unicamente dalla legislazione di uno Stato membro e pertanto di porre il lavoratore migrante in una situazione meno favorevole rispetto a quella garantitagli dalle legislazioni nazionali¹⁴⁵.

Ne risulta che l'operazione della totalizzazione e il meccanismo che la accompagna, che è la prorattizzazione delle prestazioni, si concepiscono soltanto al fine di assicurare a una persona che ha lavorato in diversi Stati membri il beneficio delle prestazioni di sicurezza sociale che avrebbe ottenuto se avesse sempre lavorato nello stesso Stato membro. Al contrario, non si può procedere alla totalizzazione né di conseguenza alla prorattizzazione, senza correre il rischio di violare l'articolo 42 del trattato, nel caso di un lavoratore che, in base ai soli periodi di occupazione o di assicurazione maturati in uno Stato membro, può pretendere la totalità delle prestazioni in virtù della legislazione del solo Stato membro senza ricorrere alla totalizzazione, anche se può ricorrere a quest'ultima per dare origine a un diritto alle prestazioni in un altro Stato membro¹⁴⁶.

¹⁴⁴ (Tale sistema viene talvolta sostituito, nel diritto contrattuale, da quello detto dell'integrazione che consiste nell'accordare le prestazioni complete in base all'unica legislazione di una parte contraente. I regolamenti comunitari applicano quest'ultimo sistema nel campo delle prestazioni per invalidità quando l'interessato è stato sottoposto esclusivamente a legislazioni di tipo A vedere infra n.75)

¹⁴⁵ Vedere tra le sentenze recenti, le sentenze del 12 luglio 1984, Patteri, 242/83, Rac. p. 3171; del 6 ottobre 1987, Stefanutti, 197/85, Rac. p. 3874; del 21 marzo 1990, Cabras, C-199/88, Rac. p. I-1049; del 22 febbraio 1990, Bronzino, 228/88, Rac. 1990, p. I-549; del 7 marzo 1991, Masgio, C-10/90, Rac. 1991, p. I-1134.

¹⁴⁶ Vedere per esempio, sentenze del 15 luglio 1964, Van der Veen, 100/63, precitate; del 9 giugno 1964, Nonnemacher, 92/63, precitata; del 6 dicembre 1973, Mancuso, 140/73, Rac. p. 1449; del 28 maggio 1974,

89. Liquidazione delle pensioni. L'articolo 46 del regolamento n. 1408/71 costituisce il pezzo forte in materia di liquidazione delle pensioni. La sua applicazione ha fatto sì che la Corte di giustizia si pronunciasse in maniera esaustiva e “correttiva”, in particolar modo sui rapporti tra il diritto comunitario e le regole nazionali anticumulo, le quali abbondano in materia dell'assicurazione per vecchiaia¹⁴⁷.

Il legislatore comunitario ha tratto gli insegnamenti di tale giurisprudenza dal regolamento n. 1248/92 del 30 aprile 1992¹⁴⁸. Quest'ultimo ha modificato profondamente la formula di liquidazione delle pensioni, procedendo ad un chiarimento e ad una semplificazione del dispositivo, la cui lettura era stata resa molto difficile dalla giurisprudenza della Corte. Noi ci limiteremo ad esporre a grandi linee la nuova regolamentazione, entrata in vigore il primo giugno 1992.

90. Occorre effettuare un duplice calcolo:

1. Quando viene generato il diritto alla prestazione in uno Stato membro senza che sia necessario ricorrere alla totalizzazione dei periodi, l'interessato riceve, da parte dell'istituto competente di tale Stato, una pensione calcolata in base alla propria legislazione nazionale, cioè in funzione dei soli periodi maturati sotto la legislazione di tale Stato. (metodo del calcolo diretto), sia una *prestazione autonoma* (articolo 46, paragrafo 1, a)). L'istituto calcola tuttavia anche l'ammontare della prestazione che sarebbe dovuta applicando la regola del calcolo proporzionale (punto 2 che segue), e l'interessato beneficia dell'ammontare più elevato (articolo 46, paragrafo 1, a, ii, e paragrafo 3)¹⁴⁹.

Tali calcoli devono essere effettuati tenendo conto, eventualmente, delle clausole nazionali anticumulo.

2. Quando in uno Stato membro non è stato ancora generato il diritto alla prestazione se non ricorrendo alla totalizzazione dei periodi di assicurazione o di residenza (oppure facendo un paragone previsto al punto 1 che precede), l'interessato riceve dall'istituto competente di tale Stato e a proprio carico una parte della pensione calcolata in base al metodo del calcolo proporzionale:

Niemann, 191/73, Rac. p. 571; del 6 ottobre 1987, Stefanutti, 197/85, Rac. p. 3874; del 9 luglio 1987, Burchell, 377/85, precitata.

¹⁴⁷ Vedere. p. es.. sentenze del 21 ottobre 1975, Petroni, 24/75, Rac. p. 1149; del 3 febbraio 1977, Strehl, 62/76, Rac. p. 211; del 13 ottobre 1977, Manzoni, 112/76, Rac. p. 1656; del 25 novembre 1975, Massonet, 50/75, Rac. p. 1473; del 20 ottobre 1977, Giulani, 32/77, Rac. p. 1857; del 13 marzo 1986, Sinatra, 296/84, Rac. p. 1056; del 17 dicembre 1987, Collini, 323/86, Rac. p. 5503; del 18 aprile 1989, Felice, 128/88, Rac. p. 836; del 6 giugno 1990, Spits, 342/88, Rac. p. I-2268; del 21 marzo 1990, Cabras, C-199/88, precitata; del 5 aprile 1990, Bianchin, C-109/89, Rac. p. I-1619.

¹⁴⁸ GUCE n. L 136.

¹⁴⁹ Tuttavia, si può rinunciare a quest'ultimo calcolo se il risultato di questo si rivela identico o inferiore al calcolo effettuato in conformità con la legislazione nazionale, a condizione che la legislazione dello Stato in questione non comporti alcuna clausola anticumulo che possa influire sull'ammontare autonomo. Il nuovo allegato IV, parte C, cita per ciascuno Stato membro interessato il caso in cui si può rinunciare al calcolo della prestazione prorattizzata (non è menzionato alcun caso in base alla legislazione belga, tedesca, spagnola, francese, greca, lussemburghese, austriaca e finlandese) (articolo 46, paragrafo 1, b).

- Innanzitutto l'istituto calcola l'ammontare "*teorico*" della prestazione che sarebbe dovuta qualora tutti periodi fossero stati maturati sotto la propria legislazione ("calcolo per ordine") (articolo 46, paragrafo 2, a);
- In base a tale ammontare, l'istituto fissa l'ammontare effettivo in misura prorata della durata dei periodi di assicurazione o di residenza maturati sotto la legislazione applicata in rapporto alla durata totale dei periodi di assicurazione o di residenza maturati sotto le legislazioni degli Stati membri in questione; è il procedimento della prorattizzazione propriamente detto (prestazione prorattizzata) (articolo 46, paragrafo 2, b)¹⁵⁰.

3. Il lavoratore o il superstite ha diritto all'ammontare più elevato degli importi della prestazione autonoma o della prestazione prorattizzata. Tuttavia su ciascuna delle due pensioni deve essere eseguito un calcolo completo, comprendendo le regole nazionali anticumulo, nei limiti o salvo le eccezioni previste ai nuovi articoli 46bis, 46ter e 46quater.

Tali diversi sistemi di calcolo (diretto o proporzionale) possono applicarsi separatamente in ciascuno Stato membro in cui viene originato il diritto in quanto l'interessato riceve una o più pensioni autonome o/e una o più pensioni prorattizzate.

91. Regole anticumulo. Il regolamento n. 1408/71 regola l'applicazione delle regole nazionali anticumulo (articoli 46bis, 46ter e 46quater).

In maniera generale:

- Viene tenuto conto dell'ammontare delle prestazioni da versare da parte di un altro Stato membro dopo aver detratto le imposte, i contributi di sicurezza sociale e le altre trattenute individuali (articolo 46bis, paragrafo 3, lettera b);
- Le regole anticumulo non possono calcolare le prestazioni acquisite in base alla legislazione di un altro Stato membro e che corrispondono a dei periodi di assicurazione volontaria o facoltativa continuata (articolo 46bis, paragrafo 3, lettera c);
- La prestazione dovuta in base alla legislazione considerata non può essere ridotta, in applicazione di una clausola di divieto di cumulo, se non nel limite dell'ammontare delle prestazioni o dei redditi ottenuti in un altro Stato membro (articolo 46bis, paragrafo 3, lettera d).

Inoltre, sono applicabili alcune disposizioni particolari in base alle quali il cumulo considerato riguarda le prestazioni della stessa natura, dovute in virtù della legislazione di due o più Stati membri, o prestazioni di natura diversa¹⁵¹.

¹⁵⁰ Per l'applicazione dell'articolo 46, paragrafo 2, a) e b), allorché la legislazione applicata prevede una durata massima di periodi per beneficiare di una prestazione completa e che in seguito alla totalizzazione la durata dei periodi è superiore alla durata massima in causa, l'istituto competente prende in considerazione quest'ultima invece della durata totale dei detti periodi (articolo 47, paragrafo 1, a).

¹⁵¹ L'articolo 46bis, paragrafo 1, del regolamento n. 1408/71, definisce a tal fine, il cumulo delle prestazioni della stessa natura come miranti a "tutti i cumuli delle prestazioni di invalidità, di vecchiaia e dei superstiti calcolate o erogate in base a dei periodi di assicurazione e/o di residenza compiute da un'altra persona". Al

Se si tratta di **prestazioni della stessa natura** le clausole anticumulo non si possono applicare a una prestazione prorattizzata (articolo 46 ter, paragrafo 1) e non si possono applicare a una prestazione autonoma se non in base alle strette condizioni enunciate all'articolo 46 ter, paragrafo 2 (completato dall'allegato IV, D), destinate ad evitare un cumulo abusivo.

Secondo l'articolo 46 ter, paragrafo 2 del regolamento, si deve trattare:

- a) di una prestazione il cui ammontare è indipendente dalla durata dei periodi di assicurazione o di residenza maturati e che è prevista all'allegato IV della parte D (legislazione di tipo "A")

oppure

- b) di una prestazione il cui ammontare è determinato in funzione di un periodo fittizio che si può presumere essere svolto tra la data di realizzazione del rischio e una data successiva. In quest'ultimo caso si applicano le suddette clausole in caso di cumulo di una tale prestazione:
 - o con una prestazione dello stesso tipo, salvo qualora sia stato concluso un accordo tra due o più Stati membri che cercano di evitare di prendere in considerazione due o più volte lo stesso periodo fittizio;
 - oppure con una prestazione del tipo di cui al punto a).

Le prestazioni e gli accordi di cui al punto b) sono menzionati all'allegato IV parte D.

In presenza di **prestazioni di natura diversa**, occorre riferirsi all'articolo 46 quater che tende ad alleggerire le conseguenze pregiudizievoli, per il lavoratore migrante o per il superstite, di un'applicazione congiunta di disposizioni anticumulo da parte di due o più Stati membri. Pertanto se più prestazioni autonome devono essere contemporaneamente ridotte in applicazione di tali regole, l'ammontare sul quale si basa la riduzione, la sospensione o la soppressione deve essere diviso per il numero delle prestazioni soggette alla riduzione, sospensione o soppressione. Parimenti, trattandosi di prestazioni prorattizzate, le prestazioni di natura diversa non vengono prese in considerazione, per l'applicazione delle regole anticumulo considerate, se non per una frazione del loro ammontare determinato in misura pro-rata della durata dei periodi di assicurazione o di residenza di cui si è tenuto conto per il calcolo della prestazione prorattizzata.

92. Pensione minima. Il beneficiario delle prestazioni non può, nello Stato della propria residenza, e in base alla legislazione del quale gli è dovuta una prestazione, percepire un ammontare inferiore a quello della prestazione minima determinata da tale legislazione per un periodo di assicurazione o di residenza pari al totale dei periodi da lui maturati sul territorio degli Stati membri. L'istituto competente di tale Stato versa eventualmente all'interessato, per tutta la durata della sua residenza in

contrario con il cumulo delle prestazioni di natura diversa, si intende che "tutti i cumuli di prestazioni che non possono essere considerati nella stessa natura, ai sensi del paragrafo 1" (articolo 46bis, paragrafo 2).

questo Stato, un'integrazione pari alla differenza tra l'ammontare della prestazione minima e la somma delle prestazioni calcolate in base alle regole comunitarie della totalizzazione e della prorattizzazione cui ci siamo riferiti (articolo 50 del regolamento).¹⁵²

93. Rivalutazione e nuovo calcolo delle prestazioni. L'articolo 51 del regolamento n. 1408/71 è stato introdotto per ridurre l'onere amministrativo che risulterebbe se si dovessero calcolare di nuovo le prestazioni liquidate in conformità con l'articolo 46, allorché le prestazioni sono adattate semplicemente da uno Stato membro a causa di "avvenimenti estranei alla situazione individuale dell'assicurato" e legate a "l'evoluzione generale della situazione economica e sociale" (aumento del costo della vita, variazione del numero dei dipendenti, ecc.) (articolo 51, paragrafo 1).¹⁵³

Tuttavia, in base all'articolo 51, paragrafo 2, viene effettuato un nuovo calcolo in caso di variazione dei sistemi con cui sono state stabilite le regole per il calcolo delle prestazioni, a causa di un mutamento della situazione personale del lavoratore.

Nel caso C-65/92, Levatino¹⁵⁴, si è ricorsi alla Corte per sapere se l'articolo 51 del regolamento poteva applicarsi pienamente all'adeguamento dell'importo di una prestazione come il reddito garantito. È evidente che quest'ultimo deve essere considerato come "una prestazione di vecchiaia" ai sensi del regolamento, e pertanto suscettibile di rientrare nel campo applicativo dell'articolo 46¹⁵⁵.

Ciò non toglie, che, considerando le "caratteristiche particolari" del reddito garantito alle persone anziane, l'applicazione dell'articolo 51, *paragrafo 1*, secondo la Corte sarebbe tale da "comportare uno sconvolgimento della legislazione nazionale" in questione, snaturando l'oggetto della prestazione, che è quello di compensare le risorse insufficienti dell'interessato in maniera da permettergli di raggiungere il minimo garantito delle risorse in base alla legge. In effetti, impedendo di prendere in considerazione la rivalutazione di una pensione di vecchiaia erogata da un altro Stato membro, il cui ammontare deve normalmente essere detratto da quello che è il reddito minimo garantito, l'applicazione dell'articolo 51, paragrafo 1 "pregiudicherebbe il carattere complementare di una prestazione il cui ammontare varia in funzione delle risorse dell'interessato, in quanto ha la funzione di compensare l'insufficienza":

Al contrario, prosegue la Corte, l'articolo 51, *paragrafo 2*, doveva nello specifico applicarsi dal momento in cui "qualunque modifica delle risorse del beneficiario, qualunque sia l'origine, riguardi la situazione individuale di quest'ultimo nei confronti

¹⁵² Vedere sentenze del 30 novembre 1977, Torri, 64/77, Rac. p. 2299; del 17 dicembre 1981, Browning, 22/81, Rac. p. 3357.

¹⁵³ Vedere sentenze del 2 febbraio 1982, Sinatra, 7/81, Rac. p. 137; del primo marzo 1989, Jordan, 141/88, Rac. p. 2387; del 21 marzo 1990, Ravidà, C-85/89, Rac. p. I-1063; del 20 marzo 1991, Cassamali, C-93/90, Rac. p. I-1401, punti 15 e 16; del 18 febbraio 1993, Bogana, C-192/92, Rac. p. I-755.

¹⁵⁴ Sentenza del 22 aprile 1993, Rac. p. I-2027.

¹⁵⁵ Cfr. sentenza del 22 giugno 1972, Trilli, 1/72, Rac. p. 457, punto 18.

della legislazione applicabile e modifica il sistema di calcolo della prestazione che gli viene erogata" (punto 43).

Si tratta di una sentenza fondamentale in materia di "prestazioni non contributive di tipo misto", che ai sensi della sentenza Lenoir (che riguardava prestazioni familiari con finalità speciali)¹⁵⁶, corregge le conseguenze estreme di un'assimilazione pura e semplice di tali prestazioni a quelle (pensione di vecchiaia, prestazioni familiari, sussidi di disoccupazione, ecc.) a cui si collegano a titolo complementare o suppletivo.

Al contrario è stato escluso un nuovo calcolo in caso di erogazione in un altro Stato membro di un assegno che presenta il carattere di una prestazione familiare, come gli assegni italiani per il nucleo familiare (decreto del 22 settembre 1994, Bettaccini, C-301/93, Rac. p. I-4361). Effettivamente, secondo l'articolo 51, paragrafo 2, del regolamento n. 1408/71, non si può effettuare un nuovo calcolo in conformità con l'articolo 46 se non in caso di modifica del modo in cui vengono stabilite le regole per calcolare le prestazioni di vecchiaia, di reversibilità o di invalidità. Nella formulazione dell'articolo 51 nulla fa pensare che si tratti di qualcosa di diverso.

94. Liquidazione delle prestazioni di invalidità. Per quanto riguarda la determinazione dell'istituto debitore in materia di invalidità, il regolamento opera una distinzione a seconda che il lavoratore sia stato sottoposto in maniera esclusiva alle legislazioni di tipo A¹⁵⁷ in base alle quali l'ammontare delle prestazioni di invalidità è indipendente dalla durata dei periodi di assicurazione (articoli 37 e 39) oppure che sia stato sottoposto alle legislazioni il cui ammontare più o meno fisso delle prestazioni è in funzione dei periodi di assicurazione (legislazione di tipo B) (articolo 40)¹⁵⁸.

1. Nella prima ipotesi la prestazione viene fissata in conformità con le disposizioni della legislazione che era applicabile all'interessato al momento in cui è sopravvenuta l'incapacità lavorativa seguita dall'invalidità; tale prestazione è interamente a carico dell'istituto competente ai sensi di tale legislazione.

2. Nella seconda ipotesi la prestazione viene fissata in base alle regole previste in materia di pensione di vecchiaia o di reversibilità.

Nota: Allorché la legislazione applicabile di uno Stato membro (Belgio, nella fattispecie) fa dipendere l'ammontare della prestazione di invalidità dalla remunerazione percepita dal lavoratore al momento in cui è avvenuto l'incidente che

¹⁵⁶ Sentenza del 27 novembre 1988, 313/86, Rac. p. 5391.

¹⁵⁷ Questo è il caso del Belgio, Francia, Paesi Bassi, Spagna, Finlandia (trattandosi di pensioni nazionali per le persone nate disabili o divenutovi in un'età precoce), in Irlanda, nel Regno Unito e in Grecia (trattandosi della legislazione relativa al regime dell'assicurazione agricola).

¹⁵⁸ È il caso della Germania, dell'Austria, dell'Italia, del Granducato di Lussemburgo, del Portogallo, della Danimarca, della Grecia (regime diverso dal regime agricolo), in Francia (regime speciale per i minatori) in Finlandia (ad eccezione dei disabili dalla nascita o divenutivi in età precoce) e in Svezia.

ne ha causato l'invalidità e il lavoratore in questione non era stato sottoposto in quel momento al regime di sicurezza sociale di tale Stato perché lavorava in un altro Stato membro, l'istituto competente, applicando l'articolo 46, paragrafo 2 del regolamento deve calcolare l'ammontare teorico della prestazione in base all'ultima remunerazione percepita dal lavoratore in quest'altro Stato membro (sentenza del 9 agosto 1994, Reichling, C-406/93, Rac. p. I-4073).

L'obbligo dell'istituto competente di calcolare la remunerazione reale percepita in un altro Stato membro, come se fosse stata percepita nello Stato membro di competenza, nel momento in cui è avvenuto il rischio, risponde secondo la Corte pienamente all'obiettivo perseguito dal regolamento 1408/71, il quale presuppone che i lavoratori non debbano perdere i diritti alle prestazioni di sicurezza sociale, né subire una riduzione del loro ammontare per il fatto che hanno esercitato il diritto alla libera circolazione conferitogli dal trattato.

Tuttavia si applicheranno le regole di cui al punto 1, allorché siano presenti le seguenti condizioni:

- nel momento in cui è sopravvenuta l'incapacità lavorativa a cui ha fatto seguito l'invalidità, il lavoratore è sottoposto a una legislazione di tipo A;
- il lavoratore soddisfa le condizioni richieste da questa legislazione o da altre legislazioni dello stesso tipo, senza che debba fare appello a periodi di assicurazione maturati sotto una legislazione di tipo B;
- il lavoratore non soddisfa le condizioni richieste per aver diritto alle prestazioni nei confronti di una legislazione di tipo B.
- Il **controllo medico e amministrativo** dell'invalido viene effettuato, dietro richiesta dell'istituto debitore, da parte di un istituto del luogo in cui soggiorna o risiede il beneficiario, con modalità previste dalla legislazione applicata da quest'ultima.. Tuttavia, l'istituto debitore conserva la facoltà di far eseguire il controllo del beneficiario da un medico di sua scelta (articolo 51 del regolamento n. 574/72).

Secondo la Corte di giustizia, allorché l'istituto debitore utilizza la facoltà di far esaminare da un medico di propria scelta il beneficiario che risiede in un altro Stato membro, l'interessato può essere obbligato a recarsi nello Stato membro dell'istituto competente, a condizione che le spese dello spostamento e del soggiorno derivanti siano sostenute dall'istituto competente e che l'interessato sia in grado di effettuare lo spostamento senza che la propria salute ne risenta. La limitazione dei poteri di controllo dell'istituto debitore in materia di prestazioni per malattia e per maternità non sarebbe ammessa in caso di invalidità (sentenza del 27 giugno 1991, Martinez Vida, C-344/89, Rac. p. I-3245).

La regola del controllo preventivo dell'interessato da parte dell'istituto del luogo di residenza si applica anche nel caso degli ex lavoratori frontalieri, anche se la residenza dell'interessato è più vicina all'istituto dello Stato competente rispetto a quello del luogo di residenza (sentenza del 10 dicembre 1998, Voeten, C-279/97, Rac. p. I-8293). Effettivamente, secondo la Corte, "il beneficiario delle prestazioni di

invalidità in linea di massima ha interesse a farsi visitare dai servizi sanitari con i quali ha più familiarità e che usano la lingua dello Stato in cui risiede". Stando così le cose, in considerazione degli obiettivi perseguiti dall'articolo 51, paragrafo 1 del regolamento, che consistono nella protezione degli interessi del beneficiario delle prestazioni di invalidità, quest'ultimo deve avere la facoltà di rinunciare al controllo preventivo da parte dell'istituto del luogo di residenza, a condizione che tale rinuncia sia libera e non equivoca.

Si osserverà a questo riguardo che, contrariamente all'articolo 18 del regolamento 574/72 che prevede in caso di malattia e di maternità un controllo amministrativo o medico effettuato dall'istituto del luogo di residenza di propria iniziativa, l'articolo 51 paragrafo 1, in materia di prestazioni di invalidità non prevede un tale controllo se non a richiesta dell'istituto competente. Tale diversità di trattamento si spiega secondo la Corte per le differenze particolarmente pronunciate in materia di invalidità tra le legislazioni degli stati membri (in particolare per quanto riguarda il grado di invalidità).

CAPITOLO 5: PRINCIPIO DELLA COOPERAZIONE LEALE

95. La sentenza emanata dalla Corte nel caso C-165/91, Van Munster (sentenza del 5 ottobre 1994, Rac. p. I-4686) e, ancora di più, quella resa nel caso C-262/97, Engelbrecht (sentenza del 26 settembre 2000, Rac. p. I-3721) forniscono un chiarimento nuovo per quanto riguarda la portata degli obblighi delle autorità competenti degli Stati membri allorché applicano a un lavoratore migrante, in materia di assicurazione vecchiaia, le loro disposizioni nazionali. Secondo la Corte, l'applicazione della legislazione nazionale al lavoratore migrante, opera in maniera tale che per il lavoratore sedentario possano esserci delle ripercussioni impreviste e poco compatibili con i fini degli articoli da 39 a 42 CE. Quindi spetta alle autorità competenti eliminare tali conseguenze o attenuarle il più possibile, utilizzando tutti i mezzi di cui dispongono e in particolare interpretando la legge interna compatibilmente con le "esigenze del diritto comunitario", in conformità con il principio della cooperazione leale di cui all'articolo 10 CE.

Le circostanze del caso Van Munster si prestano ad un'analisi del genere. Nei Paesi Bassi, qualunque persona coniugata che ha compiuto i 65 anni ha diritto a una pensione personale che corrisponde al 50% del salario minimo netto, maggiorato del 50% se ha un coniuge a carico che abbia meno di 65 anni (cioè il 100% del salario minimo netto). In Belgio invece la pensione viene calcolata in base ai periodi di assicurazione fino alla concorrenza del 75% delle remunerazioni lorde per il lavoratore il cui coniuge ha cessato qualunque attività professionale e non gode di nessuna pensione ("tasso nucleo familiare") e del 60% per tutti gli altri lavoratori ("tasso isolato").

Nella fattispecie, il signor Van Munster, dopo aver beneficiato di una pensione di vecchiaia belga a un "tasso nucleo familiare", si è visto applicare in base alla legislazione belga il "tasso isolato" allorché la moglie, residente nei Paesi Bassi e non attiva ha raggiunto l'età dei 65 anni e ha quindi potuto usufruire di una pensione personale di diritto olandese (il 50% del salario minimo netto), anche se il versamento

di tale pensione non ha comportato nessun aumento delle risorse totali della coppia (poiché è stato concomitante a una riduzione della stesso importo della pensione del marito). Di fronte a conseguenze del genere, la Corte ha giudicato che l'obbligo della cooperazione leale "implica che (le autorità belghe) verifichino se la loro legislazione può essere applicata alla lettera al lavoratore migrante allo stesso modo rispetto al lavoratore sedentario, senza che tale applicazione comporti una perdita dei benefici della sicurezza sociale per il lavoratore migrante e che faccia in modo da non dissuaderlo ad esercitare effettivamente il proprio diritto alla libera circolazione". Per quanto riguarda la giurisdizione nazionale, compete ad essa "dare alla legge interna che deve applicare, nella misura del possibile, un'interpretazione conforme alle esigenze del diritto comunitario".

96. Ma che cosa succede allorché i modi di interpretazione dell'ordine giuridico interno non permettono in maniera precisa "un'interpretazione conforme alle esigenze del diritto comunitario?" In tal caso il giudice nazionale deve ignorare le disposizioni nazionali in questione?

Secondo la **giurisprudenza Simmenthal**¹⁵⁹, le giurisdizioni nazionali hanno l'obbligo di assicurare la piena efficacia del diritto comunitario, "lasciando se necessario inapplicata per loro volontà qualunque disposizione in contrasto con la legislazione nazionale, anche posteriore" (punto 21). Occorre estendere tale principio all'ipotesi in cui la disposizione nazionale, senza essere contraria al diritto comunitario, crea in alcune circostanze un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, in particolare allorché si applica ad una situazione che comporta degli elementi di estraneità che conducono all'applicazione contemporanea della legislazione di tale altro Stato membro?

La Corte, senza mezzi termini, ha risposto nella sua sentenza Engelbrecht:

"Se non è possibile tale applicazione conforme, la giurisdizione nazionale è obbligata ad applicare integralmente il diritto comunitario e a proteggere i diritti conferiti dal medesimo agli individui, lasciando eventualmente all'esigenza inapplicata qualunque disposizione nella misura in cui la sua applicazione, nelle circostanze della fattispecie, porterebbe a un risultato contrario al diritto comunitario (vedere in senso analogo la sentenza del 21 maggio 1987, Albako, 249/85, Rac. p. 2345, punti 13 e successivi)" (punto 40; quello che noi sottolineiamo).

Questo era stato il caso in questione: la perdita di un vantaggio sociale a svantaggio di un lavoratore per il semplice fatto di versare al proprio coniuge una prestazione della stessa natura, in base alla legislazione di un altro Stato membro, mentre tale circostanza non aveva comportato nessun aumento delle risorse globali del nucleo familiare (poiché era stato concomitante ad una riduzione dello stesso importo della pensione personale del lavoratore nello stesso Stato) era "di natura tale da ostacolare l'esercizio del diritto alla libera circolazione all'interno della comunità", prevista dall'articolo 39 CE (punti 41 e 42).

¹⁵⁹ Sentenza del 9 marzo 1978, 106/77, Rac. p. 629.

Tale sentenza si iscrive nella linea della giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 10 del trattato. Effettivamente, deriva da questa giurisprudenza che il principio di cooperazione leale comporta per gli Stati membri un obbligo specifico, che non si potrebbe ricondurre all'obbligo di adottare un comportamento o un atto contrario al diritto comunitario; inoltre spetta loro assicurare, anche nell'esercizio delle loro competenze sovrane, l'applicabilità del diritto comunitario e di garantire la realizzazione dei fini della comunità, in quanto membri di quest'ultima.

Ora, perché il diritto comunitario abbia pieno effetto, a volte il giudice nazionale, in base al principio della cooperazione leale, *non deve tenere conto* di una regola nazionale la cui applicazione sia lesiva o ostacoli la realizzazione degli obiettivi del trattato. La Corte si è pronunciata in tal senso in diversi casi; pertanto, a proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri, il giudice non ha potuto tenere conto di tale regola nazionale in quanto detta regola impediva l'attuazione della procedura prevista all'articolo 234 CE¹⁶⁰ e, viste le circostanze attinenti alla questione, aveva per effetto di rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordine giuridico comunitario¹⁶¹; nel caso *Factortame*¹⁶², il giudice nazionale è stato invitato, per poter garantire la piena efficacia della decisione giurisdizionale e consentirle di intervenire sull'esistenza dei diritti derivanti dall'ordine giuridico comunitario, ad evitare l'applicazione di un principio di diritto inglese secondo il quale non potevano essere adottate misure provvisorie contro la Corona.

Certamente nei casi *Van Munster* e *Engelbrecht*, l'applicazione di una norma nazionale, collegata con quella della legislazione nazionale di un altro Stato membro, era all'origine dell'ostacolo. Ora, si trattava dello stesso tipo di ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, derivante dalla disparità dei regimi nazionali di sicurezza sociale, che spettava al Consiglio eliminare in conformità con l'articolo 42 CE tramite il coordinamento. Ciò non toglie che il dovere della lealtà da parte degli Stati membri comprende l'obbligo per tali Stati di attuare qualunque provvedimento per raggiungere gli obiettivi del trattato, anche in assenza di misure esecutive da parte delle istituzioni comunitarie, in particolare allorché le circostanze dimostrino che è necessaria un'azione del genere nell'interesse della Comunità e che la Comunità medesima non l'ha intrapresa¹⁶³.

Infatti, tenuto conto dell'evoluzione costante delle legislazioni nazionali di sicurezza sociale, è inevitabile che la regolamentazione comunitaria non possa garantire in

¹⁶⁰ Vedere sentenza del 16 gennaio 1974, *Rheinmühlen*, 166/73, Rac. p. 32, punti 2 e 3.

¹⁶¹ Sentenza del 14 dicembre 1991, *Peterbroeck*, C-312/93, Rac. p. I-4599.

¹⁶² Sentenza del 19 giugno 1990, C-213/89, Rac. p. I-2433.

¹⁶³ Vedere in questo senso la sentenza del 10 luglio 1980, *Commissione/Regno Unito*, Rac. p. 2403, punti 10, 15 e 25, in cui la Corte ha considerato, nella sentenza del 10 luglio, che il Regno Unito era tenuto, in virtù dell'ex articolo 5 (attuale articolo 10), ad adottare le misure necessarie per garantire il mantenimento delle risorse della pesca nella zona considerata, che costituisce uno degli obiettivi del trattato, e ciò prima della scadenza del periodo di transizione previsto dall'atto di adesione (in particolare, allorché la Comunità non riesca, a causa di divergenze di vedute continuative in seno al Consiglio, a condurre una determinata politica), dunque prima che la competenza della materia appartenga esclusivamente alla Comunità. Certo, la Corte ha posto dei limiti rigidi all'adozione delle misure nazionali in maniera da conservare l'esercizio delle competenze comunitarie, ma lo stesso principio di un obbligo a carico dello Stato membro è stato riconosciuto dalla Corte secondo il titolo dell'articolo 10 del trattato.

qualunque circostanza l'assenza di ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori derivanti dalla disparità delle legislazioni nazionali.

Pertanto le Autorità dello Stato membro la cui legislazione, se applicata integralmente, comporterebbe in alcune circostanze la perdita di vantaggi sociali, per il semplice fatto che il beneficiario ha esercitato il diritto alla libera circolazione garantito dal trattato, e in particolare gli organismi giudiziari, devono evitare di applicare le disposizioni nazionali (come le regole del divieto di cumulo in materia di pensioni, nei casi van Munster e Engelbrecht).

Aggiungeremo che ad ogni modo in presenza di una situazione in cui si trovano il lavoratore migrante e la propria famiglia, in cui si fa riferimento contemporaneamente a diverse legislazioni nazionali di sicurezza sociale, la cui applicazione concomitante è all'origine di un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, gli Stati membri in causa debbono accordarsi al fine di superare le difficoltà derivanti dalla disparità delle loro legislazioni ¹⁶⁴. Stando così le cose, allorché la perdita anormale dei vantaggi sociali è una diretta conseguenza dall'applicazione di una disposizione nazionale, innanzitutto spetta allo Stato considerato assumersi le conseguenze del dovere di lealtà nei confronti della Comunità cui appartiene. Si tratta evidentemente di una valutazione da effettuare in base alle circostanze proprie al caso specifico.

¹⁶⁴ Vedere in questo senso la sentenza del 27 settembre 1988, Matteucci, 235/87, Rac. p. 5589, a proposito dell'attuazione di un accordo culturale tra la Germania e il Belgio che rischiava di ostacolare l'applicazione di una disposizione di diritto comunitario.

Si aggiungerà che il regolamento n. 1408/71 prevede nel proprio articolo 84 un obbligo di cooperazione tra gli Stati membri per una buona applicazione del regolamento.

INDICE(*)

INTRODUZIONE	1
TITOLO I: Il campo applicativo dei regolamenti n. 1408/71 e 574/72	5
Capitolo 1: Il campo di applicazione materiale	5
Capitolo 2: Il campo di applicazione personale	9
Capitolo 3: Il campo di applicazione territoriale	15
Capitolo 4: I rapporti tra la regolamentazione comunitaria e le convenzioni bilaterali di sicurezza sociale	17
TITOLO II: I tratti fondamentali del regime e del coordinamento	21
Capitolo 1: L'uguaglianza di trattamento	21
Capitolo 2: La determinazione della legislazione applicabile	32
Capitolo 3: Il mantenimento dei diritti acquisiti	47
Capitolo 4: Il mantenimento dei diritti in corso di acquisizione	71
Capitolo 5: Il principio della cooperazione leale	82

(*) I numeri rinviano ai paragrafi.