Urteilskopf

134 V 284

34. Sentenza della I Corte di diritto sociale nella causa Istituto nazionale svizzero di assicurazione contro gli infortuni contro L. (ricorso in materia di diritto pubblico) 8C_632/2007 del 5 giugno 2008

Regeste (de):
Art. 84 Abs. 2 UVG; Art. 86 VUV; Art. 9 Abs. 2 Anhang 1 FZA; Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68; Übergangsentschädigung.

Berücksichtigung der Zeitabschnitte, während denen ein italienischer Staatsangehöriger eine gefährdende Tätigkeit bei einem Arbeitgeber in Italien ausgeübt hat, zur Erfüllung der gesetzlichen Mindestdauer von 300 Tagen bei einem der obligatorischen Unfallversicherung unterstellten Arbeitgeber. Bei Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen für die Zusprechung der Versicherungsleistung ist der Betrag der geschuldeten Übergangsentschädigung entsprechend dem Verhältnis zwischen der Dauer der beim UVG-unterstellten Arbeitgeber ausgeübten gefährdenden Tätigkeit und der 300-tägigen Dauer gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. b VUV festzusetzen (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 84 al. 2 LAA; art. 86 OPA; art. 9 al. 2 annexe I ALCP; art. 7 par. 2 du règlement (CEE) no 1612/68; indemnité pour changement d'occupation.

Prise en considération des périodes pendant lesquelles un citoyen italien a exercé une activité dangereuse pour un employeur en Italie, pour l'accomplissement de la période légale minimale de 300 jours auprès d'un employeur assujetti à l'assurance obligatoire contre les accidents. Sous réserve des autres conditions du droit aux prestations d'assurance, il convient d'allouer une indemnité pour changement d'occupation réduite, proportionnelle au rapport entre la durée d'exercice d'une activité dangereuse au service d'un employeur assujetti à la LAA et les 300 jours fixés par l'art. 86 al. 1 let. b OPA (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 84 cpv. 2 LAINF; art. 86 OPI; art. 9 cpv. 2 Allegato I ALC; art. 7 n. 2 del regolamento (CEE) n. 1612/68; indennità per cambiamento di occupazione.

Presa in considerazione dei periodi di attività pericolosa compiuti da un cittadino italiano presso un datore di lavoro in Italia ai fini dell'adempimento del periodo legale minimo di 300 giorni presso un datore assoggettato all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni. Assolte tutte le altre condizioni del diritto alla prestazione, l'importo dell'indennità per cambiamento di occupazione normalmente dovuta deve essere stabilito in misura proporzionata al rapporto fra il periodo di attività pericolosa esercitata alle dipendenze del datore di lavoro assoggettato alla LAINF e i 300 giorni di cui all'art. 86 cpv. 1 lett. b OPI (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 285

A. L., cittadino italiano nato nel 1970, domiciliato a Varese, ha lavorato in Svizzera dal 21 febbraio 2005

in qualità di operaio frontaliere presso la R. SA, ditta attiva nella fabbricazione di diversi prodotti a base di gomma. A seguito di un'allergia cutanea, il 16 aprile 2005 l'interessato ha cessato la propria attività lavorativa. Mediante decisione del 10 agosto 2005 l'Istituto nazionale svizzero di assicurazione contro gli infortuni (INSAI) lo ha dichiarato inidoneo per tutti i lavori di fabbricazione di articoli in gomma a far tempo dal 1°settembre 2005. Il rapporto di lavoro è stato sciolto con effetto al 31 agosto 2005. A partire dal 1°settembre 2005 l'INSAI ha versato all'interessato un'indennità giornaliera di transizione per una durata di quattro mesi. Con decisione del 23 dicembre 2005, sostituita da successivo provvedimento del 12 gennaio 2006, l'INSAI ha rifiutato il diritto all'indennità per cambiamento di occupazione di L., non avendo l'interessato esercitato, presso la R. SA, l'attività pericolosa durante almeno 300 giorni nel corso dei due anni immediatamente precedenti il provvedimento di inidoneità del 10 agosto 2005. L'assicurato si è opposto al mancato riconoscimento della prestazione in oggetto. Ha fatto valere di avere per tanti anni svolto l'attività pericolosa pure presso il precedente datore di lavoro in Italia, ditta M. Il 28 febbraio 2006 l'INSAI ha respinto l'opposizione.

B. L. si è aggravato al Tribunale delle assicurazioni del Cantone Ticino, il quale ne ha accolto il ricorso per giudizio del 17 settembre 2007. Secondo i giudici cantonali, i periodi di attività pericolosa svolti in Italia dovevano essere presi in considerazione per il calcolo dei 300 giorni. Annullata la decisione su opposizione impugnata, hanno pertanto rinviato la causa all'INSAI con il compito di verificare l'adempimento degli ulteriori presupposti del diritto all'indennità per cambiamento di occupazione.

C. L'INSAI interpone ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, al quale chiede, in accoglimento del gravame, in via principale l'annullamento del giudizio cantonale e la conferma della decisione su opposizione. In via subordinata postula di ridurre, se del caso, l'indennità per cambiamento di occupazione

proporzionalmente al periodo di attività svolto effettivamente dall'assicurato in Svizzera, ossia dal 21 febbraio al 17 aprile 2005. L. come pure l'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP) propongono la reiezione del gravame.

Erwägungen

Diritto:

1.

1.1 Giusta l'art. 84 cpv. 2 LAINF (RS 832.20) gli organi esecutivi possono escludere gli assicurati particolarmente esposti ad infortuni professionali o malattie professionali da lavori che li mettano in pericolo. Il Consiglio federale definisce il risarcimento agli assicurati i quali, per l'esclusione dalla precedente attività, subiscono un notevole pregiudizio quanto alle possibilità di promozione e non hanno diritto ad altre prestazioni assicurative. Sulla base di questa delega di competenza, l'autorità esecutiva ha emanato gli art. 78 segg. dell'ordinanza del 19 dicembre 1983 sulla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali (OPI; RS 832.30).

1.2 Per l'art. 78 cpv. 1 OPI, l'INSAI può decidere di escludere da un lavoro pericoloso un lavoratore cui si applicano le prescrizioni sulla prevenzione nel settore della medicina del lavoro (inidoneità) o autorizzarlo ad eseguire tale lavoro a determinate condizioni (idoneità condizionale). Il lavoratore, che è escluso durevolmente

o temporaneamente da un lavoro, riceve indennità giornaliere se l'esclusione gli cagiona, a breve termine, gravi difficoltà economiche, segnatamente dovendo abbandonare l'impiego e non avendo più diritto al salario (art. 83 OPI). L'indennità giornaliera di transizione corrisponde all'intera indennità giornaliera prevista all'art. 17 cpv. 1 LAINF; essa è versata durante quattro mesi al massimo (art. 84 OPI).

1.3 Oltre all'indennità giornaliera di transizione - non contestata in concreto - il lavoratore può beneficiare di un'indennità per cambiamento di occupazione. I presupposti per l'erogazione di quest'ultima prestazione sono disciplinati all'art. 86 OPI, il quale prevede: 1 Il lavoratore che è definitivamente o temporaneamente escluso da un lavoro o che è stato dichiarato soltanto condizionalmente idoneo a svolgerlo riceve dall'assicuratore un'indennità per cambiamento d'occupazione qualora: a. a cagione della decisione, nonostante la consulenza individuale, l'erogazione di una indennità giornaliera di transizione e l'impegno che da lui può essere ragionevolmente preteso affinché compensi lo

svantaggio economico sul mercato del lavoro, le sue possibilità di guadagno rimangono considerevolmente ridotte; b. abbia esercitato, presso un datore di lavoro assoggettato all'assicurazione, l'attività pericolosa durante almeno 300 giorni nel corso dei due anni immediatamente precedenti l'emanazione della decisione o il cambiamento d'occupazione effettivamente avvenuto per motivi medici; (...)

2.

2.1 Il Tribunale federale delle assicurazioni ha giudicato conforme alla legge l'art. 86 cpv. 1 lett. b OPI in ordine al periodo minimo di 300 giorni stabilito da tale disposizione (DTF 126 V 363). La Corte ha successivamente precisato che la durata di 300 giorni corrisponde al totale dei giorni durante i quali il lavoratore ha effettivamente esercitato l'attività pericolosa e non al totale dei giorni durante i quali l'assicurato è stato contrattualmente vincolato a un'impresa comportante un'attività pericolosa oppure occupato in altra attività all'interno di tale impresa (DTF 131 V 90). Inoltre, contrariamente a quanto sembra suggerire un passaggio della DTF 126 V 363 (consid. 4b pag. 366 seg.), il testo dell'ordinanza non richiede che il periodo di carenza di 300 giorni sia stato compiuto presso lo stesso datore di lavoro ("chez un employeur", "bei einem der Versicherung unterstellten Arbeitgeber", "presso un datore di lavoro assoggettato"). A questo riguardo, è unicamente determinante l'esercizio dell'attività quale lavoratore assicurato (cfr. ALFRED MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Berna 1989, pag. 593; JEAN-MAURICE FRÉSARD/MARGIT MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2a ed., 2007, pag. 999 n. 799). Questo punto non è d'altronde contestato dalle parti.

2.2 Nel caso di specie è pacifico che l'assicurato opponente non adempie la condizione della durata minima di attività presso un datore di lavoro assoggettato all'assicurazione (cioè alla LAINF). Si tratta quindi di stabilire se il periodo di attività pericolosa compiuto sotto la legislazione di uno Stato membro dell'Unione europea (in concreto l'Italia) possa essere preso in considerazione per determinare il periodo di 300 giorni come se l'occupazione fosse stata svolta alle dipendenze di un'impresa assoggettata all'assicurazione obbligatoria svizzera. I giudici cantonali hanno risposto affermativamente al quesito invocando l'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità

europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (ALC; RS 0.142.112.681).

3.

3.1 Conformemente a questo Accordo, le parti contraenti applicano tra di loro il regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971 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 (RS 0.831.109.268.1; cfr. DTF 133 V 624 consid. 3.1 pag. 628). La prima questione che si pone, dal profilo del diritto comunitario, è quella di sapere se l'indennità per cambiamento di occupazione possa essere considerata in relazione a uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 4 n. 1 del predetto regolamento, cioè se l'indennità in oggetto rientri nel campo di applicazione materiale del medesimo regolamento. Fra i settori di sicurezza sociale menzionati da questo disposto potrebbero eventualmente entrare in linea di conto solo le prestazioni di malattia professionale (art. 4 n. 1 lett. e del regolamento) e eventualmente pure le prestazioni di disoccupazione (art. 4 n. 1 lett. g).

3.2 Si osserva innanzitutto che il punto di sapere se una prestazione rientri nel campo di applicazione dell'art. 4 n. 1 del regolamento (CEE) 1408/71 non dipende dalla sua qualifica secondo il diritto interno, ma va risolta sulla base delle disposizioni comunitarie che definiscono gli elementi costitutivi delle prestazioni medesime (DTF 133 V 320 consid. 5.6 pag. 328; DTF 132 V 184 consid. 5.1.1 pag. 190; sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee [CGCE]del 10 gennaio 1980, Jordens-Vorsters, 69/79, Racc. 1980, pag. 75, n. 6 segg.; sulla rilevanza della giurisprudenza della CGCE cfr. l'art. 16 cpv. 2 ALC).

3.3 Le indennità per cambiamento di occupazione non configurano prestazioni assicurative in senso proprio, bensì prestazioni concesse in relazione con la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali (DTF 126 V 198 consid. 2c pag. 204 e riferimenti citati; RAMI 2000 n. U 382 pag. 254, consid. 3a, U 220/97). Esse non presuppongono l'insorgenza di una malattia professionale e sono versate sussidiariamente rispetto alle prestazioni dovute in caso di infortunio o di malattia professionale. Le indennità stesse non perseguono quindi lo scopo di indennizzare i pregiudizi derivanti dalla realizzazione di uno dei due rischi. Si tratta infatti di una prestazione assicurativa particolare, volta a facilitare il

cambiamento preventivo di professione (ricerca di un nuovo impiego, acquisto di nuove conoscenze professionali, ecc.), ragione per la quale, del resto, è di natura temporanea (su questi diversi punti v. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, op. cit., cifre marg. 579 segg.; PETER OMLIN, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, tesi Friborgo 1995, pagg. 45 e 54; MAURER, op. cit., pag. 592 segg.; ALFONS VOLKEN, Der Berufswechsel im Schweiz. Unfallversicherungsrecht, Sion 1960, pag. 18 segg.). Di conseguenza, l'indennità in questione non è qualificabile come prestazione in caso di malattia professionale nel senso dell'art. 4 n. 1 lett. e del regolamento (v. pure Maximilian Fuchs, in: MAXIMILIAN FUCHS [ed.], Europäisches Sozialrecht, 4a ed., Baden-Baden 2005, n. 1 all'art. 52 del regolamento (CEE) n. 1408/71; EDGAR IMHOF, Eine Anleitung zum Gebrauch des Personenfreizügigkeitsabkommens und der VO 1408/71 über die einzelnen Leistungszweige, in: Hans-Jakob Mosimann [ed.], Aktuelles im Sozialversicherungsrecht, Zurigo 2001, pag. 75). In questo ambito non è perciò applicabile la regola della totalizzazione dei periodi di esposizione prevista all'art. 57 n. 4 del regolamento per questo genere di prestazione (disposizione che ha il seguente tenore: "Se la concessione delle prestazioni per malattia professionale secondo la legislazione di uno Stato membro è subordinata alla condizione che un'attività può provocare la malattia considerata sia stata esercitata per una certa durata,

l'istituzione competente di tale Stato tiene conto, nella misura necessaria, dei periodi in cui tale attività è stata svolta sotto la legislazione di ogni altro Stato membro, come se fosse stata svolta sotto la legislazione del primo Stato").

3.4 L'indennità per cambiamento di occupazione non presenta neppure le caratteristiche di una prestazione di disoccupazione ai sensi del regolamento (CEE) n. 1408/71. Per essere qualificata "prestazione di disoccupazione" ai sensi dell'art. 4 n. 1 lett. g di detto regolamento, una prestazione dev'essere destinata a sostituire la retribuzione non percepita per via dello stato di disoccupazione, allo scopo di provvedere al sostentamento del lavoratore disoccupato (sentenza della CGCE del 27 novembre 1997, Meints, C-57/96, Racc. 1997, pag. I-6689 segg., n. 27; SVR 2007 AlV n. 9 pag. 30, consid. 5.2.3, C 203/03). Ora, il diritto alle indennità per cambiamento di occupazione non dipende dalla durata della disoccupazione. L'indennità può aggiungersi alle prestazioni di disoccupazione; in caso di sovrindennizzo, è ridotta in applicazione dell'art. 69

LPGA (RS 830.1; v. DTF 130 V 433 consid. 4.5 pag. 439). Essa viene inoltre erogata anche se l'assicurato ha ritrovato lavoro: l'indennità per cambiamento di occupazione ammonta all'80 per cento della perdita di salario che può subire il lavoratore sul mercato del lavoro a cagione della decisione di inidoneità (cfr. l'art. 87 OPI).

3.5 L'indennità in oggetto non ricade quindi nel campo di applicazione materiale del regolamento (CEE) n. 1408/71.

4.

4.1 I primi giudici hanno ritenuto che l'indennità per cambiamento di occupazione costituisce un vantaggio sociale ai sensi dell'art. 9 cpv. 2 dell'Allegato I ALC. Ne hanno dedotto che, a questo titolo, il periodo di attività compiuto dall'opponente alle dipendenze della ditta M. deve essere accumulato al periodo svolto in Svizzera per conto della R. SA (regola della totalizzazione). In tal modo, il presupposto della durata di occupazione di almeno 300 giorni prevista all'art. 86 cpv. 1 lett. b OPI è in concreto realizzato sicché l'opponente ha diritto - essendo tutte le altre condizioni adempiute - a una piena indennità per cambiamento di occupazione.

4.2 Alla luce di questi principi e come a ragione ritenuto dai primi giudici, l'indennità in oggetto - che, come si è visto, non rientra nel campo di applicazione materiale del regolamento (CEE) n. 1408/71 - deve essere considerata vantaggio sociale (cfr. pure FRÉSARD/MOSER-SZELESS, op. cit., n. 589). L'Ufficio federale delle assicurazioni sociali (UFAS) si è chiaramente pronunciato in questo senso nella sua Circolare n. 19 del 18 gennaio 2002 concernente gli effetti dell'accordo sulla libera circolazione delle persone sull'assicurazione contro gli infortuni secondo la LAINF (v. cifra 6.2, che riguarda l'esportazione delle indennità di cui all'art. 84 cpv. 2 LAINF).

4.3 Secondo la citata disposizione dell'Allegato I, il lavoratore dipendente e i membri della sua famiglia di cui all'art. 3 dell'Allegato medesimo godono degli stessi vantaggi fiscali e sociali dei lavoratori dipendenti nazionali e dei membri delle loro famiglie. Questa regola corrisponde materialmente a quella prevista all'art. 7 n. 2 del regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257 pag. 2). Ai fini della sua interpretazione si deve pertanto tenere conto della giurisprudenza anteriore al 21 giugno 1999 - data della firma dell'ALC - resa in materia dalla CGCE

(DTF 133 V 367 consid. 8.2 pag. 373; DTF 130 II 113 consid. 5.2 pag. 119). La nozione di vantaggio sociale è interpretata in modo molto ampio dalla CGCE. In effetti, secondo una giurisprudenza costante, per "vantaggi sociali" si intendono tutti quei vantaggi che, connessi o meno a un contratto di lavoro, sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in relazione alla loro qualifica di lavoratori o al semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale, e la cui estensione ai lavoratori cittadini di altri Stati membri appare pertanto atta a facilitare la loro mobilità all'interno della Comunità (ad esempio sentenza della CGCE del 27 novembre 1997 Meints, precitata, n. 39; cfr. inoltre casistica esposta in DTF 133 V 367 consid. 8.2 pag. 373 seg.). Ne fanno segnatamente parte le prestazioni di sicurezza sociale che non rientrano nel campo di applicazione materiale del regolamento (CEE) n. 1408/71 (SILVIA BUCHER, Soziale Sicherheit, beitragsunabhängige Sonderleistungen und soziale Vergünstigungen: Eine europarechtliche Untersuchung mit Blick auf schweizerische Ergänzungsleistungen und Arbeitslosenhilfen, tesi Friborgo 1999, pag. 434 cifre marg. 1088 seg.). Detto altrimenti, l'art. 7 n. 2 del regolamento (CEE) n. 1612/68 ha carattere sussidiario rispetto alle prestazioni di sicurezza sociale (HEINZ-DIETRICH STEINMEYER, in: Maximilian Fuchs [ed.], op. cit., n. 5 segg. all'art. 7 del regolamento (CEE) n. 1612/68; PATRICIA USINGER-EGGER, Ausgewählte Rechtsfragen des Arbeitslosenversicherungsrechts im Verhältnis Schweiz-EU, in: Thomas Gächter [ed.], Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz, Erfahrungen und Perspektiven, 2006, pag. 39 n. 35; SILVIA BUCHER, Soziale Sicherheit, beitragsunabhängige Sonderleistungen und soziale Vergünstigungen, in: RSAS 2000 pag. 358 seg.).

4.4

4.4.1 Il Tribunale federale delle assicurazioni ha stabilito, prima dell'entrata in vigore dell'ALC, che il riconoscimento di indennità per cambiamento di occupazione ai sensi dell'art. 86 OPI presupponeva, giusta il diritto interno, la residenza effettiva in Svizzera così come l'intenzione di conservarla per un determinato periodo e di farne il centro delle relazioni personali (DTF 126 V 198 consid. 3a pag. 205).

4.4.2 Questa giurisprudenza non è applicabile alle relazioni rette dall'ALC. Trattandosi del campo di applicazione personale dell'art. 9 n. 2 dell'Allegato I ALC, giova in effetti rilevare che i lavoratori frontalieri possono parimenti prevalersi delle disposizioni sui

vantaggi sociali (sentenza Meints, precitata, n. 51, in tema di indennità versata una tantum a lavoratori agricoli non più vincolati da un rapporto di lavoro a causa della messa a riposo dei terreni del vecchio datore di lavoro). La giurisprudenza della CGCE ammette certo delle eccezioni nel caso di lavoratori che esercitano un'attività meramente accessoria o marginale in uno Stato membro diverso da quello di residenza (sentenze della CGCE del 18 luglio 2007, Geven, C-213/05, Racc. 2007, pag. I-6347 [in tema di assegnoeducativo rivendicato da una lavoratrice occupata tra tre e quattordici ore alla settimana]; del 18 luglio 2007, Hartmann, C-212/05, Racc. 2007, pag. I-6303, n. 35 [in tema di attività lavorativa superante la soglia dell'attività di entità trascurabile]; del 23 marzo1982, Levin, C-53/81, Racc. 1982, pag. 1035; cfr., su questa questione, FRANCIS KESSLER, L'exportation des avantages sociaux soumise à de nouvelles conditions "d'intégration" ou "d'attaches économiques et sociales" par la CJCE, Revue de droit sanitaire et social n. 6, novembre-dicembre 2007, pag. 1016 segg.).

4.4.3 Nel caso di specie, l'opponente lavorava in Svizzera sulla base di una durata lavorativa di 43 ore settimanali, prima di essere costretto a cessare la propria attività per causa della pericolosità di quest'ultima. La sua situazione presenta analogie evidenti con l'indennità connessa con la cessazione forzata di un'occupazione contemplata dalla sentenza Meints. Si deve quindi ammettere che l'opponente, anche se lavoratore frontaliere, possa prevalersi delle disposizioni sui vantaggi sociali per ottenere il versamento dell'indennità litigiosa. In questo senso si è pure espresso l'UFAS nella sua circolare precitata.

4.5

4.5.1 Secondo la costante giurisprudenza della CGCE, il principio della parità di trattamento sancito dall'art. 7 del regolamento (CEE) n. 1612/68 vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma dissimulata di discriminazione, che, in applicazione di altri criteri di distinzione, conduca di fatto allo stesso risultato. Devono pertanto essere indirettamente discriminatorie le condizioni poste dall'ordinamento nazionale le quali, benché indistintamente applicabili secondo la cittadinanza, riguardino essenzialmente o in grande parte i lavoratori migranti (sentenze della CGCE del 23 maggio 1996, O'Flynn, C-237/94, Racc. 1996, pag. I-2617, n. 17 e 18; del 21 novembre 1991, Le Manoir, C-27/91, Racc. 1991, pag. I-5531, n. 10; cfr. pure

DTF 131 V 390 consid. 5.1 pag. 397). Una soluzione diversa è ammissibile solo se le dette disposizioni siano giustificate da considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza dei lavoratori interessati, e se siano adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale (sentenze della CGCE del 10 marzo 1993, Commissione/Granducato del Lussemburgo, C-111/91, Racc. 1993, pag. I-817, n. 12; del 2 agosto 1993, Allué e altri, C-259/91 / C-331/91 / C-332/91, Racc. 1993, pag. I-4309, n. 15). Nell'ambito dei vantaggi sociali, il principio del divieto di discriminazione indiretta può pertanto fare obbligo ad uno Stato membro di trattare delle situazioni che si sono prodotte in un altro Stato membro nello stesso modo come se si fossero realizzate sotto la propria legislazione (sentenza della CGCE del 30 novembre 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, Racc. 2000, pag. I-10497, in tema di presa in considerazione di una carriera professionale effettuata parzialmente all'estero ai fini della promozione degli insegnanti ed assistenti).

4.5.2 Si pone quindi la questione di sapere se le condizioni alle quali la legislazione svizzera subordina il riconoscimento dell'indennità per cambiamento di occupazione - e più precisamente l'esistenza di un'attività presso un'impresa assoggettata all'assicurazione obbligatoria durante almeno 300 giorni - siano discriminatorie nei confronti dei cittadini comunitari rispetto ai cittadini svizzeri. A priori si osserva che detta condizione non è costitutiva di una discriminazione diretta. In effetti, i cittadini svizzeri e stranieri possono indistintamente soddisfare questo requisito. Per contro, è evidentemente più facile per un cittadino svizzero che per una persona di cittadinanza estera l'adempimento del presupposto litigioso. In questo senso la condizione è quindi indirettamente discriminatoria, a meno di essere oggettivamente giustificata e adeguata allo scopo contemplato.

4.5.3 Come rilevato dalla giurisprudenza (DTF 126 V 363), l'esigenza della durata minima dell'impiego (300 giorni nel corso dei due anni precedenti l'emanazione della decisione di esclusione o il cambiamento d'occupazione effettivamente avvenuto per motivi medici) presso un datore di lavoro assoggettato all'assicurazione è essenzialmente motivata dal fatto che l'indennità per cambiamento di occupazione configura una prestazione contributiva. L'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali è infatti finanziata dal datore di lavoro (art. 91 cpv. 1 LAINF) e i premi da lui

versati sono proporzionati ai rischi presenti nella sua azienda (art. 92 cpv. 2 LAINF). Solo il datore di lavoro di un lavoratore assoggettato all'assicurazione - in linea di principio un lavoratore occupato in Svizzera (art. 1a LAINF) - è sottoposto a questo obbligo di finanziamento. I poteri pubblici non partecipano al finanziamento dell'assicurazione obbligatoria. Neppure il datore di lavoro di un salariato non occupato in Svizzera partecipa ai costi dell'assicurazione. Sono ragioni oggettive e fondate che portano a non semplicemente totalizzare, nel calcolo del periodo di 300 giorni, i periodi di attività pericolosa esercitata presso un datore di lavoro non assoggettato alla LAINF e i periodi svolti alle dipendenze di un datore invece sottoposto a questa legge. Il giudizio impugnato, che ordina una totalizzazione pura e semplice, non può quindi essere tutelato.

4.5.4 Ciò nondimeno, la condizione di un impiego di una durata di 300 giorni presso un datore di lavoro assoggettato alla LAINF è suscettibile di colpire in misura più importante i lavoratori migranti rispetto ai lavoratori nazionali. Ci si deve pertanto chiedere se il rifiuto di ogni indennità sia in concreto proporzionato allo scopo contemplato. La soluzione a tale quesito va ricercata tenendo conto della seguente duplice esigenza: da una parte, dell'esigenza di assimilare i fatti comparabili - cioè l'attività pericolosa - prodottisi in un'azienda (all'estero) non assoggettata alla LAINF; dall'altra, del carattere contributivo dell'indennità che è finanziata, come si è visto, esclusivamente dal datore di lavoro. La soluzione preconizzata a titolo sussidiario dall'Istituto ricorrente permette di conciliare questa duplice esigenza con il principio della proporzionalità. Ne consegue, quindi, nella specie che l'importo dell'indennità per cambiamento di occupazione normalmente dovuta deve essere ridotto e stabilito in misura proporzionata al rapporto fra il periodo di attività esercitata alle dipendenze del datore di lavoro assoggettato alla LAINF e i 300 giorni di cui all'art. 86 cpv. 1 lett. b OPI. Il riconoscimento dell'indennità in oggetto presuppone tuttavia che l'opponente abbia esercitato la stessa attività pericolosa presso un'impresa in Italia e che tutte le altre condizioni del diritto alla prestazione siano adempiute, temi questi che l'INSAI sarà tenuto a verificare.

5. Per quanto precede, si giustifica di accogliere parzialmente il gravame e di riformare il giudizio impugnato nel senso appena indicato.

6. Visto l'esito del gravame, le spese processuali vengono ripartite fra le parti. Parzialmente vincente in lite, l'opponente, rappresentato da un'organizzazione sindacale, ha diritto a ripetibili ridotte.