CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE SIEGBERT ALBER

presentate il 26 giugno 2001 [1]

I — Introduzione

1. Il presente procedimento pregiudiziale, promosso dal Sozialgericht Trier (Treviri), verte sull'applicazione del regolamento (CEE) del Consiglio n. 1408/71, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità [2], ed in particolare sull'applicazione dei relativi artt. 67-71 nei confronti di una cittadina di uno Stato terzo, coniugata con un cittadino dell'Unione, con cui convive nello Stato di cui quest'ultimo è originario. Quest'ultima chiede in detto Stato la concessione di un'indennità di disoccupazione dopo aver perso in Lussemburgo, ove lavorava, la sua occupazione.

II — Fatti e procedimento

2. La ricorrente nella causa principale (in proseguo: la ricorrente) è cittadina polacca, coniugata con un cittadino tedesco, e vive in Germania dall'aprile 1998.

3. Dal 1° luglio 1998 al 22 dicembre 1999 ha esercitato l'attività di governante nel Granducato di Lussemburgo. Nel gennaio 2000 si è iscritta come disoccupata all'Arbeitsamt (Ufficio del lavoro) di Treviri ed ha chiesto il pagamento di un'indennità di disoccupazione.

4. In seguito alla comunicazione dell'Ufficio del lavoro lussemburghese, secondo cui non poteva essere rilasciato il certificato E 301 [3] in ragione della nazionalità polacca della sig.ra Ruhr, l'ente resistente nella causa principale ha respinto la richiesta di quest'ultima, poiché la ricorrente non aveva compiuto il periodo minimo richiesto. Infatti, l'interessata non aveva esercitato nel periodo dei tre anni precedenti alla domanda e per la durata di almeno 12 mesi un'attività soggetta ad assicurazione obbligatoria. Del resto, la stessa non poteva invocare la disposizione derogatoria a

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — V. regolamento n. 1408/71 nella versione del regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118, che modifica e aggiorna il regolamento (CEE) n. 1408/71 (GU L 28 del 30.1.1997, pag. 1).

3 — Il formulario serve per l'«attestato relativo ai periodi da prendere in considerazione per la concessione delle prestazioni di disoccupazione» in conformità agli artt. 67, 68, 71, primo comma, lett. a), punto ii), e art. 71, primo comma, lett. b), punto ii); v. decisione n. 154 del 18 febbraio 1994, 94/605/CE, sui formulari necessari per l'applicazione dei regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1408/71 e (CEE) n. 574/72 (E 301, E 302 e E 303) (GU L 244 del 19.9.1994, pag. 123).

favore dei lavoratori frontalieri, né sulla base della sua qualità di cittadina di uno Stato terzo, né sulla base delle disposizioni di diritto comunitario.

5. In seguito al rigetto dell'opposizione presentata dalla ricorrente, quest'ultima impugnava tale decisione di diniego innanzi al Sozialgericht Trier sostenendo di non poter beneficiare nel Granducato di Lussemburgo di alcuna indennità di disoccupazione, sebbene vi avesse esercitato per più di un anno un'attività soggetta ad assicurazione obbligatoria, per il motivo che ella non risiedeva in tale Stato. A causa della propria nazionalità, essa non poteva invocare neppure in Germania, le disposizioni pertinenti del regolamento n. 1408/71. La decisione controversa recherebbe pregiudizio altresì al diritto del proprio coniuge alla libera circolazione all'interno della Comunità in quanto quest'ultimo, per preservare il diritto alle prestazioni della ricorrente nella causa principale, non potrebbe mantenere la propria residenza in Germania, ma sarebbe costretto a trasferire la propria residenza in un altro Stato membro.

6. Il giudice di rinvio condivide l'argomento della ricorrente nella causa principale e ha ritenuto di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'interpretazione dell'art. 2, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di previdenza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità (GU L 149 del 5/7/1971, pag. 2), fornita dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza 23 novembre 1976 (Racc. pag. 1669) continui ad essere valida anche qualora da essa derivi una lesione indiretta alla libera circolazione di un cittadino di uno Stato membro».

7. I governi dell'Austria e del Regno Unito così come la Commissione hanno preso parte al procedimento. La Corte delibererà senza procedura orale.

III — Contesto normativo

a) *Le disposizioni pertinenti del regolamento n. 1408/71*

8. L'art. 2, che disciplina il campo di applicazione quanto alle persone, stabilisce ai nn. 1 e 2 quanto segue:

«Il presente regolamento si applica ai lavoratori subordinati o autonomi che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri e che sono cittadini di uno degli Stati membri, oppure apolidi o

profughi residenti nel territorio di uno degli Stati membri, nonché ai loro familiari e ai loro superstiti [4].

Inoltre il presente regolamento si applica ai superstiti dei lavoratori subordinati o autonomi che sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri, indipendentemente dalla cittadinanza dei detti lavoratori subordinati o autonomi, quando i loro superstiti siano cittadini di uno degli Stati membri oppure apolidi o profughi residenti nel territorio di uno degli Stati membri».

9. L'art. 71, n. 1, lett. a), punto ii), dispone quanto segue:

«Il lavoratore frontaliero che è in disoccupazione completa beneficia delle prestazioni secondo le disposizioni della legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede, come se fosse stato soggetto durante l'ultima occupazione a tale legislazione; tali prestazioni vengono erogate dalla istituzione del luogo di residenza e sono a carico della medesima».

4 — Il testo di tale disposizione è stato esteso mediante il regolamento (CE) del Consiglio 8 febbraio 1999, n. 307, essendo stati inseriti i termini «agli studenti» nella prima parte della frase della disposizione (GU L 38, pag. 1).

b) *L'accordo europeo tra le Comunità e i loro Stati membri, da una parte, e la repubblica di Polonia, dall'altra* [5]

10. Gli artt. 37 e 38 di quest'accordo così dispongono:

«Art. 37

1. Nel rispetto delle condizioni e modalità applicabili in ciascuno Stato membro:

— il trattamento accordato ai lavoratori di nazionalità polacca legalmente occupati nel territorio di uno Stato membro è esente da qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità, per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di retribuzione o di licenziamento, rispetto ai cittadini di quello Stato membro;

— il coniuge e i figli legalmente residenti di un lavoratore legalmente occupato

5 — Decisione del Consiglio e della Commissione 13 dicembre 1993, 93/743/CE, CECA, Euratom, relativa alla conclusione dell'accordo europeo tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia, dall'altra (GU L 348, pag. 1).

nel territorio di uno Stato membro, fatta eccezione per i lavoratori stagionali e per i lavoratori oggetto di accordi bilaterali nell'accezione dell'art. 41, salvo diverse disposizioni di tali accordi, hanno accesso al mercato del lavoro di quello Stato membro nel periodo di soggiorno di lavoro autorizzato di quel lavoratore.

2. (...) la Polonia accorda (...).

Art. 38

1. Al fine di coordinare i sistemi di sicurezza sociale per i lavoratori di nazionalità polacca legalmente occupati nel territorio di uno Stato membro e per i membri della loro famiglia legalmente residenti in tale territorio, e nel rispetto delle condizioni e modalità applicabili in ciascuno Stato membro,

— tutti i periodi di assicurazione, occupazione o residenza trascorsi dai suddetti lavoratori nei vari Stati membri sono cumulati ai fini delle pensioni e rendite di vecchiaia, di invalidità e di morte e ai fini dell'assistenza sanitaria a favore di tali lavoratori e familiari;

— (...).

2. (...) la Polonia accorda (...)».

IV — Argomenti delle parti

a) *Il governo austriaco*

11. Il governo austriaco osserva che un cittadino polacco può entrare nella sfera di applicazione ratione personae del regolamento, così come stabilito all'art. 2, n. 1, del regolamento n. 1408/71, unicamente nella sua qualità di familiare o superstite di un lavoratore, il quale sia esso stesso cittadino di uno Stato membro. Scaturisce però dalla sentenza Kermaschek [6] che le disposizioni del regolamento n. 1408/71 relative alle prestazioni di disoccupazione, e precisamente l'art. 71, non sono applicabili ai cittadini di paesi terzi, familiari di un lavoratore comunitario.

12. Il governo austriaco sottolinea che la portata di tale sentenza è stata confermata

6 — Sentenza 23 novembre 1976, causa 40/76, Kermaschek (Racc. pag. 1669).

dalla sentenza 30 aprile 1996 nella causa C-308/93 [7], in cui la Corte ha sostanzialmente riesaminato la posizione da essa assunta nella causa Kermaschek secondo la quale i familiari possono far valere ai sensi del regolamento n. 1408/71 soltanto diritti derivati ed ha stabilito che:

«(...) il coniuge di un lavoratore comunitario non può avvalersi della sua qualità di familiare del lavoratore stesso per chiedere di fruire delle disposizioni degli artt. 67-71 del regolamento n. 1408/71 (...)» [8].

13. Anche sotto il profilo, indicato dal giudice di rinvio, di una possibile restrizione della libera circolazione, non vi è motivo, secondo il governo austriaco, di riesaminare la sentenza nella causa Cabanis-Issarte. Infatti, risulta dall'ordinanza di rinvio che il coniuge della ricorrente nella causa principale vive in Germania e non ha esercitato il suo diritto alla libera circolazione. Di conseguenza, non si porrebbe la questione relativa ad una restrizione della libera circolazione.

14. Nel presente caso, il fatto di non applicare l'art. 71 del regolamento n. 1408/71 alla ricorrente nella causa principale non pregiudicherebbe la libera circolazione del suo coniuge, bensì equivarrebbe a un riconoscimento dell'esistenza di tale libertà di circolazione in favore di una cittadina di uno Stato terzo.

15. Di conseguenza, il governo austriaco propone di risolvere la questione pregiudiziale come segue:

«I familiari di un lavoratore rientrante nel regolamento (CEE) n. 1408/71 non possono invocare l'art. 39 del Trattato CE o il detto regolamento per chiedere di fruire di prestazioni previdenziali connesse alla loro carriera lavorativa, quali le prestazioni di disoccupazione, qualora detti familiari non soddisfino essi stessi i criteri relativi allo status di lavoratore dipendente ai sensi di questo regolamento».

b) *Il governo del Regno Unito*

16. Il governo del Regno Unito osserva innanzi tutto che le circostanze fattuali all'origine della causa non attengono all'esercizio da parte di uno o dell'altro coniuge di un diritto conferito dall'ordinamento giuridico comunitario. In particolare la ricorrente, quale cittadina di uno Stato terzo, non può avvalersi del diritto alla libera circolazione ai sensi dell'art. 39 del Trattato CE. Quanto all'accordo europeo concluso tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Polonia, dall'altra [9], l'art. 38 stabilisce il cumulo dei periodi di occupazione e di assicurazione trascorsi da cittadini polacchi occupati o

7 — V. sentenza 30 aprile 1996, causa C-308/93, Cabanis-Issarte (Racc. pag. I-2097, punto 23).

8 — V. sentenza nella causa Cabanis-Issarte (citata alla nota 7, punto 23).

9 — GU L 348 del 31.12.1993, pag. 2.

che risiedono legalmente in più di uno Stato membro, ma ciò ai soli fini della concessione delle pensioni e rendite di vecchiaia, d'invalidità, morte e ai fini dell'assistenza sanitaria, e non anche a titolo di indennità di disoccupazione; il diritto di lavorare o risiedere in uno Stato membro resta di competenza di ogni Stato membro.

17. In subordine, il Regno Unito osserva che il giudice di rinvio propone alla Corte di adottare un'interpretazione dell'art. 2 del regolamento n. 1408/71 che equipari i diritti dei familiari di un lavoratore, indipendentemente dalla loro cittadinanza, a quelli di un lavoratore che sia cittadino comunitario.

18. Quest'interpretazione sarebbe incompatibile con il tenore letterale dell'art. 2 del regolamento, il quale si riferisce chiaramente a due categorie distinte di persone (lavoratori, da un lato, e i loro familiari e superstiti, dall'altro) e non sarebbe necessaria ad agevolare la libera circolazione dei lavoratori ai sensi del Trattato.

19. Secondo il governo del Regno Unito, dalla giurisprudenza della Corte si evince inoltre che le due categorie di soggetti individuate dall'art. 2, n. 1, del regolamento n. 1408/71 sarebbero titolari di diritti distinti: solo le persone appartenenti alla prima categoria (lavoratori cittadini di uno Stato membro) sarebbero titolari di diritti «propri», ai sensi dell'art. 39 Trattato CE, mentre il diritto derivato avrebbe conferito determinati diritti ai familiari dei lavoratori, ma si tratterebbe di diritti «derivati», che spetterebbero sostanzialmente allo scopo di agevolare il lavoratore stesso nella circolazione all'interno della Comunità [10].

20. Il governo del Regno Unito rileva che, nella sua sentenza Cabanis-Issarte, la Corte ha modificato la giurisprudenza Kermaschek: essa avrebbe mantenuto la distinzione tra i diritti dei lavoratori secondo il regolamento e i diritti dei loro familiari, ma non avrebbe poi distinto a seconda che la prestazione di cui trattasi sia oggetto di «*diritti derivati*» in diritto *nazionale,* bensì avrebbe considerato se le *disposizioni* controverse del *regolamento n. 1408/71* appartengano a quelle applicabili soltanto ai lavoratori oppure alle due categorie contemplate dall'art. 2, n. 1.

21. Il governo del Regno Unito ritiene che non vi sia motivo di ritornare su tale giurisprudenza. Osserva che la sola ragione indicata dal Sozialgericht a favore del superamento della giurisprudenza attuale è che ciò sarebbe necessario per agevolare la libera circolazione di un cittadino comunitario, che sia coniuge di una persona come la ricorrente. Ma non sembra essere così nel caso di specie. Per quanto riguarda il sig. Ruhr, non vi è alcuna ragione per ritenere che l'inapplicabilità dell'art. 71 nei confronti della propria moglie abbia influito sulla sua decisione in ordine alla propria occupazione in Germania quale lavoratore dipendente od autonomo.

10 — Sentenza Kermaschek (citata alla nota 6, punti 7 e 9) e conclusioni dell'avvocato generale Reischl dell'11 novembre 1976 in tale causa (Racc. pagg. 1682 e 1683).

22. Infine, il governo del Regno Unito considera che se la Corte dovesse mutare un'interpretazione giurisprudenziale che è prevalsa durante più di un quarto di secolo, dovrebbe porre dei limiti temporali all'efficacia della sentenza, così come ha fatto nella sentenza Cabanis-Issarte.

23. In conclusione, il Regno Unito propone alla Corte di risolvere la questione pregiudiziale come segue:

«Il coniuge di un cittadino comunitario non può avvalersi del suo status di familiare di un lavoratore per invocare l'applicazione degli artt. 67-71 del regolamento n. 1408/71».

c) *La Commissione*

24. La Commissione osserva che la controversia principale è sostanzialmente analoga a quella all'origine della causa Kermaschek e che, dal 1976, non è stato modificato nulla di essenziale nelle disposizioni pertinenti del regolamento n. 1408/71. Sarebbe quindi possibile immaginare una decisione della Corte che si discosti dalla sentenza pronunciata nella causa 40/76 unicamente qualora gli argomenti a favore di una tale modifica fossero molto convincenti.

25. Due argomenti sarebbero indicati dal giudice di rinvio: da un lato, nella sua sentenza Kermaschek, la Corte non avrebbe tenuto conto sufficientemente delle eventuali ripercussioni della sua decisione sul coniuge, che sia cittadino di uno Stato membro, e sul diritto di quest'ultimo alla libera circolazione nella Comunità; inoltre, l'evoluzione del diritto comunitario durante gli ultimi due decenni potrebbe suggerire una mutamento giurisprudenziale per quanto attiene i cittadini di Stati terzi.

26. A tale riguardo, la Commissione parte innanzitutto dal presupposto che il coniuge della ricorrente non sia un lavoratore migrante ai sensi del regolamento n. 1408/71 e che, manifestamente, egli non abbia neppure l'intenzione di esercitare in un prossimo futuro il proprio diritto alla libera circolazione nella Comunità.

27. Nella presente fattispecie, sorge la questione se ai cittadini degli Stati terzi spetti un diritto alla libera circolazione, quale diritto proprio, il che dovrebbe conseguentemente comportare anche l'applicazione mutatis mutandis degli artt. 67-71 del regolamento n. 1408/71. Ma un tale diritto generale non è previsto allo stato attuale. Nei casi in cui i diritti dei cittadini comunitari non sono lesi, il fatto che un cittadino di uno Stato terzo sia coniugato con un cittadino comunitario sarebbe del tutto irrilevante e tali circostanze non dovrebbero essere valutare diversamente da quelle in cui il cittadino di uno Stato terzo non sia coniugato. A tale riguardo, la Commissione osserva di aver presentato al Consiglio una proposta intesa a fare beneficiare i cittadini degli Stati terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro delle disposizioni sociali che mirano a

garantire la libera circolazione dei lavoratori subordinati ed autonomi all'interno della Comunità [11]. Si tratterebbe tuttavia di una libera decisione del legislatore, poiché il Trattato CE non stabilisce, a tale riguardo, obiettivi imperativi ma si limita a concedere una possibilità in tal senso.

28. La Commissione prende in considerazione inoltre l'art. 37, n. 1, primo trattino, l'art. 38, n. 1, l'art. 39, n. 1, e l'art. 42 dell'accordo europeo concluso tra le Comunità europee e gli Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia, dall'altra.

29. L'art. 37, n. 1, primo trattino, vieta, «nel rispetto delle condizioni e modalità applicabili in ciascuno Stato membro (...) qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità, per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di retribuzione o di licenziamento».

30. Dal momento che l'obbligo o la facoltà di assicurarsi contro il rischio di disoccupazione farebbero parte delle condizioni di lavoro di qualsiasi lavoratore, sarebbe chiaro secondo la Commissione che, se la sig.ra Ruhr avesse risieduto in Lussemburgo e ivi avesse fatto valere diritti, l'art. 37 avrebbe impedito di privarla delle prestazioni che discendono dall'assicurazione di disoccupazione. Tuttavia, nel presente caso, sorge la questione se il fatto che la ricorrente risieda in Germania, dove non ha mai lavorato, conduca ad una valutazione diversa, poiché quest'ultima fa valere diritti nei confronti all'assicurazione di disoccupazione tedesca e non nei confronti di quella lussemburghese.

31. Secondo la Commissione, il testo dell'art. 37, n. 1, dell'accordo europeo non osta necessariamente ad un'interpretazione che crei — a determinate condizioni — anche obblighi per lo Stato membro di residenza, poiché vi si stabilisce che «il trattamento accordato ai lavoratori di nazionalità polacca (...) è esente da qualsiasi discriminazione (...)». Il detto articolo non preciserebbe dunque quale Stato membro debba concedere questo «trattamento nazionale»: non si afferma affatto che il beneficio di questa disposizione debba essere concesso esclusivamente dallo Stato membro di occupazione, anche se di norma è così. Secondo la Commissione, la questione centrale consiste nel discernere se si tratti di diritti relativi alle condizioni di lavoro, di retribuzione o di licenziamento e non, piuttosto, di diritti che si ricollegano alla residenza (ad esempio, il diritto all'assistenza sociale).

32. Il fatto che un cittadino tedesco in una situazione analoga possa, in forza del proprio rapporto di lavoro in Lussemburgo, fare valere diritti ai sensi dell'art. 71, n. 1, lett. a), punto ii), o, eventualmente, ai sensi della lett. b), punto ii), nei confronti dell'assicurazione di disoccupazione tedesca, dovrebbe condurre, conformemente al principio del trattamento

11 — GU C 6 del 10.1.1998, pag. 15.

nazionale sancito all'art. 37, n. 1, dell'accordo europeo, alla previsione di tale possibilità anche a favore di un cittadino polacco.

33. Tuttavia, secondo la Commissione, tale interpretazione non può essere condivisa in considerazione dello spirito delle disposizioni di cui al capitolo sulla libera circolazione dei lavoratori e dei termini dell'art. 38, n. 1, primo trattino, dell'accordo europeo, che enuncia il principio del cumulo dei periodi di assicurazione, occupazione o di residenza, senza tuttavia citare l'assicurazione di disoccupazione. Detta interpretazione non può quindi neppure essere contemplata nell'ambito dell'art. 37 dell'accordo europeo.

34. L'art. 37 — nonostante la sua più ampia formulazione — riguarderebbe effettivamente soltanto i diritti nei confronti dello Stato membro di occupazione, mentre l'art. 38 disciplinerebbe fattispecie che necessitano di un «coordinamento» tra Stati membri, in quanto non verrebbe in considerazione come Stato di occupazione un solo Stato membro, bensì più Stati membri. Un «coordinamento» tra gli Stati membri sarebbe necessario non soltanto nei casi espressamente indicati all'art. 38, relativi al cumulo dei diritti acquisiti nei diversi Stati membri, bensì a maggior ragione quando, come nella fattispecie di cui all'art. 71, n. 1, lett. a), punto ii) o lett. b), punto ii), del regolamento n. 1408/71, si tratti di sostituire i diritti nei confronti di uno Stato membro con altri diritti costituiti nei confronti di un altro Stato membro. Alla suesposta interpretazione degli artt. 37 e 38 dell'accordo europeo corrisponde perfettamente il fatto che i lavoratori polacchi non abbiano il diritto di circolare liberamente all'interno della Comunità europea e che, quindi, le disposizioni del regolamento n. 1408/71 non siano loro applicabili o loro estensibili mediante l'art. 37 dell'accordo europeo, salvo decisione espressa. Non essendo citata all'art. 38 l'assicurazione di disoccupazione, i lavoratori polacchi non godrebbero attualmente di alcun diritto che si fondi sull'art. 71, n. 1, lett. a), punto ii) o lett. b), punto ii), del regolamento n. 1408/71.

35. La Commissione sottolinea che è soltanto nel diritto nazionale lussemburghese che potrebbe essere trovata una soluzione alla domanda, perfettamente giustificata, della ricorrente nella causa principale, eventualmente dopo aver adito la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

36. In conclusione, la Commissione propone alla Corte di risolvere come segue la questione pregiudiziale:

«In caso di disoccupazione, i cittadini polacchi, inclusi i coniugi di cittadini di uno Stato membro, non hanno diritto, allo stato attuale del diritto comunitario, ad alcuna prestazione da parte dello Stato membro di residenza ai sensi dell'art. 71 del regolamento (CEE) n. 1408/71».

V — Valutazione

37. Il giudice a quo desidera sapere se la ricorrente nella causa principale possa efficacemente invocare gli artt. da 67 a 71 del regolamento n. 1408/71.

38. L'art. 2, n. 1, del regolamento definisce in questi termini il campo d'applicazione del regolamento quanto alle persone:

«Il presente regolamento si applica ai lavoratori subordinati o autonomi che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri e *che sono cittadini di uno degli Stati membri* oppure apolidi o profughi risiedenti nel territorio di uno degli Stati membri nonché ai loro familiari e ai loro superstiti» [12].

39. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, occorre procedere dal principio che i lavoratori e i loro familiari sono due categorie di soggetti che devono essere fondamentalmente distinte. Nella sentenza Kermaschek, che verteva sull'art. 2, n. 1, del regolamento, la Corte ha stabilito quanto segue:

«già dalla giustapposizione indicata dall'uso del termine "nonché" si evince che detta disposizione contempla due categorie nettamente distinte: i lavoratori da un lato ed i loro familiari e superstiti dall'altro. Sono considerati lavoratori solo i cittadini di uno Stato membro, gli apolidi e i profughi, che sono o sono stati soggetti al regime di previdenza sociale di uno o di più Stati. Mentre gli appartenenti alla prima categoria possono far valere il diritto alle prestazioni contemplate dal regolamento in quanto diritto proprio, gli appartenenti alla seconda categoria hanno solo un diritto derivato, acquistato in qualità di familiare o di superstite d'un lavoratore, vale a dire di un appartenente alla prima categoria.

Tale interpretazione trova conferma nell'art. 2, n. 2 [13], il quale dispone che i lavoratori che non sono cittadini di uno Stato membro sono ciò nondimeno assimilati a detti cittadini per quanto riguarda i diritti dei loro superstiti, a condizione che questi siano cittadini di uno degli Stati membri oppure apolidi o profughi residenti nel territorio di uno degli Stati membri. Essa trova ulteriore conferma nella circostanza che l'art. 1 del regolamento fa del pari una netta distinzione tra lavoratori, da

12 — Il corsivo è mio.

13 — Per il testo di tale norma v. supra, paragrafo 8.

un lato, ed i loro familiari, dall'altro, definendo esso stesso, alle lett. a), b), e c), le nozioni di "lavoratore", "lavoratore frontaliero" e "lavoratore stagionale" ma rinviando viceversa alle lett. f) e g) per la definizione dei termini "familiare" e "superstite" alle legislazioni nazionali indicate» [14].

40. Sebbene la prima categoria di persone sia stata estesa dal regolamento (CE) del Consiglio n. 307/1999 recante modifica del regolamento (CEE) n. 1408/71 [15], occorre certamente attenersi a tale distinzione di principio tra tale categoria ed i familiari, seconda categoria di persone individuata da tale disposizione. Tale considerazione è confermata inoltre dalla sentenza Cabanis-Issarte [16], nella quale la Corte ha stabilito che:

«(...) l'articolo 2, n. 1, del regolamento n. 1408/71, che ne delimita la sfera di applicazione ratione personae, considera due categorie nettamente distinte di soggetti: i lavoratori, da un lato, e i loro familiari e superstiti, dall'altro. I primi, per rientrare nella disciplina del regolamento, devono essere cittadini di uno Stato membro, apolidi o profughi residenti nel territorio di uno Stato membro; per contro, non sono prescritti requisiti di cittadinanza per i familiari o i superstiti dei lavoratori, cittadini comunitari, perché il regolamento sia loro applicabile» [17].

41. In considerazione della sua cittadinanza polacca, è indubbio che la ricorrente non appartenga alla prima categoria di persone individuata nell'art. 2, n. 1, del regolamento n. 1408/71. In qualità di coniuge di un cittadino dell'Unione, può tuttavia, quale familiare, appartenere alla seconda categoria di soggetti di cui all'art. 2, n. 1, del regolamento. Dall'ordinanza di rinvio non si evince con certezza se, e a quale titolo (lavoratore dipendente o autonomo, ecc.), il coniuge tedesco della ricorrente rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 1, del regolamento. Tuttavia, poiché il giudice a quo evoca, nella sue argomentazioni, un ostacolo indiretto alla libera circolazione del coniuge, occorre supporre, per il seguito dell'analisi, che quest'ultimo soddisfi personalmente le condizioni che lo fanno rientrare nella sfera di d'applicazione dell'art. 2, n. 1, del regolamento, cosicché la ricorrente, quale familiare, apparterrebbe alla seconda categoria di persone citata all'art. 2, n. 1, del regolamento.

42. Sorge a questo punto la questione se, per il fatto che la ricorrente può rientrare, quale familiare ai sensi dell'art. 2, n. 1, del regolamento n. 1408/71, nel campo d'applicazione di tale regolamento, essa possa

14 — V. sentenza Kermaschek (citata alla nota 6, punti 7 e 8).

15 — Il regolamento (CE) del Consiglio n. 307/1999 ha esteso agli studenti l'ambito di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71.

16 — Citata alla nota 7.

17 — V. sentenza Cabanis-Issarte (citata alla nota 7, punto 21).

avvalersi degli artt. da 67 a 71 del regolamento, ovvero se essa possa fruire delle disposizioni speciali dettate per i lavoratori frontalieri dell'art. 71, n. 1, lett. a), punto ii), che designano quale istituzione competente per la concessione di prestazioni di disoccupazione l'amministrazione dello Stato di residenza.

43. Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte sino ad oggi [18], la risposta — anche conformemente al parere concorde delle parti — è sufficientemente chiara e, segnatamente, negativa.

44. Con riferimento alle disposizioni del regolamento n. 1408/71, rilevanti nel presente procedimento, la sentenza Kermaschek verteva su di una situazione fattuale analoga alla presente:

«(...) La sig.ra Kermaschek, di nazionalità iugoslava, chiedeva di fruire delle disposizioni del regolamento n. 1408/71 relative alla totalizzazione dei periodi di assicurazione o di occupazione per l'acquisto del diritto alle prestazioni di disoccupazione. Essa non poteva avvalersi a tale scopo della sua qualità di lavoratrice in Germania, essendo cittadina di un paese terzo. Tanto meno poteva avvalersi della sua qualità di coniuge di un cittadino tedesco, poiché le disposizioni comunitarie di cui si trattava si applicavano esclusivamente ai lavoratori» [19].

45. Nella sentenza Kermaschek, la Corte ha distinto i diritti propri dai diritti derivati di cui potrebbero avvalersi rispettivamente la prima o la seconda categoria di soggetti di cui all'art. 2, n. 1, del regolamento n. 1408/71 [20]. Sulla possibilità di invocare gli artt. 67 e segg. del regolamento n. 1408/71, la Corte ha concluso come segue:

«(...) gli artt. 67-70 del regolamento n. 1408/71 hanno ad oggetto principale unicamente il coordinamento delle prestazioni di disoccupazione, corrisposte in forza delle legislazioni nazionali degli Stati membri ai lavoratori subordinati cittadini d'uno Stato membro. I familiari di siffatti lavoratori hanno diritto soltanto alle prestazioni contemplate da dette legislazioni per i familiari dei lavoratori disoccupati, restando inteso che la nazionalità di detti familiari è irrilevante in proposito» [21].

46. Se si traspongono queste constatazioni nel presente caso, ne discende che l'art. 71 del regolamento non conferisce alla ricor-

18 — V. sentenze Kermaschek (citata alla nota 6), Cabanis-Issarte (citata alla nota 7), e 10 ottobre 1996, cause riunite C-245/94 e C-312/94, Hoever e Zachow (Racc. pag. I-4895).

19 — V. sentenza Cabanis-Issarte (citata alla nota 7, punto 24).

20 — V. sentenza Kermaschek (citata alla nota 6, punto 7).

21 — V. sentenza Kermaschk (citata alla nota 6, punto 9).

rente alcun diritto alle prestazioni di disoccupazione nei confronti dell'istituzione tedesca, poiché queste disposizioni «hanno ad oggetto principale solo il coordinamento dei diritti alle prestazioni di disoccupazione erogate, in forza delle leggi nazionali degli Stati membri, ai lavoratori subordinati cittadini di uno Stato membro e non ai loro familiari» [22].

47. La Corte, nelle pronunce giurisprudenziali successive alla sentenza Kermaschek, ha seguito in un primo tempo la distinzione tra diritti propri e diritti derivati ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione delle disposizioni del regolamento nei confronti delle due categorie di persone che devono essere distinte ai sensi dell'art. 2, n. 1, del regolamento [23].

48. Tuttavia la Corte ha sostanzialmente rimesso in discussione detta distinzione nella sentenza Cabanis-Issarte in quanto «può avere la conseguenza di compromettere l'esigenza fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario costituita dall'uniformità dell'applicazione delle norme comunitarie, subordinando l'applicabilità di queste nei confronti dei singoli alla qualifica di diritto proprio o di diritto derivato contemplata dalla normativa nazionale disciplinante le prestazioni di cui trattasi in relazione alle particolarità del regime previdenziale nazionale» [24].

49. La Corte si è quindi risolta a limitare la portata dell'orientamento giurisprudenziale derivante dalla sentenza Kermaschek sulla distinzione tra diritti propri e diritti derivati alle sole circostanze fattuali della causa Kermaschek [25].

50. Anche se, da un punto di vista dogmatico, si deve riconoscere che la Corte, con la sentenza Cabanis-Issarte, ha fortemente relativizzato la distinzione tra diritti propri e diritti derivati, il che viene confermato anche dalla sentenza Hoever e Zachow, in cui la Corte, in relazione alle prestazioni familiari, ha stabilito che «la distinzione tra diritti propri e derivati diritti non si applica, in via di principio, alle prestazioni familiari» [26] essa si è sempre espressamente attenuta, in presenza di circostanze fattuali analoghe a quelle di cui alla causa Kermaschek, alla conclusione di quest'ultima sentenza, così come si evince tanto dalla sentenza Cabanis-Issarte [27] quanto della sentenza Hoever e Zachow [28].

51. Poiché le circostanze della fattispecie sono analoghe a quelle di cui alla causa Kermaschek, occorrerà, alla luce della giurisprudenza sino ad oggi invalsa, partire dal principio che la ricorrente, nella sua qualità di familiare, non possa avvalersi degli artt. 67-71 del regolamento n. 1408/71 per sollecitare la concessione

22 — V. sentenza Cabanis-Issarte (citata alla nota 7, punto 23).

23 — V. sentenze 6 giugno 1985, causa 157/84, Frascogna (Racc. pag. 1739); 20 giugno 1985, causa 94/84, Deak (Racc. pag 1873); 17 dicembre 1987, causa 147/87, Zaoui (Racc. pag. 5511); 8 luglio 1992, causa C-243/91, Taghavi (Racc. pag I-4401), nonchè 27 maggio 1993, causa C-310/91, Schmid (Racc. pag I-3011).

24 — V. sentenza Cabanis-Issarte (citata alla nota 7, punto 31).

25 — V. sentenza Cabanis-Issarte (citata alla nota 7, punto 34).

26 — V. sentenza Hoever e Zachow (citata alla nota 18, punto 33).

27 — V. punti 23 e 24 della sentenza (citata alla nota 7).

28 — V. punto 32 della sentenza (citata alla nota 18).

delle prestazioni di disoccupazione nel suo Stato di residenza senza aver compiuto i periodi richiesti dall'ordinamento giuridico di questo Stato.

52. La sola questione che si può dunque porre a questo punto è se esistano ragioni che mettano seriamente in causa la giurisprudenza fino ad ora elaborata dalla Corte e che richiedano una modifica di detta giurisprudenza.

53. Innanzitutto occorre approfondire il riferimento del giudice di rinvio alla dimensione temporale [29] della giurisprudenza fondata dalla sentenza Kermaschek. Molti argomenti possono condurre a questa conclusione. La giurisprudenza fondata circa 25 anni fa è stata di fatto — come supra osservato — più volte rimessa in discussione [30].

54. Da un punto di vista puramente teorico, si può affermare che il carattere dinamico del diritto comunitario può indubbiamente fornire ragioni per riesaminare una nozione elaborata dalla giurisprudenza più di 25 anni fa, soprattutto se le libertà fondamentali della Comunità, a cui appartiene la libera circolazione delle persone, potrebbero essere maggiormente tutelate in altro modo, come sembra ritenere il giudice a quo.

55. Infine, anche sul piano legislativo è intervenuta nel frattempo una serie di modifiche, che spaziano dal diritto comunitario primario sino alla sostanziale estensione dell'art. 2, n. 1, del regolamento n. 1408/71.

56. Tali considerazioni non sono tuttavia atte, di per sé, a privare di rilevanza la sentenza Kermaschek, avendone la Corte confermato la validità nel 1996 per ben due volte [31].

57. L'argomento oggettivo relativo al danno indiretto alla libera circolazione del coniuge cittadino comunitario, così come esposto del giudice a quo, pare di maggior rilievo. Tuttavia, non vi è alcuna indicazione che il coniuge tedesco della ricorrente si sia mai avvalso del diritto alla libera circolazione di cui gode in forza del Trattato. Resta quindi del tutto irrisolto se egli debba essere considerato quale lavoratore migrante e se rientri nella sfera di applicazione ratione personae del regolamento n. 1408/71. La possibilità teorica che un giorno egli possa esercitare tale diritto, possibilità che spetta potenzialmente ad ogni cittadino comunitario, non è sufficiente per giustificare una conseguenza giuridica così rilevante, quale il riconoscimento dell'effettiva libera circolazione di un coniuge che sia cittadino di uno Stato terzo. Le circostanze concrete della fattispecie appaiono quindi poco favorevoli ad un'inversione degli attuali orientamenti giurisprudenziali della Corte.

29 — Si può leggere alla fine dell'ordinanza di rinvio: «Poichè su questo sfondo, si può dubitare che la Corte di giustizia intenda mantenere l'orientamento che risulta dalla sua sentenza del 1976, citata al punto 2, appariva necessario sottoporle una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale».

30 — V. sentenze Cabanis-Issarte (citata alla nota 7) e Hoevre e Zachow (citata alla nota 18).

31 — V. sentenze Cabanis-Issarte (citata alla nota 7) e Hoever e Zachow (citata alla nota 18).

58. Rimane tuttavia legittima la questione se la ricorrente possa eventualmente fruire delle pretese prestazioni di disoccupazione basandosi su di un altro fondamento giuridico. Sia il governo del Regno Unito che la Commissione hanno fatto riferimento, a tal riguardo, all'accordo europeo tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica della Polonia, dall'altra. L'art. 37 di tale accordo sancisce il principio della parità di trattamento nei confronti lavoratori di nazionalità polacca, mentre l'art. 38 stabilisce un coordinamento, per alcuni settori, dei sistemi di sicurezza sociale.

59. Si osservi che le prestazioni di disoccupazione non sono menzionate nell'art. 38, mentre sono contemplate le pensioni e rendite di vecchiaia, di invalidità, di morte nonché quelle ai fini dell'assistenza sanitaria. La Commissione ha sottolineato che il coordinamento dell'assicurazione di disoccupazione potrebbe eventualmente essere oggetto di una prossima decisione del Consiglio di associazione diretta all'approvazione delle disposizioni volte al coordinamento dei sistemi di previdenza sociale. Ne consegue tuttavia che, de lege lata, questo coordinamento non esiste ancora.

60. Quanto al principio di parità di trattamento sancito all'art. 37 dell'accordo, occorre condividere le osservazioni della Commissione, la quale ritiene che tale disposizione si rivolga allo Stato di occupazione. Di conseguenza, un diritto alle prestazioni di disoccupazione nei confronti della Germania quale Stato di residenza non può trovare fondamento neppure in tale disposizione. Dette considerazioni rinviano tuttavia allo Stato di occupazione e dunque al vero problema di questa causa, segnatamente che la ricorrente era occupata in Lussemburgo ove, essendo obbligatoriamente soggetta all'assicurazione sociale, ha presumibilmente versato i contributi per l'assicurazione di disoccupazione, ma ove si è vista in seguito rifiutare ogni prestazione al verificarsi del rischio assicurato a causa della sua residenza all'estero. Si tratta di una situazione iniqua, come frequentemente accade, tipicamente per i lavoratori frontalieri.

61. Ritengo che si tratti di una questione attinente alla parità di trattamento del lavoratore nei confronti del proprio Stato di occupazione. Il riferimento alla residenza all'estero dei lavoratori frontalieri può se del caso costituire una discriminazione indiretta, che eventualmente può essere priva di ragioni giustificative allorquando il lavoratore frontaliero rimanga, come in precedenza, a disposizione dell'amministrazione del lavoro del suo Stato di occupazione, ciò che è prima facie presumibile in quanto aveva già esercitato in detto Stato un'attività lavorativa.

62. Di fronte ad un caso analogo, occorso nell'ordinamento giuridico tedesco, il Bundesverfassungsgericht ha reagito decidendo che gli stranieri frontalieri provenienti da paesi terzi hanno il diritto, in caso di disoccupazione, alle prestazioni statali previste dalla Repubblica federale qualora abbiano perso il loro posto di lavoro in Germania e ivi fossero obbligatoriamente soggetti all'assicurazione di disoccupazione [32], decisione quest'ultima sulla quale il giudice a quo ha espressamente richiamato l'attenzione.

32 — Ordinanza del Bundesverfassungsgericht 30 dicembre 1999, 1 BvR 809/95, pubblicata in RIW 2000, pag. 299.

63. Il giudice a quo non potrà certamente fare accogliere per il caso pendente una soluzione analoga, poiché quest'ultima implicherebbe un contrasto con l'ordinamento giuridico lussemburghese.

64. Allo stato attuale, il diritto comunitario non può tuttavia fungere da collegamento tra l'ordinamento giuridico lussemburghese e l'ordinamento giuridico tedesco (per quanto ciò appaia fortemente auspicabile in una fattispecie come quella di cui alla causa principale).

65. La questione pregiudiziale sollevata deve pertanto essere risolta nel senso che, allo stato attuale del diritto comunitario, l'interpretazione dell'art. 2, n. 1, del regolamento del Consiglio n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, resa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza 23 novembre 1976, causa 40/76, Kermaschek, continua ad essere valida, in particolare in relazione agli artt. 67-71.

VI — Conclusione

66. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di risolvere nel seguente modo la questione pregiudiziale sollevata:

«Allo stato attuale del diritto comunitario, l'interpretazione dell'articolo 2, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, resa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza 23 novembre, causa 40/76, Kermaschek, continua ad essere valida, in particolare in relazione agli artt. 67-71».