CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE HENRI MAYRAS DEL 24 GENNAIO 1980 [1]

Signor Presidente,
signori Giudici,

Il sig. Fellinger — cittadino tedesco — è stuccatore. Al momento degli antefatti risiedeva in Rehlingen, non lontano da Saarbrücken, e, fino al 10 ottobre 1974, lavorava per vari datori di lavoro nella Repubblica federale, in ispecie, dal 1° luglio al 10 ottobre di detto anno, per l'impresa Siebenhaar, di Mainz-Amöneberg. La sua retribuzione lorda era, nel mese di settembre 1974, di DM 3 872.

Dall'11 ottobre al 10 novembre 1974, il Fellinger rimaneva disoccupato. In seguito, lavorava saltuariamente: nel Lussemburgo, trovava un posto dall'11 novembre al 19 dicembre 1974; rimaneva di nuovo disoccupato dal 20 dicembre 1974 al 12 gennaio 1975; lavorava di nuovo dal 13 gennaio al 2 agosto 1975; ridiveniva disoccupato dal 3 al 19 agosto 1975; ricominciava a lavorare dal 20 agosto al 20 novembre 1975. Dopodiché, a quanto mi risulta, non è più stato occupato nel Granducato e all'udienza ci è stato detto che, in quel momento, aveva trovato un posto nel Belgio.

Nei periodi di disoccupazione, il resistente nella causa principale percepiva delle prestazioni dall'ufficio del lavoro (Arbeitsamt) di Sarrelouis. In un primo tempo queste prestazioni erano di DM 264,60 la settimana, indi, a partire dal 1° gennaio 1975, di DM 319,80. Nel periodo dal 3 al 19 agosto 1975, esse calavano a DM 199,20. La lite trae origine da un provvedimento dell'ufficio del lavoro di Sarrelouis, in data 5 dicembre 1975, in forza del quale la stessa somma gli veniva corrisposta per il periodo iniziatosi il 21 novembre 1975

È assodato che il diritto del Fellinger alle prestazioni di disoccupazione per il periodo di cui trattasi si basa sugli artt. 71, n. 1, lett. a), ii) e 68, n. 1, del regolamento n. 1408/71. Le afferenti disposizioni di diritto tedesco si trovano nell'art. 112 della legge sulla promozione dell'occupazione (Arbeitsförderungsgesetz), a norma del quale le prestazioni vanno calcolate in base all'ultimo stipendio o salario riscosso dal disoccupato.

L'art. 71, n. 1, lett. a), ii), del regolamento n. 1408/71, stabilisce che:

«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 dall'istituzione del luogo di residenza e sono a carico della medesima».

A norma dell'art. 68, n. 1,

«l'istituzione competente di uno Stato membro la cui legislazione prevede che il calcolo delle prestazioni si basa sull'ammontare della retribuzione anteriore, tiene conto esclusivamente della retribuzione riscossa dall'interessato per l'ultima occupazione che ha esercitato nel territorio di detto Stato. Tuttavia, se l'interessato non ha esercitato l'ultima occupazione per almeno quattro settimane in detto territorio, le prestazioni sono cal-

1 — Traduzione dal francese.

colate sulla base della retribuzione usuale corrispondente, nel luogo ove risiede o dimora il disoccupato, ad un'occupazione equivalente o analoga a quella esercitata da ultimo nel territorio di un altro Stato membro».

Il ragionamento seguito dall'ufficio del lavoro nell'attribuire le prestazioni di disoccupazione al Fellinger sembra sia stato il seguente.

Durante i due primi periodi di disoccupazione, l'ufficio non teneva affatto conto dell'art. 68, n. 1, del regolamento n. 1408/71, ma si basava unicamente sulla legge per la promozione dell'occupazione nel calcolare le prestazioni in base al salario riscosso presso la ditta Siebenhaar. Questo metodo era senza dubbio corretto per il periodo dall'11 ottobre al 10 novembre 1974, giacché il Fellinger non era in quel momento un lavoratore frontaliero; ciò appare invece più discutibile per il periodo dal 20 dicembre 1974 al 12 gennaio 1975 che segue il primo periodo di lavoro nel Lussemburgo. Da questa circostanza non è stato tuttavia tratto alcun argomento.

D'altro canto, la prestazione meno elevata corrisposta per i due periodi seguenti di disoccupazione è dovuta all'applicazione nei confronti del Fellinger del secondo inciso dell'art. 68, n. 1. L'ufficio del lavoro ha applicato il criterio della «retribuzione usuale corrispondente, nel luogo ove risiede o dimora il disoccupato, ad un'occupazione equivalente o analoga a quella esercitata da ultimo nel territorio di un altro Stato membro», nel calcolare le prestazioni, a norma dell'art. 112, n. 7, della legge sull'incoraggiamento dell'occupazione, con riferimento al salario abituale, stabilito dal contratto collettivo, di DM 9,93 l'ora per gli stuccatori che lavorano 40 ore la settimana.

Questo modo di vedere si fonda su due postulati relativi all'interpretazione dell'art. 68, n. 1. Il primo è che, in forza della frase iniziale, le prestazioni di disoccupazione possono essere calcolate in base alla retribuzione percepita per l'ultima occupazione nello Stato membro dell'ente competente unicamente se a tale occupazione ha fatto immediatamente seguito il periodo di disoccupazione. È chiaro che il resistente non soddisfaceva questa condizione.

Il secondo postulato è che la mancata occupazione prima dell'iscrizione come disoccupato nel territorio dello Stato membro dell'ente competente va considerata come un caso di occupazione per meno di quattro settimane in detto territorio, il che consente di valersi della seconda frase.

Il resistente proponeva reclamo all'ente federale per il lavoro (Bundesanstalt für Arbeit) contro il provvedimento del 5 dicembre 1975, motivando che questo interpretava erroneamente l'art. 68, n. 1. In questa fase del procedimento, esso riteneva che la prima frase dell'art. 68, n. 1, andasse interpretata letteralmente. La base per il calcolo delle prestazioni di disoccupazione doveva essere quindi il salario riscosso per l'ultimo posto occupato nello Stato membro dell'ente competente, *senza tener conto del momento in cui detto posto era stato occupato.* Questa norma veniva compressa da quella contenuta nella seconda frase solo se quest'ultima occupazione è durata meno di quattro settimane. Secondo questa interpretazione, le prestazioni cui il ricorrente avrebbe avuto diritto sarebbero state riferite al salario riscosso presso la ditta Siebenhaar.

Dopo che il reclamo era stato respinto, il resistente adiva il Sozialgericht für das

Saarland, che gli dava torto con sentenza 17 febbraio 1977. In sede di appello, il Landessozialgericht gli dava ragione con sentenza 26 ottobre 1977. In seguito al ricorso per cassazione «Révision» dell'ente federale per il lavoro, con ordinanza 15 febbraio 1979, il Bundessozialgericht vi ha sottoposto le seguenti questioni vertenti sull'interpretazione dell'art. 68, n. 1:

«1. Se, in caso di disoccupazione di un lavoratore frontaliero, l'ente previdenziale compente del luogo di residenza debba tenere conto, ai sensi dell'art. 68, n. 1, 1° inciso, del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, della retribuzione riscossa dall'interessato per "l'ultima occupazione" che ha avuto nel territorio di detto Stato, solo nel caso in cui tale occupazione abbia preceduto immediatamente l'iscrizione nelle liste di collocamento.

2. In caso di soluzione negativa della questione sub 1); se si debba prendere in considerazione la retribuzione riscossa dall'interessato per "l'ultima occupazione" nello Stato di residenza anche nel caso in cui questa occupazione — come nel caso in esame — abbia avuto termine 14 mesi prima dell'ultima iscrizione nelle liste di collocamento.

3. Se si possa parlare di un'occupazione per un periodo inferiore a 4 settimane, ai sensi dell'art. 68, n. 1, 2° inciso del detto regolamento, anche nel caso in cui, nel territorio dello Stato di residenza, non sia stata esercitata assolutamente nessun'attività lavorativa e comunque nessun'attività rilevante in base alla soluzione data alle questioni sub 1) e sub 2)».

Le questioni sono state evidentemente redatte alla luce delle due diverse interpretazioni dell'art. 68, n. 1, sulle quali contrastano le parti dinanzi al Bundessozialgericht. Nelle osservazioni scritte, la Commissione ha poi suggerito una terza interpretazione. A suo parere, l'ultima occupazione menzionata nell'art. 68, n. 1, si riferisce all'ultimo posto dal punto di vista del tempo e non semplicemente all'ultimo posto nel territorio dello Stato competente. Questa disposizione va interpretata come un'applicazione del principio secondo il quale le prestazioni di disoccupazione andrebbero calcolate in base all'ultima retribuzione effettivamente riscossa prima della perdita del posto. All'udienza, l'avvocato del resistente ha dichiarato di non sostenere più l'interpretazione letterale dell'art. 68, n. 1, e di far propria quella della Commissione.

La soluzione delle questioni sollevate dal Bundessozialgericht dipende da quale di queste tre interpretazioni sia corretta.

Comincerò dall'interpretazione letterale.

Voi ricordate certo che l'art. 68, n. 1, 1° inciso, stabilisce che l'ente competente dello Stato membro della cui legislazione si tratta «tiene conto esclusivamente della retribuzione riscossa dall'interessato per l'ultima occupazione che ha esercitato nel territorio di detto Stato». Questa disposizione è autosufficiente dal punto di vista grammaticale e sintattico. Come il giudice proponente rileva nell'ordinanza di rinvio, «secondo la lettera della norma, è più logica l'interpretazione secondo la quale è sempre determinante la retribuzione per l'ultima attività lavorativa svolta in patria prima dell'inizio dello stato di disoccupazione, indipendentemente dalla sua lontananza nel tempo». Il giudice a quo nutre tuttavia qualche dubbio circa un'interpretazione che non pone alcun limite all'intervallo che potrebbe intercorrere fra l'ultima occupazione nello Stato competente e l'inizio del periodo di disoccupazione.

Quando l'interpretazione letterale di una norma scritta porta ad un risultato irragionevole e ingiusto, è ammissibile che la Corte cerchi un'altra interpretazione che eviti detto risultato? A mio parere, ci si può far guidare su questo punto dai principi generali d'interpretazione e dalla vostra stessa giurisprudenza.

I compiti distinti del legislatore e del giudice nell'ambito di un'ordinamento giuridico sono stati descritti con eleganza da Portalis:

«Vi è una scienza per il legislatore, come ve n'é una per i magistrati; e l'una non assomiglia all'altra. La scienza del legislatore consiste nel trovare in ciascuna materia i principi più conformi al bene comune: la scienza del magistrato consiste nel porre in atto questi principi, nel ramificarli, estenderli, mediante un'applicazione prudente e ragionata, alle ipotesi private; di studiare lo spirito della legge quando la lettera uccide; e di non esporsi al rischio di essere volta a volta schiavo e ribelle e di disobbedire per voluttà di servire».

Conformemente alla distinzione effettuata da questo eminente giurista, voi non potete sostituire il vostro potere discrezionale a quello del legislatore comunitario; quando il senso di una legge è chiaro, bisogna applicarlo secondo questo senso, anche se la soluzione cui si giunge può apparire poco soddisfacente. Ciò non significa però che l'interpretazione letterale di una norma vada accettata in ogni caso. Se tale interpretazione portasse ad un risultato assurdo in una situazione che la norma intendeva disciplinare, secondo il convincimento della Corte, si potrebbe giustamente nutrire qualche dubbio nei suoi riguardi. In altri termini, senso chiaro e senso letterale non sono sinonimi.

Vi sono state numerose cause nelle quali la Corte ha rinunziato all'interpretazione letterale a favore di un'altra che essa ha ritenuto più compatibile con lo scopo e col sistema complessivo della normativa in questione. Un'esempio ben noto è costituito dalle tre cause relative al divieto — di cui all'art. 4, n. 2, della decisione del Consiglio 13 maggio 1965 — di applicare il sistema comune d'imposta sull'entrata congiuntamente ad imposte specifiche sostitutive delle imposte sull'entrata. Si tratta delle cause 9/70, Franz Grad c/ Finanzamt Traunstein (Racc. 1970, pag. 825), 20/70, Lesage c/ Hauptzollamt Freiburg (Racc. 1970, pag. 861) e 23/70, Haselhorst c/ Finanzamt Düsseldorf (Racc. 1970, pag. 881). In un passo, che è identico nelle tre sentenze, avete affermato che:

«è vero che un'interpretazione letterale dell'art. 4, 2° comma, della decisione potrebbe indurre a ritenere che questa disposizione riguardi il momento in cui lo Stato membro interessato avrà posto in vigore nel proprio territorio il sistema comune d'imposta.

Un'interpretazione simile non sarebbe tuttavia conforme allo scopo delle direttive di cui trattasi. Lo scopo perseguito da queste direttive è infatti quello di garantire che, a decorrere da una data determinata, il sistema dell'imposta sul valore aggiunto venga applicato nell'intero mercato comune fino a che non sarà giunta questa scadenza, gli Stati membri conservano la loro libertà d'azione». (Racc. 1970, pag. 840-841, 876 e 896).

Nello stesso senso si possono del pari menzionare le cause 6/72, Europamballage e Continental Can Company c/ Commissione (Racc. 1973, pag. 215), 6/74, Moulijn c/ Commissione (Racc.

1974, pag. 1287) e, nel campo della previdenza sociale, la causa 2/67, de Moor c/ Caisse de pension des employés privés (Racc. 1967, pag. 231).

A mio parere, il problema sul quale l'alto collegio tedesco ha attirato la nostra attenzione è abbastanza grave per dispensarvi dalla necessità di applicare l'art. 68, n. 1, in modo strettamente letterale. È questo il motivo per il quale passo a trattare ora delle altre interpretazioni che sono state proposte dall'ente federale per il lavoro e dalla Commisone.

La tesi sostenuta dall'ente federale implica una certa forzatura di determinati termini, tanto nel primo quanto nel secondo inciso dell'art. 68, n. 1. In primo luogo, in entrambi gli incisi «l'ultima occupazione» nello Stato membro competente va intesa come se si riferisse all'occupazione che ha preceduto immediatamente l'iscrizione come disoccupato. In secondo luogo, nel secondo inciso, l'occupazione per meno di quattro mesi nel territorio dello Stato membro competente va intesa come comprensiva del caso in cui l'ultima occupazione non si è avuta in detto Stato, ma in un altro Stato membro.

La principale obiezione a questa tesi è che, per definizione, i lavoratori frontalieri si trovano nell'impossibilità di soddisfare la condizione posta nel primo inciso dell'art. 68, n. 1. Ne consegue che, quando a norma della legislazione dello Stato di residenza il calcolo delle prestazioni di disoccupazione è fondato sull'importo della retribuzione anteriore, il lavoratore frontaliero non potrà mai far colcolare le proprie prestazioni in base alla retribuzione realmente percepita, bensì unicamente con riferimento ad una retribuzione «artificiale». Poichè, come sapete, la base per il calcolo di detta retribuzione è «la retribuzione usuale» nel luogo di residenza per un lavoro equivalente a quello effettuato nello Stato membro di occupazione, e giacché è evidente che le emigrazioni giornaliere avvengono abitualmente dalle regioni con basse retribuzioni a quelle con alte retribuzioni, l'importo delle prestazioni dovute ai lavoratori frontalieri sarebbe solo raramente adeguato a ciò che essi guadagnano prima di divenire disoccupati.

Ora, pare inverosimile che il Consiglio abbia avuto l'intenzione di trattare i lavoratori frontalieri in modo così sfavorevole rispetto ai lavoratori che si trasferiscono in un altro Stato membro. È questo il motivo per cui ritengo erronea l'interpretazione caldeggiata dall'ente federale per il lavoro.

Quella che è stata in un primo tempo proposta dalla Commissione ed in seguito fatta propria all'udienza dall'avvocato del resistente è la più difficile da conciliare con la lettera dell'art. 68, n. 1. Se, come la Commissione sostiene, l'elemento dicisivo è l'ultima retribuzione effettivamente percepita dal disoccupato, come spiegare che il primo inciso dell'art. 68, n. 1, precisi che si tratta della retribuzione riscossa per l'ultima occupazione che si è avuta nel territorio dello Stato membro dell'ente compentente?

La Commissione ha cercato di sormontare questa difficoltà invocando una «fictio» che sarebbe contenuta nell'art. 71, n. 1, lett. a), ii) e secondo la quale il lavoratore frontaliero completamente disoccupato è soggetto alla legislazione dello Stato membro in cui risiede, «come se fosse stato soggetto a questa legislazione durante la sua ultima occupazione». Essa sostiene che il «territorio»

dello Stato competente, ai sensi dell'art. 68, n. 1, si estende, per i lavoratori frontalieri, al territorio in cui si ritiene che la legislazione di questo Stato vada applicata, cioé al territorio dello Stato dell'ultima occupazione.

In verità, questa tesi mi sembra inutilmente complessa. Sono tuttavia d'accordo con la Commissione per quanto riguarda il principio sul quale è fondata la lettera dell'art. 68, n. 1: la base per il calcolo dell'indennità di disoccupazione dev'essere l'ultima retribuzione effettivamente percepita dall'interessato.

Questo principio può essere attuato in base al primo inciso di questa disposizione nel caso ordinario in cui, a norma dell'art. 13, n. 2, lett. a), del regolamento n. 1408/71, lo Stato membro competente è lo Stato dell'occupazione. L'oggetto di questa disposizione è precisamente l'indicare chiaramente che si deve prendere in considerazione l'ultima retribuzione percepita in detto Stato, non già le retribuzioni, quali che siano, percepite per un'occupazione che si è avuta anteriormente in altri Stati membri.

Il mancato adattamento dell'art. 68 al caso particolare dei lavoratori frontalieri non significa affatto che il redattore della disposizione non abbia inteso applicare nei loro confronti detto principio. In caso contrario, se le loro prestazioni di disoccupazione andassero calcolate con riferimento ad una retribuzione che essi possono aver percepito vari anni prima nello Stato membro di loro residenza, ciò costituirebbe manifestamente un freno per la libera circolazione dei lavoratori. A mio parere, il primo inciso dell'art. 68, n. 1, va interpretato come se disponesse che, per tutti i lavoratori frontalieri completamente disoccupati, il calcolo delle prestazioni deve basarsi sulla retribuzione percepita dall'interessato nello Stato membro in cui ha lavorato da ultimo. Per dirla con Portalis, qualsiasi altra interpretazione porterebbe a disobbedire allo spirito del regolamento n. 1408/71 rendendosi schiavi della sua lettera.

Trovo conferma per questa opinione nel fatto che essa si armonizza con l'art. 81 del regolamento n. 574/72 almeno altrettanto bene dell'interpretazione proposta dall'ente federale per il lavoro.

Non sono infine persuaso — contrariamente, a quanto pare, alla Commissione — che questa interpretazione sia incompatibile col principio per cui non si deve tener conto delle retribuzioni riscosse all'estero. Questo principio vale infatti unicamente nei casi in cui la presa in considerazione delle retribuzioni riscosse all'estero è atta a limitare la libera circolazione, il che costituisce il contrario del caso in esame.

È questo il motivo per cui ritengo che sarebbe un errore da parte vostra risolvere direttamente le questioni sollevate dal giudice proponente, essendo assodato che queste erano destinate a servire come criterio per scegliere fra due interpretazioni dell'art. 68, n. 1, del regolamento n. 1408/71 le quali, a mio parere, appaiono entrambe erronee.

Vi propongo quindi di dichiarare che, nel caso del lavoratore frontaliero completamente disoccupato, l'ente competente del luogo di residenza tiene conto, in forza del primo inciso dell'art. 68, n. 1, della retribuzione percepita dall'interessato nello Stato membro in cui ha lavorato nel periodo immediatamente precedente alla disoccupazione.