CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GEORGES COSMAS

presentate il 25 settembre 1997 *

I — Osservazioni preliminari

1. Nella presente controversia il Bundessozialgericht ha sottoposto alla Corte di giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, tre questioni pregiudiziali riguardanti l'interpretazione e l'applicazione del diritto comunitario, in particolare degli artt. 48 e 51 del Trattato che istituisce la Comunità europea (in prosieguo: il «Trattato»), e degli artt. 6 e 78 del regolamento (CEE) del Consiglio n. 1408/71 [1] (in prosieguo: il «regolamento»).

II — Il contesto normativo

2. L'art. 6 del regolamento stabilisce quanto segue:

«Nel quadro del campo di applicazione quanto alle persone e del campo di applicazione quanto alle materie del presente regolamento, quest'ultimo si sostituisce, fatte salve le disposizioni degli articoli 7, 8 e 46, paragrafo 4, a qualsiasi convenzione di sicurezza sociale che vincola:

a) esclusivamente due o più Stati membri, oppure

b) almeno due Stati membri e un altro Stato o diversi altri Stati, purché si tratti di casi per definire i quali non debba intervenire nessuna istituzione di uno di questi ultimi Stati».

3. L'art. 78 del regolamento è così redatto:

«1. Il termine "prestazioni", ai sensi del presente articolo, designa gli assegni familiari ed eventualmente gli assegni supplementari o speciali previsti per orfani, nonché le pensioni o le rendite per orfani, eccettuate le rendite per orfani concesse in virtù dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

* Lingua originale: il greco.

1 — Regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, 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 (GU L 149, pag. 2), come modificato e codificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 giugno 1983, n. 2001 (GU L 230, pag. 6).

2. Qualunque sia lo Stato membro nel cui territorio risiedono l'orfano o la persona fisica o giuridica che lo ha effettivamente a carico, le prestazioni per gli orfani sono concesse secondo le seguenti norme:

a) all'orfano di un lavoratore defunto che sia stato soggetto alla legislazione di un solo Stato membro, conformemente alla legislazione di questo Stato;

b) all'orfano di un lavoratore defunto che sia stato soggetto alle legislazioni di più Stati membri:

i) conformemente alla legislazione di quello degli Stati sul cui territorio l'orfano risiede, se il diritto ad una delle prestazioni di cui al paragrafo 1 è ivi acquisito in base alla legislazione di tale Stato, tenuto conto eventualmente di quanto disposto dall'articolo 79, paragrafo 1, lettera a),

ii) negli altri casi, conformemente a quella delle legislazioni di tali Stati membri alla quale il defunto è stato più lungamente soggetto, se il diritto ad una delle prestazioni di cui al paragrafo 1 è acquisito in base alla predetta legislazione, tenendo conto eventualmente delle disposizioni dell'articolo 79, paragrafo 1, lettera a); se nessun diritto è acquisito in virtù della predetta legislazione, le condizioni di acquisizione del diritto sono esaminate in rapporto alle legislazioni degli altri Stati interessati, nell'ordine decrescente della durata dei periodi di assicurazione o di residenza compiuti sotto la legislazione di tali Stati.

Tuttavia, la legislazione dello Stato membro applicabile per l'erogazione delle prestazioni di cui all'articolo 77 a favore dei figli di un titolare di pensione o di rendita rimane applicabile dopo il decesso del titolare per l'erogazione delle prestazioni agli orfani».

4. L'art. 79, n. 1, del regolamento recita:

«Le prestazioni ai sensi degli articoli 77 e 78 sono erogate, secondo la legislazione determinata in applicazione delle disposizioni di tali articoli, dall'istituzione incaricata di applicarla e a suo carico, come se il titolare di pensione o rendita od il defunto fosse stato soggetto alla sola legislazione dello Stato competente.

Tuttavia:

a) se tale legislazione prevede che l'acquisizione, il mantenimento o il ricupero del diritto alle prestazioni dipende dalla durata dei periodi di assicurazione o di occupazione, di attività autonoma o di residenza, tale durata è determinata tenendo conto eventualmente di quanto disposto dall'articolo 45 o dall'articolo 72, a seconda del caso;

b) (...)».

III — I fatti

5. Il padre dei ricorrenti nella causa dinanzi al Tribunale di rinvio (in prosieguo: i «ricorrenti»), signor Gregorio Gómez Pérez, era cittadino spagnolo. Egli aveva maturato i seguenti periodi contributivi: 56 mesi in qualità di lavoratore dipendente nella Repubblica federale di Germania e 80 mesi in Spagna. Nel febbraio 1985 egli moriva in Spagna, senza aver iniziato a percepire pensioni. Come risulta dall'ordinanza di rinvio, il competente ente previdenziale tedesco, la Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, accordava ai figli del defunto, Manuela Gómez Rodríguez e Gregorio Gómez Rodríguez, in qualità di familiari dell'assicurato, in osservanza delle disposizioni di cui alla Convenzione 4 dicembre 1973 tra la Repubblica federale di Germania e il Regno di Spagna in materia di previdenza sociale, nella versione di cui all'atto aggiuntivo 17 dicembre 1975, una pensione per orfani per il periodo 7 febbraio 1985 -31 dicembre 1985. Contemporaneamente, l'ente previdenziale tedesco rendeva loro noto che, a partire dal 1° gennaio 1986, competente a concedere le prestazioni per orfani sarebbe stato l'ente previdenziale spagnolo, conformemente agli artt. 77 e 78 del regolamento. Effettivamente, tale ente previdenziale assegnava ai ricorrenti una pensione per orfani fino al compimento del loro diciottesimo anno di età (cioè, rispettivamente, fino al 31 luglio 1987 e fino al 31 marzo 1986). Il compimento del diciottesimo anno di età è, nel vigente regime previdenziale spagnolo, il limite massimo previsto per l'assegnazione di pensioni per orfani. In seguito, Manuela e Gregorio Gómez Rodríguez, facendo presente che proseguivano gli studi, cercavano di ottenere dall'ente previdenziale tedesco una pensione per orfani in base al regime previdenziale tedesco, il quale prevede, in determinati casi, tra cui il proseguimento degli studi, la concessione di prestazioni assicurative per orfani al massimo fino al compimento del venticinquesimo anno di età dell'avente diritto [artt. 1263 e 1267 della legge della Reichsversicherungsordnung (in prosieguo: la «RVO»)]. La loro istanza veniva respinta con la motivazione che, in seguito alla cessazione delle prestazioni previdenziali spagnole, non sarebbe sussistito, secondo le disposizioni di diritto comunitario, alcun diritto ad una pensione per orfani derivante dal regime tedesco di previdenza sociale, in quanto non sarebbero stati soddisfatti i presupposti di un diritto alla prestazione solo in base all'ordinamento nazionale tedesco. Secondo l'art. 1263, secondo comma, della RVO, le pensioni per orfani sarebbero concesse solo se all'epoca del decesso al defunto spettava un trattamento pensionistico o se in tale momento egli aveva maturato, o poteva ritenersi — ex art. 1252 della RVO — che avesse maturato il periodo assicurativo minimo per la pensione di invalidità professionale (per es. invalidità o morte conseguenti ad un infortunio sul lavoro). Poiché il defunto non aveva maturato il periodo minimo di contribuzione previdenziale di 60 mesi previsto dal diritto tedesco (art. 1246, n. 2, della RVO) e non

rientrava neanche in alcuno dei casi sopra menzionati, gli orfani non potevano percepire alcuna pensione in base al diritto tedesco. Il reclamo, il ricorso giurisdizionale e l'appello intentati da Manuela e Gregorio Gómez Rodríguez contro tale rigetto davano esito negativo e la controversia contro il competente ente previdenziale tedesco veniva portata innanzi al Bundessozialgericht. Questo tribunale si chiede se la domanda dei ricorrenti, relativa alla concessione di una pensione da parte dell'ente previdenziale tedesco, debba essere basata sugli artt. 78 e 79 del regolamento o sulla sopra menzionata convenzione tedesco-spagnola. Pertanto esso ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

IV — Le questioni pregiudiziali

«1) Se l'art. 78, n. 2, lett. b), del regolamento (CEE) n. 1408/71 debba essere interpretato nel senso che la determinazione in esso contenuta delle disposizioni giuridiche rilevanti per la concessione della prestazione conservi la sua validità anche qualora il diritto ad una pensione per orfani, sussistente con certezza in un primo tempo nello Stato membro competente ai sensi della norma citata (nella specie: lo Stato di residenza), sia tuttavia venuto meno in seguito per il raggiungimento di un certo limite di età, mentre in un altro Stato membro, alla cui legislazione l'assicurato sia stato parimenti soggetto, in applicazione dell'art. 79 del medesimo regolamento, un diritto alla detta pensione sopravvivrebbe al di là di tale momento, oppure nel senso che in un caso del genere si verifichi un mutamento delle disposizioni giuridiche rilevanti ai sensi dell'art. 78, n. 2, lett. b), punto ii), del regolamento (CEE) n. 1408/71.

2) Se rientri tra i vantaggi previdenziali che gli orfani non possono perdere per il fatto che una convenzione conclusa tra due Stati membri, recepita nell'ordinamento giuridico nazionale, sia divenuta inapplicabile a causa dell'entrata in vigore del regolamento (CEE) n. 1408/71 anche l'aspettativa riguardante il godimento di una pensione per orfani già accordata da uno Stato membro in applicazione di una simile convenzione per un periodo più lungo (per esempio, in caso di frequenza di corsi scolastici o di formazione professionale che si protragga oltre il compimento del diciottesimo anno di età) rispetto alla pensione per orfani che deve essere concessa in forza delle disposizioni di un altro Stato membro, rilevanti in conformità all'art. 78, n. 2, lett. b), del suddetto regolamento.

3) In caso di soluzione affermativa della questione sub 2), se gli orfani già titolari, prima dell'entrata in vigore del regolamento (CEE) n. 1408/71, del diritto ad una pensione per orfani in base alla normativa di uno Stato membro, in osservanza di una convenzione conclusa tra due Stati membri in materia di previdenza sociale, possano reclamare ancora tale diritto qualora non ne sussi-

sta più un altro analogo, accordato in un primo tempo ai sensi delle disposizioni legislative di un altro Stato membro, in conformità dell'art. 78, n. 2, lett. b), del suddetto regolamento».

V — Nel merito

6. Come illustrerò più avanti (v. paragrafo 42 e ss.), le convenzioni bilaterali vigenti precedentemente al regolamento n. 1408/71 e relative alla previdenza sociale continuano ad essere applicabili, in presenza di determinate condizioni, anche in seguito all'entrata in vigore di detto regolamento, se le loro disposizioni sono *più favorevoli* per i lavoratori subordinati o per le persone a loro carico rispetto alle disposizioni dello stesso regolamento. Perciò esaminerò anzitutto la prima questione, con la quale si chiede se il diritto dei ricorrenti possa basarsi sulle disposizioni del regolamento, quindi esaminerò la seconda e la terza questione, che si riferiscono entrambe alla possibilità di applicare, nel caso di specie, la suddetta convenzione tedesco-spagnola.

A — *Sulla prima questione*

7. Con tale questione il Tribunale di rinvio chiede in sostanza se, dopo la cessazione dell'obbligo di concedere una pensione ai figli orfani di un lavoratore migrante da parte dello Stato nel quale gli orfani risiedono, il relativo obbligo possa essere trasferito, solo sulla base delle norme relative al cumulo previste dagli artt. 78, n. 2, lett. b), punto ii), e 79, n. 1, lett. a), del regolamento, ad un altro Stato membro, nel quale il loro defunto padre aveva maturato determinati periodi contributivi, che non erano tuttavia sufficienti per la concessione di una pensione autonoma in base alla normativa di tale Stato.

8. Nelle loro osservazioni presentate alla Corte, i governi tedesco ed austriaco fanno valere che l'art. 78, n. 2, primo comma, lett. b), del regolamento n. 1408/71 va interpretato nel senso che esso determina definitivamente la legislazione nazionale applicabile, di modo che non sarebbe possibile per l'assicurato, qualora e non appena cessi il diritto alla pensione derivante da tali disposizioni giuridiche, applicare altre disposizioni giuridiche nazionali. Una diversa interpretazione — sostiene il governo tedesco — sarebbe in contrasto con la volontà del legislatore comunitario, come emerge dai protocolli del Consiglio che riportano le deliberazioni relative al progetto del regolamento n. 1408/71 in merito alle disposizioni controverse. Il governo tedesco sottolinea anche che la soluzione da esso proposta sarebbe l'unica praticabile. In caso contrario, si osserverebbe spesso il fenomeno per cui la Repubblica federale di Germania, ogni qual volta gli orfani non avessero più diritto a prestazioni previdenziali in base al regime previdenziale dello Stato di residenza, dovrebbe concedere prestazioni previdenziali ingiustificate. Per tale ragione la Repubblica federale di Germania si troverebbe a pagare, di regola, ulteriori pensioni persino più elevate rispetto a quelle

degli Stati di residenza. Il governo tedesco è dell'opinione che il legislatore comunitario, per evitare tali problemi, non intendesse far subentrare alcuna variazione di competenza per la concessione di prestazioni previdenziali nazionali a partire dal momento in cui l'ente competente dello Stato di residenza sospende l'erogazione delle relative prestazioni previdenziali; in caso contrario, l'eccezione diventerebbe la regola.

9. Anche il governo austriaco è della stessa opinione. In primo luogo, esso sostiene che il coordinamento delle disposizioni realizzato nel regolamento n. 1408/71 non si basa solo sul principio di integrazione, ma garantisce anche l'applicazione di questo principio, in base al quale solo lo Stato di residenza è competente per la concessione di prestazioni previdenziali agli orfani. Qualsiasi altra interpretazione delle disposizioni controverse del suddetto regolamento contravviene direttamente a questo principio. In particolare, il governo austriaco sostiene che, se venisse riconosciuto l'obbligo di uno Stato membro di concedere prestazioni ad un orfano anche dopo la cessazione del diritto alla pensione nei confronti dello Stato membro considerato originariamente, in conformità del principio di integrazione, competente per la concessione delle prestazioni, si giungerebbe al risultato che gli Stati membri che hanno stabilito i limiti di età più elevati per i diritti alla pensione degli orfani sarebbero, in ultima istanza, sempre competenti per la concessione di prestazioni, indipendentemente dal luogo di residenza degli orfani ed indipendentemente dalla durata dei periodi contributivi maturati dall'assicurato nei diversi Stati membri. Invece gli Stati membri che hanno previsto i limiti di età più bassi sarebbero esentati in pratica dall'obbligo della prestazione. In altre parole, sarebbero messi in dubbio sia il criterio del luogo di residenza dell'avente diritto che quello della durata dei periodi contributivi dell'assicurato, su cui sarebbe sostanzialmente basato il regime previsto dal regolamento n. 1408/71.

10. L'interpretazione opposta viene sostenuta tanto dai ricorrenti, quanto dai governi spagnolo, ellenico e svedese, nonché dalla Commissione. In base a questa interpretazione, dall'art. 78, n. 2, primo comma, lett. b), punto ii), del regolamento deriva che la competenza dell'ente previdenziale dello Stato membro nel quale il defunto ha compiuto periodi contributivi e nel cui territorio gli orfani non risiedono non può essere esclusa solo perché originariamente era competente e aveva concesso le prestazioni un ente previdenziale di un altro Stato membro, cioè nel caso di specie lo Stato nel quale risiedono gli orfani. In caso contrario, il principio della libera circolazione e della parità di trattamento verrebbe violato già solo per il fatto che il periodo di validità del diritto alle prestazioni di un orfano che risiede in Spagna sarebbe minore rispetto al periodo di validità del diritto che si costituirebbe in capo allo stesso soggetto se scegliesse la Repubblica federale di Germania quale luogo di residenza.

11. In primo luogo, si deve osservare che l'art. 78 «mira a determinare la legislazione in base alla quale vanno concesse le prestazioni per orfani» [2], ovvero questo articolo si propone di determinare la legislazione applicabile per dette prestazioni e tale determinazione avviene in modo unico ed esclusivo, in

2 — Sentenza 16 marzo 1978, causa C-115/77, Laumann (Racc. pag. 805, punto 7).

conformità dell'art. 79, n. 1 (principio dell'unicità della legislazione applicabile).

12. Se, come nel caso di specie, un lavoratore è stato soggetto alla legislazione di più Stati membri, il criterio per la determinazione della legislazione applicabile è quello del luogo di residenza degli orfani, se il diritto ad una delle prestazioni di cui all'art. 78, n. 1, tra le quali rientrano anche le pensioni per orfani, è acquisito in virtù del diritto del paese in questione. Se non è acquisito alcun diritto ad una delle suddette prestazioni in base a tale legislazione, per la ragione che il lavoratore non ha maturato i periodi contributivi che detta legislazione prevede per la costituzione del diritto alla prestazione, ai sensi dell'art. 79, n. 1, lett. a), al quale rinvia espressamente l'art. 78, n. 2, lett b), punto ii), si terrà conto, nella misura necessaria, dei periodi assicurativi compiuti dal lavoratore sotto la legislazione di un altro Stato membro, tenendo conto di quanto disposto dall'art. 45 o dall'art. 72 del regolamento, ai quali rinvia l'art. 79, n. 1, lett. a).

13. Se, considerando il primo caso, non risulta acquisito alcun diritto, l'art. 78, n. 2, lett. b), nella prima parte del punto ii) prevede che sia applicabile la legislazione dello Stato membro sotto la quale il lavoratore ha maturato il più lungo periodo assicurativo, tenendo conto, se necessario [3], dei periodi contributivi che egli aveva maturato in un altro Stato membro.

14. Se non risulta acquisito alcun diritto alla prestazione neanche in base alla disposizione summenzionata, la seconda parte del punto ii) precisa infine che le condizioni di acquisizione del diritto sono esaminate in rapporto alle legislazioni degli altri Stati membri interessati, nell'ordine decrescente della durata dei periodi assicurativi o di residenza compiuti sotto la legislazione di tali Stati.

15. È vero che in quest'ultima parte della disposizione non si fa alcun rinvio esplicito alle regole sul cumulo dei periodi assicurativi di cui all'art. 79, n. 1, lett. a). Come sostiene giustamente la Commissione, questa omissione deve tuttavia essere attribuita al fatto che la disposizione è espressa in maniera concisa e si voleva evitare una ripetizione. Il rinvio alla suddetta disposizione era già indicato due volte, nella precisazione del metodo per la determinazione delle disposizioni applicabili, per cui una ripetizione per la terza volta era superflua, in quanto sottintesa. Inoltre, non sussiste alcun motivo sostanziale per ammettere il cumulo dei periodi nel caso dello Stato di residenza degli orfani o dello Stato nel quale il lavoratore ha maturato periodi contributivi più lunghi e per escludere il cumulo nel caso dello Stato nel quale sono stati compiuti periodi contributivi più brevi.

3 — Cioè, come ho spiegato nel paragrafo precedente, quando il lavoratore non ha maturato i periodi contributivi minimi previsti dalla legislazione di questo Stato membro per l'acquisizione di un diritto previdenziale.

Ciò d'altronde sarebbe in contrasto con l'obiettivo del legislatore comunitario. Dalla formulazione dell'art. 78, n. 2, lett. b), risulta evidente lo sforzo del legislatore comunitario di sfruttare tutti i mezzi offerti dal diritto comunitario affinché agli orfani non venga sottratta alcuna prestazione per il motivo che il defunto lavoratore non aveva maturato i periodi contributivi necessari per poter applicare la legislazione di un solo Stato membro [4].

16. Tuttavia si deve considerare che le norme previste all'art. 78 sono, per loro natura, disposizioni cogenti e devono essere applicate in maniera uniforme all'interno della Comunità. Con queste disposizioni il legislatore comunitario ha precluso agli Stati membri la possibilità di determinare secondo la propria discrezionalità la legislazione nazionale applicabile in ogni singolo caso. Lo stesso vale, a maggior ragione, per gli aventi diritto alla prestazione, i quali, di conseguenza, non possono scegliere arbitrariamente le disposizioni da applicare [5].

17. Inoltre, dal contesto delle disposizioni dell'art. 78, n. 2, lett. b), risulta che ognuno dei tre casi è indipendente dagli altri e non deve essere confuso con il precedente o con il successivo e che l'ordine di applicazione di questi tre casi è previsto in maniera vincolante. Prima di poter analizzare il secondo o il terzo caso, deve essere terminato l'esame relativo al caso immediatamente precedente che deve risultare inapplicabile. Ne consegue che i criteri relativi all'applicazione di ciascun caso, nel contesto di ognuno dei tre casi, devono essere considerati in base alla loro rispettiva attribuzione e i criteri di casi diversi non devono essere confusi gli uni con gli altri.

18. Passo ora alla questione se la determinazione della legislazione applicabile ai sensi dell'art. 78, n. 2, sia definitiva o se possa essere modificata e, in caso affermativo, in base a quali presupposti.

19. Il fatto che la legislazione applicabile sia unica ed esclusiva non significa che la sua determinazione sia definitiva ed immutabile. Queste disposizioni si riferiscono alla concessione di prestazioni per orfani, la quale avviene in base a determinati presupposti giuridici e di fatto. I presupposti giuridici sono disciplinati in parte dagli ordinamenti giuridici nazionali ed in parte dal diritto comunitario, mentre i presupposti di fatto riguardano la situazione personale del soggetto in questione e, in generale, le circostanze di fatto del singolo caso concreto.

Pertanto la questione della legislazione applicabile si pone in sostanza ogni volta che viene concessa una prestazione previdenziale,

4 — È significativo che, in base alla seconda parte dell'art. 78, n. 2, lett. b), punto ii), se i periodi contributivi non sono sufficienti, per la costituzione del diritto alla prestazione valgono anche i «periodi di residenza». Siffatta benevolenza del legislatore comunitario risulta anche dalle corrispondenti disposizioni dell'art. 77, n. 2, lett. b), le quali si riferiscono alle prestazioni versate ai figli a carico di titolari di pensione.

5 — V. sentenza 23 settembre 1982, causa 276/81, Kuijpers (Racc. pag. 3027, punto 14).

tenendo presente che il momento decisivo per l'accertamento dei presupposti di diritto e di fatto del diritto alla prestazione, secondo un principio generale, è il momento della concessione della prestazione.

Pertanto, se i presupposti di diritto e di fatto in base ai quali è stato acquisito il diritto rimangono gli stessi, la questione di un cambiamento della legislazione applicabile ai sensi dell'art. 78, n. 2, non si pone. Se tuttavia i presupposti di diritto e di fatto in base ai quali è stato acquisito il diritto si sono nel frattempo modificati, si pone eventualmente la questione della legislazione da applicare in base all'art. 78, n. 2. In altre parole: la legislazione applicabile ai sensi dell'art. 78, n. 2, del regolamento rimane la stessa se rimangono inalterati i presupposti determinanti di diritto e di fatto in base ai quali è stato acquisito il diritto.

20. Come esempio di modifica del regime giuridico, che comporta un cambiamento della legislazione applicabile, cito la modifica dell'art. 42 del regolamento (CEE) del Consiglio n. 3/58 [6] — il quale prevedeva che, per il pagamento delle pensioni per orfani, fosse obbligato lo Stato di occupazione del defunto —, sostituito dall'art. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio n. 1/64 [7].

Nella sua formulazione modificata, questo articolo prevede, al n. 6, lett b), regole simili a quelle dell'art. 78, n. 2, lett. b), del regolamento n. 1408/71, cioè la competenza dello Stato in cui risiedono gli orfani quanto alla concessione delle prestazioni. Come è consueto in siffatti casi, con le disposizioni transitorie contenute nell'art. 4 del regolamento n. 1/64 venivano regolate questioni di diritto transitorio derivanti dalla modifica effettuata.

21. Lo stesso si verifica anche in caso di completa sostituzione del regime del regolamento con un nuovo regolamento, tenuto conto che le questioni di diritto intertemporale, di regola, vengono disciplinate dalle disposizioni transitorie, dirette alla tutela dei diritti acquisiti in base al regime precedente. Così, per esempio, l'art. 94, n. 5, del regolamento n. 1408/71, il quale, secondo l'esplicita indicazione del legislatore comunitario, si applica anche alle prestazioni di cui all'art. 78, precisa che i diritti degli interessati che hanno ottenuto la liquidazione di una pensione o di una rendita prima dell'entrata in vigore del regolamento, cioè prima del 1° ottobre 1972, o, eventualmente, prima dell'entrata in vigore del regolamento nel territorio dello Stato membro in questione (nel caso di specie prima dell'adesione del Regno di Spagna alla Comunità economica europea, avvenuta il 1° gennaio 1986) possono essere riesaminati su loro richiesta, tenendo conto delle disposizioni del nuovo regolamento [8].

6 — GU n. 30 del 16 dicembre 1958, pag. 561.

7 — GU n. 1 dell'8 gennaio 1964, pag. 1.

8 — Tuttavia una nuova circostanza di fatto, subentrata successivamente all'entrata in vigore del nuovo regolamento e riguardante il diritto alla prestazione, come il mutamento della situazione personale dell'assicurato, deve essere valutata in base alle disposizioni del nuovo regolamento (v. sentenza 4 maggio 1988, causa 83/87, Viva, Racc. pag. 2521).

22. Si può supporre che la stessa soluzione sia valida qualora le disposizioni di una convenzione bilaterale sulla previdenza sociale precedentemente entrata in vigore vengano sostituite dalle disposizioni del regolamento; questo caso è di particolare interesse nella fattispecie. Diversamente dal precedente regolamento n. 3/58, il quale all'art. 41 prevede misure per le questioni relative al diritto intertemporale sorte in seguito all'abrogazione delle disposizioni delle convenzioni bilaterali, il regolamento n. 1408/71 non regola tale questione in modo specifico e completo. La genericità della formulazione dell'art. 94 lascia tuttavia supporre che questo articolo contempli i casi relativi a diritti acquisiti in precedenza in virtù di convenzioni bilaterali.

Questa interpretazione viene confermata dalla formulazione dell'art. 94, n. 7, che riguarda specialmente i diritti degli interessati derivanti da accordi bilaterali conclusi con la Repubblica francese. Da esso si deduce a contrario che i diritti derivanti da convenzioni bilaterali sottoscritte dai restanti Stati membri saranno regolati in futuro dalle disposizioni generali dell'art. 94, in combinato disposto — quando si tratta di prestazioni per orfani — con quelle dell'art. 78.

23. Pertanto l'ente previdenziale tedesco, il quale, come è già stato precisato (v. paragrafo 5 supra), era in origine competente per la concessione della pensione in virtù della convenzione tedesco-spagnola, dal momento dell'adesione del Regno di Spagna alla Comunità economica europea (e, quindi, dell'applicazione del regolamento n. 1408/71 in Spagna), si è apparentemente sottratto a questo obbligo, con la conseguenza che è divenuto competente l'ente previdenziale spagnolo. In questo caso, il cambiamento della normativa determinante per il rapporto assicurativo può portare ad un cambiamento della legislazione applicabile per la concessione della prestazione [9].

24. Per quanto riguarda i presupposti di fatto per la concessione delle prestazioni, i cui mutamenti possono portare ad una modifica del diritto alla pensione degli orfani, occorre riferirsi all'art. 92 del regolamento

9 — Se, come ho già osservato, in questo caso le questioni attinenti al diritto intertemporale sono regolate dall'art. 94 del regolamento, la Commissione si chiede a ragione nelle sue osservazioni scritte in virtù di quale base giuridica sia avvenuto il cambiamento della competenza per la concessione della pensione ai ricorrenti. Come ho precisato nel paragrafo precedente, i diritti che — come nel caso di specie — erano già stati acquisiti prima dell'entrata in vigore del regolamento possono essere riveduti *solo* su richiesta degli interessati, ai sensi dell'art. 94, n. 5. La Corte ha interpretato questa disposizione e deciso che questo diritto sostanzialmente può essere esercitato solo dal titolare ed a proprio vantaggio e che il competente ente di uno Stato membro non può sostituirsi *ad un assicurato nella revisione dei diritti da questi maturati* (sentenza 13 ottobre 1976, causa 32/76, Saieva, Racc. pag. 1523, punto 18, e sentenza Viva, citata nella nota 8, punto 10). In quest'ultima sentenza la Corte ha tuttavia deciso che detto principio non si applica nelle situazioni comportanti una nuova liquidazione *d'ufficio* dei diritti a prestazione, come nel caso di un mutamento della situazione individuale dell'assicurato che subentri dopo che il precedente regolamento, sotto la cui efficacia era stato acquisito il diritto, è stato abrogato ai sensi dell'art. 100 del regolamento n. 1408/71 (sentenza Viva, punto 11). Analogamente, sono dell'opinione che la sostituzione di una convenzione bilaterale tramite un regolamento rappresenti un motivo per la revisione d'ufficio dei diritti a prestazione in base alle nuove disposizioni relative alla competenza e alle norme applicabili dell'art. 78, indipendentemente dal fatto che sia stata presentata o meno una relativa istanza da parte del titolare. Il legislatore tedesco ha perciò giustamente concesso una pensione per il periodo durante il quale era competente in base alle disposizioni della convenzione tedesco-spagnola ed inoltre ha giustamente passato la pratica, per il periodo successivo, al competente ente previdenziale spagnolo.

(CEE) del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574/72, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento n. 1408/71 [10], il quale stabilisce quanto segue:

«Ogni persona cui sono corrisposte prestazioni ai sensi dell'articolo 77 o dell'articolo 78 del regolamento per i figli di un titolare di pensione o di pensione o per orfani, è tenuta ad informare l'istituzione debitrice di tali prestazioni:

— di qualsiasi cambiamento nella situazione dei figli o orfani che possa modificare il diritto alle prestazioni;

— di qualsiasi modifica del numero dei figli o orfani per i quali sono dovute prestazioni;

— di qualsiasi trasferimento di residenza di tali figli o orfani;

— di qualsiasi esercizio di un'attività professionale che apra il diritto a prestazioni o assegni familiari per tali figli o orfani».

10 — Nella versione modificata dal regolamento (CEE) n. 2001/83.

25. Mutamenti dei suddetti presupposti possono portare ad una revisione del diritto a prestazioni nell'ambito della legislazione applicabile, ma anche, in presenza di date condizioni, ad una modifica della stessa legislazione applicabile. Così, se il lavoratore è stato soggetto alla legislazione di almeno due Stati membri, il trasferimento di residenza degli orfani giustifica una modifica della legislazione applicabile [11].

26. Il cambiamento della situazione personale dell'avente diritto alla prestazione (primo trattino) deve anzitutto portare alla revisione della decisione relativa alla concessione della prestazione stessa, nell'ambito della legislazione applicabile [12].

27. Il raggiungimento della maggiore età da parte degli orfani rappresenta senza dubbio una modifica della situazione personale che

11 — Si considera che questa situazione si configuri tacitamente in tutti i casi nei quali le famiglie o gli orfani che hanno fatto ritorno al loro paese di origine richiedono un *complemento di prestazioni* allo Stato membro alla cui legislazione il lavoratore è stato soggetto e che concede prestazioni più elevate. La nozione di «complemento di prestazioni», che corrisponde, secondo la giurisprudenza della Corte, alla differenza tra le prestazioni effettivamente pagate nello Stato di residenza e le prestazioni che i titolari avrebbero diritto a percepire in base alla legislazione dello Stato che concede le prestazioni più elevate, presuppone come tale che con il trasferimento nello Stato di residenza sia applicabile la legislazione di questo Stato.

12 — Come, per esempio, il passaggio dalla condizione di «coniugato» alla condizione di «persona sola», in seguito alla morte del coniuge (v. sentenza Viva, citata alla nota 8).

riguarda il diritto alla pensione. Così, in Spagna il raggiungimento della maggiore età al compimento del diciottesimo anno comporta la cessazione dell'erogazione delle pensioni in esame. Anche nella Repubblica federale di Germania, al raggiungimento di tale età, in linea di principio termina il pagamento delle pensioni per orfani. Tuttavia, nella Repubblica federale di Germania la frequenza di corsi scolastici rappresenta un ulteriore cambiamento della situazione personale che giustifica il mantenimento o il ricupero del diritto alla pensione. In base al diritto tedesco, la pensione continua ad essere percepita fino al compimento del venticinquesimo anno di età, nel caso che l'orfano prosegua gli studi [13].

La questione è, di conseguenza, se il collegamento tra il raggiungimento della maggiore età e il compimento degli studi che, secondo il diritto spagnolo, comporta senz'altro la cessazione della concessione di pensioni, può portare alla variazione della legislazione applicabile ai sensi dell'art. 78, n. 2, del regolamento.

28. I ricorrenti, i governi spagnolo, ellenico e svedese, nonché la Commissione si richiamano con formulazioni generali alla nota giurisprudenza della Corte nelle cause Laterza [14], Gravina [15], D'Amario [16] e Athanasopoulos [17] e sostengono che si debba rispondere affermativamente alla questione ai sensi dell'art. 78, n. 2, lett. b), punto ii), del regolamento.

29. Innanzi tutto si deve osservare che la Corte, nella giurisprudenza citata, ha limitato l'applicazione del principio dell'uniformità ed esclusività della legislazione applicabile sancito dagli artt. 77 e 78 del regolamento. In queste pronunce la Corte ha interpretato il regolamento alla luce dell'art. 51 del Trattato, che mira a garantire la libera circolazione dei lavoratori migranti, e ha considerato che gli artt. 78, n. 2, lett. b), punto i), e 77, n. 2, lett. b), punto i), non possono annullare o limitare, nello Stato di residenza, diritti a prestazioni acquisiti precedentemente in un altro Stato membro e quindi che, se le prestazioni effettivamente percepite dall'avente diritto nello Stato di residenza sono inferiori alle prestazioni che percepirebbe nell'altro Stato membro le cui prestazioni sono più favorevoli, l'assicurato ha diritto a ricevere da questo secondo Stato un complemento di prestazioni corrispondente alla differenza tra i due importi.

Questa giurisprudenza si riferisce tuttavia, come sostiene giustamente il governo tedesco, ad un complemento di prestazioni, cioè ai casi in cui il titolare ha acquisito un diritto alla prestazione tanto nello Stato di residenza quanto nell'altro Stato che concede prestazioni più favorevoli, la cui revoca o diminuzione non è consentita dal diritto comunitario, per cui egli ha diritto ad una prestazione integrativa *corrispondente all'ammontare* della differenza tra le due prestazioni.

13 — Parlo di mantenimento o ricupero, perché l'orfano, come si può ragionevolmente supporre, a partire dal compimento del diciottesimo anno di età, se in tale momento sta compiendo i suoi studi e finché si mantiene questa condizione, ha diritto ad una pensione fino al compimento del venticinquesimo anno di età (mantenimento del diritto). Se tuttavia egli inizia un corso di studi nel ventesimo anno di età, ritengo che la concessione della pensione riprenda da questo momento (ricupero del diritto).

14 — Sentenza 12 giugno 1980, causa 733/79 (Racc. pag. 1915).

15 — Sentenza 9 luglio 1980, causa 807/79 (Racc. pag. 2205).

16 — Sentenza 24 novembre 1983, causa 320/82 (Racc. pag. 3811).

17 — Sentenza 11 giugno 1991, causa C-251/89 (Racc. pag. I-2797).

Ne consegue che l'interessato non ha alcun diritto ad un complemento di prestazioni quando il lavoratore dal quale deriva il diritto alla prestazione [18] non ha acquisito alcun diritto autonomo alla prestazione nell'altro Stato membro.

30. Inoltre, un simile diritto non sorge solo in base alle regole di cumulo previste dall'art. 79, n. 1, lett. a), del regolamento. Ciò risulta chiaramente dalla sentenza della Corte 27 febbraio 1997, causa Bastos Moriana e a. [19]. In questa controversia gli aventi diritto alla prestazione, residenti in Spagna, aspiravano ad ottenere, ai sensi degli artt. 77 e 78 del regolamento, un complemento di prestazioni da parte dell'ente previdenziale tedesco nella Repubblica federale di Germania, basando tuttavia l'acquisizione del diritto alla prestazione solo sulle regole di cumulo di cui all'art. 45 del regolamento e non autonomamente sul diritto tedesco. La Corte ha esaminato le sentenze Athanasopoulos (punto 21 della motivazione) e Durighello (punto 22) e ha statuito che le prestazioni di cui gli aventi diritto non possono essere privati per effetto dell'applicazione degli artt. 77 e 78 sono quelle che vengono concesse in forza della *sola* legislazione di un altro Stato membro, sulla base dei periodi contributivi maturati in questo Stato, e non quelle ottenute nello Stato in questione in applicazione delle regole di cumulo (punti 17-19). La Corte ha pertanto deciso che «gli artt. 77, n. 2, lett. b), punto i), e 78, n. 2, lett. b), punto i), del regolamento devono essere interpretati nel senso che l'istituzione competente di uno Stato membro non è tenuta a concedere ai titolari di pensioni o di rendite o agli orfani che risiedono in un altro Stato membro un complemento di prestazioni familiari nel caso in cui l'importo delle prestazioni familiari corrisposte dallo Stato membro di residenza sia inferiore a quello delle prestazioni previsto dalla normativa del primo Stato membro, qualora il diritto alla pensione o alla rendita, o il diritto dell'orfano, non sia acquisito esclusivamente in base ai periodi di assicurazione compiuti in tale Stato» (punto 23 e dispositivo).

31. Con questa sentenza una questione da molto tempo controversa, cioè se per «diritti acquisiti» si debbano intendere solo i diritti alla prestazione acquisiti esclusivamente nell'altro Stato membro o anche un'aspettativa (o un diritto sottoposto a condizioni), veniva risolta a mio parere chiaramente a favore della prima interpretazione [20].

32. Ritengo che nel caso di specie si delinei la stessa soluzione, dato che i fatti e le domande degli interessati, in entrambe le cause, in gran parte corrispondono. È irrilevante la circostanza per cui nella causa citata veniva richiesto un complemento di prestazioni, mentre nel caso di specie viene richiesta la prestazione in quanto tale dall'ente previdenziale tedesco, tenuto conto dell'inequivocabile affermazione della Corte secondo la quale l'interessato può chiedere una prestazione da un altro Stato membro solo se il diritto è stato acquisito in questo Stato in base alla sua legislazione.

18 — V. la già citata sentenza Athanasopoulos (punto 32).

19 — Causa C-59/95 (Racc. pag. I-1071).

20 — Si osservi che l'avvocato generale N. Fennelly, nelle sue conclusioni in questa causa, ha sostenuto l'interpretazione opposta (v. paragrafo 31 delle conclusioni nella causa Bastos Moriana). La stessa interpretazione era stata precedentemente sostenuta anche dall'avvocato generale Van Gerven (v. paragrafi 14 e 15 delle sue conclusioni nella causa Athanasopoulos).

33. Inoltre, la circostanza che nella causa Bastos Moriana la Corte si sia limitata all'interpretazione del punto i) degli artt. 77, n. 2, lett b), e 78, n. 2, lett. b) — che del resto essa cita soltanto [21] — dimostra in modo indiretto, ma nondimeno chiaramente, che non è possibile applicare le soluzioni alternative previste in questi articoli al n. 2, lett. b), punto ii).

È quanto logicamente si deduce dalla succitata sentenza della Corte, poiché le richieste degli interessati, tanto nella causa Bastos Moriana quanto nella fattispecie, potrebbero essere soddisfatte solo in applicazione delle regole previste al punto ii), se ai periodi contributivi che il lavoratore ha maturato nella Repubblica federale di Germania (e che da soli non sono sufficienti per acquisire un diritto in base al diritto tedesco) fossero aggiunti anche i periodi contributivi compiuti in Spagna; la Corte ha tuttavia escluso questa possibilità.

Per questa ragione, non condivido l'opinione che nel caso di specie possa essere applicato a favore dei ricorrenti il meccanismo del punto ii).

34. Gli argomenti contrari non sono convincenti. In primo luogo, si deve rilevare che l'art. 79, n. 1, lett. a) — il quale, se ho compreso bene, secondo il tribunale di rinvio potrebbe essere applicato autonomamente — non può costituire isolatamente il fondamento per determinare la legislazione applicabile, ma può essere applicato solo in combinato disposto con le norme dell'art. 78, n. 2, lett. b), in quanto esse rinviano a quelle contenute nell'articolo in questione. Ciò deriva chiaramente dalla formulazione dell'art. 79, n. 1, il quale presuppone che la legislazione applicabile sia già stata determinata ai sensi dell'art. 78, e dai termini iniziali dell'art. 79, n. 1, lett. a) [22]. Ad un attento esame l'art. 78, n. 2, non rinvia, di conseguenza, all'art. 79, n. 1, lett. a), bensì al *meccanismo* del cumulo menzionato in tale disposizione e stabilito negli artt. 45 e 72 del regolamento.

Alla luce di queste considerazioni, l'«acquisizione», il «mantenimento» ed il «ricupero» di un diritto alla prestazione, ai quali contribuisce il cumulo di cui all'art. 79, n. 1, lett. a), devono essere intesi *nell'ambito* delle disposizioni legislative applicabili, *già* determinate ai sensi degli artt. 77, n. 2, e 78, n. 2. In altre parole: i ricorrenti sostengono, a torto, che il diritto alla pensione che l'ente previdenziale tedesco ha concesso loro una volta sarebbe «ricuperabile», soprattutto perché essi ritengono soddisfatto proprio il requisito richiesto nel caso di specie, cioè che sia applicabile la legislazione tedesca [23].

21 — Punti 8 e 9 della sentenza.

22 — «a) Se *tale legislazione* [cioè quella determinata ai sensi degli artt. 77 e 78] prevede che (...)».

23 — Come ho spiegato nei paragrafi precedenti, è esclusa l'«acquisizione» di un diritto. È però escluso anche un «mantenimento» del diritto alla prestazione in base alle disposizioni legislative spagnole, poiché queste, come è già stato spiegato, escludono la continuazione dell'erogazione della pensione nel caso di specie.

35. Sono pertanto dell'opinione che, in base ai presupposti esistenti, le norme dell'art. 78, n. 2, lett. b), punto ii), non possano essere applicate e che, di conseguenza, non sia possibile trasferire la competenza per la concessione della pensione all'ente previdenziale tedesco.

36. Ciò non significa naturalmente che la legislazione applicabile determinata ai sensi dell'art. 78, n. 2, lett. b), punto i), non possa variare in nessun caso. Sono convinto che, applicando la giurisprudenza della Corte, inclusa la sentenza Bastos Moriana, *se* il loro genitore *avesse* compiuto nella Repubblica federale di Germania i periodi contributivi necessari per la costituzione di un diritto alla pensione, i ricorrenti avrebbero potuto rivolgersi all'ente previdenziale tedesco e chiedere una pensione per la continuazione degli studi, indipendentemente dal fatto che tale diritto fosse previsto o meno dall'ordinamento spagnolo. In tale caso si sarebbe trattato di un vantaggio parziale o di un diritto parziale derivante dal diritto di base relativo alla concessione di una pensione che l'assicurato avrebbe acquisito in base al diritto tedesco e che i ricorrenti non avrebbero dovuto perdere attraverso l'applicazione dell'art. 78 [24].

37. Se questa supposizione è vera, si giunge al risultato che il motivo per cui i ricorrenti non possono ottenere alcuna continuazione del pagamento di una pensione in base al diritto tedesco non risiede principalmente nel fatto che il loro defunto padre si fosse trasferito con la famiglia in Spagna e che i ricorrenti risiedano in questo Stato, bensì nel fatto (purtroppo irrimediabile) che il lavoratore non avesse maturato i periodi contributivi necessari in base al diritto tedesco.

38. I ricorrenti fanno valere il fatto che un'interpretazione dell'art. 78 come quella che ho proposto sarebbe in contrasto con il principio della parità di trattamento e con l'art. 51 del Trattato e porterebbe inoltre a risultati iniqui. Questo si verificherebbe — come osserva anche il tribunale di rinvio — perché se un orfano, in presenza di circostanze analoghe, lasciasse la Repubblica federale di Germania poco dopo il compimento del diciottesimo anno di età, *manterrebbe* il diritto alla pensione, mentre se lasciasse tale paese poco prima del compimento del diciottesimo anno di età, come nel caso di specie, *non potrebbe più reclamare* tale agevolazione.

39. Tale argomento si basa su un presupposto non del tutto pertinente, poiché il primo termine del paragone che viene utilizzato non è determinante. Se i ricorrenti fossero rimasti nella Repubblica federale di Germania per i loro studi, per un periodo di pochi mesi dopo il compimento del diciottesimo anno di età, avrebbero continuato a percepire prestazioni dall'ente tedesco per tale periodo. Tanto queste prestazioni quanto le prestazioni che sarebbero state loro concesse nella Repubblica federale di Germania prima del compimento del diciottesimo anno di età, in

24 — Naturalmente, in questo caso, i ricorrenti avrebbero anche diritto a percepire, dall'ente tedesco, un complemento di prestazioni fino al raggiungimento della maggiore età, qualora la prestazione tedesca fosse più elevata di quella spagnola.

base al luogo di residenza, sarebbero state ottenute sulla base di un *cumulo* dei periodi contributivi compiuti da loro padre, compresi quelli maturati in Spagna, ai sensi degli artt. 78, n. 2, lett. b), punto i), 79, n. 1, lett. a), e 45 del regolamento, poiché, come già precisato, i periodi contributivi del defunto compiuti nella Repubblica federale di Germania non erano sufficienti per la costituzione di un diritto autonomo in base all'ordinamento tedesco. Con il loro trasferimento in Spagna, essi avrebbero perso, di conseguenza, conformemente alla sentenza Bastos Moriana, il diritto alla pensione nei confronti dell'ente previdenziale tedesco.

40. L'obiezione relativa alla disparità di trattamento sarebbe forse più convincente se fosse sorretta dal confronto tra la situazione attuale dei ricorrenti in Spagna e la situazione nella quale si troverebbero se si fossero trasferiti e avessero abitato nella Repubblica federale di Germania dopo il raggiungimento della maggiore età o con la situazione di altri orfani di lavoratori migranti anch'essi sin dall'inizio residenti, in presenza di circostanze analoghe, nella Repubblica federale di Germania.

Per quanto concerne la prima parte di questa obiezione, si deve osservare che la decisione relativa alla permanenza dei ricorrenti in Spagna o al loro possibile trasferimento nella Repubblica federale di Germania si basa principalmente sulla loro libera volontà. Una tale decisione dipende dalla considerazione di molti fattori spesso soggettivi e non viene determinata esclusivamente o principalmente dalla prospettiva di percepire una pensione per orfani da parte dello Stato ospite. Pertanto non sono dell'opinione che un caso simile presenti un grado di oggettività sufficiente perché ci si possa pronunciare sull'esistenza di una disparità di trattamento.

In linea di principio, per gli stessi motivi, non sono assolutamente convinto, per quanto concerne la seconda parte di una simile obiezione, che le fattispecie dei due casi siano paragonabili. Come per i ricorrenti, la decisione dei genitori o della famiglia relativa alla permanenza nello stesso paese o al trasferimento di residenza viene presa in seguito alla considerazione di molti fattori e non dipende esclusivamente dalla prospettiva di percepire prestazioni previdenziali in futuro.

41. Al riguardo, ma in relazione alla seconda obiezione, in base alla quale l'art. 78 del regolamento sarebbe in contrasto con l'art. 51 del Trattato, la quale è formulata in modo piuttosto generico, forse si deve tenere in considerazione che il padre dei ricorrenti, come risulta dall'ordinanza di rinvio, è deceduto prima dell'adesione del Regno di Spagna alla Comunità europea, e di conseguenza non godeva dello status di lavoratore ai sensi dell'art. 48 del Trattato, né quindi può essere considerato tale ai sensi dell'art. 51 [25]. Poiché i diritti dei ricorrenti derivano dai diritti del lavoratore defunto [26], dubito che sia giustificato, in base a questi presupposti, richiamarsi all'art. 51 del Trattato.

25 — V. sentenza 25 giugno 1997, causa C-131/96, Mora Romero (Racc. pag. I-3659, punto 17).

26 — V. citata sentenza Athanasopoulos (punto 32).

B — *Sulla seconda e sulla terza questione*

42. Poiché l'art. 78, n. 2, del regolamento, come ho rilevato, non offre alcun fondamento per soddisfare la domanda dei ricorrenti, passo ad esaminare la seconda e la terza questione, in cui il Tribunale di rinvio si chiede se, nel caso di specie, possano essere applicate le disposizioni della convenzione tedesco-spagnola del 1973, nella versione del 1975.

43. I governi tedesco ed austriaco propongono di rispondere negativamente, mentre gli altri interessati che hanno presentato le loro osservazioni sostengono il contrario.

44. Come noto, nella sentenza 7 giugno 1973, causa Walder [27], alla quale si richiamano i governi sopra menzionati, la Corte ha affermato che il regolamento n. 1408/71 si sostituisce alle precedenti convenzioni bilaterali sulla previdenza sociale che non siano menzionate nel relativo allegato, e ciò pure nel caso in cui l'applicazione di dette convenzioni implichi, per l'avente diritto alle prestazioni, dei vantaggi superiori a quelli derivanti dal regolamento stesso (punti 8 e 9).

45. Nella sentenza 7 febbraio 1991, causa Rönfeldt [28], la Corte ha tuttavia stabilito che tra le norme in virtù delle quali vengono concesse le prestazioni devono essere comprese anche le disposizioni delle convenzioni bilaterali in materia previdenziale che creano per il lavoratore interessato una situazione più favorevole di quella che scaturisce dalla disciplina comunitaria (punto 27) e ha dichiarato che «gli artt. 48, n. 2, e 51 del Trattato vanno interpretati nel senso che ostano a che un lavoratore perda vantaggi previdenziali a causa dell'inapplicabilità di convenzioni vigenti tra due o più Stati membri ed integrate al loro diritto nazionale per effetto dell'entrata in vigore del regolamento n. 1408/71» (punto 29).

46. Nella successiva sentenza 9 novembre 1995, causa Thévenon [29], la Corte ha constatato che il lavoratore francese Thévenon, il quale aveva lavorato in Francia e nella Repubblica federale di Germania e chiedeva l'applicazione a suo favore della convenzione franco-tedesca sulla previdenza sociale del 1950, aveva esercitato il suo diritto alla libera circolazione solo *dopo* l'entrata in vigore del regolamento n. 1408/71, quindi in un momento in cui questo regolamento si era già sostituito alla convenzione. Ciò distingue la causa Thévenon dalla causa Rönfeldt, nella quale il lavoratore era stato occupato, oltre

27 — Causa 82/72 (Racc. pag. 599).

28 — Causa C-227/89 (Racc. pag. I-323).

29 — Causa C-475/93 (Racc. pag. I-3813).

che nella Repubblica federale di Germania, anche in Danimarca, *prima* dell'adesione di questo Stato alla Comunità economica europea e, di conseguenza, prima dell'entrata in vigore del regolamento in questo paese. Tenendo conto di ciò, la Corte ha affermato che Thévenon non poteva sostenere di aver subìto una perdita di vantaggi di sicurezza sociale che gli sarebbero derivati dalla convenzione franco-tedesca e che, di conseguenza, in questo caso tale convenzione non poteva essere applicata (punti 22-26).

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha deciso che «gli artt. 48, n. 2, e 51 del Trattato vanno interpretati nel senso che non ostano a che il regolamento n. 1408/71 si sostituisca, ai sensi del suo art. 6, alle convenzioni che vincolano esclusivamente due Stati membri, qualora un assicurato abbia maturato periodi assicurativi solo in uno degli Stati firmatari della convenzione prima dell'entrata in vigore del regolamento n. 1408/71, anche se l'applicazione della convenzione bilaterale sulla previdenza sociale sarebbe stata più favorevole all'assicurato».

47. Nel caso di specie, il signor Rodríguez è deceduto prima dell'adesione del Regno di Spagna alla Comunità economica europea, dopo aver lavorato nella Repubblica federale di Germania (Stato membro) ed in Spagna (che non era uno Stato membro); i figli, suoi aventi causa, avevano acquisito, sulla base della convenzione tedesco-spagnola, un diritto alla concessione di una pensione che l'ente previdenziale tedesco ha corrisposto loro dal febbraio fino al dicembre 1985. Inoltre, questa convenzione era stata recepita nell'ordinamento giuridico di entrambi gli Stati sopra menzionati.

48. Sono dell'opinione che il diritto, una volta costituito, sia tutelato non solo per ciò che riguarda l'ammontare della pensione, bensì anche per ciò che riguarda gli ulteriori presupposti — materiali e temporali — della sua concessione, nella misura in cui questi sono più favorevoli per l'assicurato o — per lo stesso motivo — per i suoi aventi causa.

49. Non sussiste alcun dubbio che i ricorrenti avrebbero diritto alla continuazione del pagamento della pensione da parte dell'ente previdenziale tedesco se nel caso di specie si applicasse la convenzione tedesco-spagnola.

Pertanto sono dell'opinione che, in tali circostanze, gli artt. 48 e 51 del Trattato impongano nella specie l'applicazione delle disposizioni della convenzione tedesco-spagnola, la quale è più favorevole per i ricorrenti rispetto all'applicazione della normativa comunitaria, vale a dire dell'art. 78, n. 2, lett. b), punto i), del regolamento.

VI — Conclusione

Sulla base delle considerazioni che precedono propongo di risolvere le questioni pregiudiziali nel modo seguente:

«1) L'art. 78, n. 2, lett. b), punto i), del regolamento (CEE) n. 1408/71 deve essere interpretato nel senso che se gli orfani, in seguito al raggiungimento della maggiore età nello Stato membro nel quale risiedono, non hanno più alcun diritto ad una pensione per orfani, il competente ente di un altro Stato membro, le cui disposizioni legislative prevedono la continuazione della concessione di una simile pensione in caso di proseguimento degli studi, non è tenuto a concedere la pensione agli orfani se il diritto degli orfani non è stato acquisito esclusivamente in base ai periodi contributivi maturati in questo Stato.

2) Gli artt. 48, n. 2, e 51 del Trattato devono essere interpretati nel senso che ostano a che il lavoratore interessato e i suoi orfani perdano vantaggi previdenziali a causa dell'inapplicabilità delle convenzioni vigenti tra due o più Stati membri e recepite nel loro diritto nazionale, qualora prima dell'entrata in vigore del regolamento fosse già stato costituito un diritto alla pensione basato sulle disposizioni della convenzione di cui trattasi. Tra i predetti vantaggi previdenziali rientra anche la continuazione del pagamento della pensione agli orfani dopo il raggiungimento della maggiore età, in caso di proseguimento degli studi».