

Accordo CH – UE sulla libera circolazione delle persone: novità, conferme (e qualche incognita)

Maratona del diritto, 18 novembre 2017

Prof. Dr. Federica De Rossa Gisimundo
Università della Svizzera italiana, Istituto di Diritto

Novità e incognite politico - istituzionali

- Strategia di politica estera 2016 – 2019. Rapporto sugli indirizzi strategici per la legislatura, adottato dal CF (febbraio 2016):
 - uno dei quattro assi strategici è costituito dal consolidamento e da un rinnovo della via bilaterale per rafforzare le relazioni con l'Unione europea e gli Stati dell'UE/AELS.
- Estensione alla Croazia dell'ALC, dopo una sospensione di diversi anni a seguito dell'approvazione dell'iniziativa popolare "contro l'immigrazione di massa".
 - Modifiche OLCP del 21 dicembre 2016 (RU 2016 5113)
 - Modifiche OLCP del 10 maggio 2017 (RU 2017 3093)
- Da gennaio 2017: associazione completa della CH al programma di ricerca UE «Horizon 2020» (forte impatto negli ambiti accademici per i fondi di ricerca)
- Attuazione dell'iniziativa popolare “contro l'immigrazione di massa”: modifica del 16 dicembre 2016 della Legge federale sugli stranieri (Regolazione dell'immigrazione e miglioramenti nell'esecuzione degli accordi sulla libera circolazione) FF 2016 7955. Entrata in vigore: 1 gennaio 2018.
- Continuazione dei negoziati sull'Accordo istituzionale.
- Attuazione dell'iniziativa popolare “per l'espulsione degli stranieri che commettono reati”, entrata in vigore il 1. ottobre 2016 (nuovi art. 66a segg. CP): rapporto con l'ALC?
- Alcune incognite legate agli esiti futuri delle varie iniziative popolari ancora in sospeso (RASA, Iniziativa per l'autodeterminazione, Priorità ai lavoratori indigeni, Iniziativa UDC contro la libera circolazione, ecc.).

Novità, conferme e incognite giurisprudenziali – alcune tematiche di rilievo nella giurisprudenza recente

- Art. 16 § 2 ALC e applicazione dinamica dell'Accordo
- Trattamento fiscale dei redditi nel contesto della libera circolazione
- Statuto di lavoratore
- Entrata e soggiorno di una durata massima di tre mesi senza attività lucrativa
- Revoca o mancato rinnovo del permesso per motivi di ordine pubblico. Impatto dell'espulsione penale sull'ALC?
- ALC e doppia cittadinanza
- ALC e assegni di famiglia cantonali

Art. 16 § 2 ALC e applicazione dinamica dell'Accordo

- **Art. 16 §2 ALC:**

Nella misura in cui l'applicazione del presente Accordo implica nozioni di diritto comunitario, si terrà conto della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia delle Comunità europee precedente alla data della sua firma. La giurisprudenza della Corte successiva alla firma del presente Accordo verrà comunicata alla Svizzera. (...)

- **DTF 136 II 5 e 136 II 65:** Adattamento dinamico all'evoluzione della giurisprudenza UE

Il Tribunale federale può, senza esservi tenuto, prendere in considerazione («*in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen*») nell'interpretazione dell'Accordo anche delle sentenze posteriori (ed in particolare dei cambiamenti di giurisprudenza), con l'obiettivo di non pregiudicare l'intento delle parti di realizzare, nei settori interessati dall'Accordo stesso, una situazione giuridica parallela («*eine parallele Rechtslage*») tra gli Stati membri UE e tra questi e la Svizzera, posto che è sempre possibile scostarsi dalla posizione giuridica della Corte in presenza di fondati motivi.

- **DTF 142 II 35, consid. 3.2.**

Principio confermato anche dopo l'introduzione dell'art. 121a Cost. («iniziativa del 9 febbraio 2014 contro l'immigrazione di massa»)

Trattamento fiscale dei redditi nel contesto della libera circolazione

- Art. 21 ALC: rapporto dell'ALC con il diritto tributario:
 - le disposizioni dell'ALC lasciano impregiudicate le disposizioni degli accordi bilaterali in materia di doppia imposizione;
 - nessun elemento dell'ALC vieta alle parti contraenti di operare distinzioni, nell'applicare le disposizioni pertinenti della loro normativa tributaria, tra contribuenti la cui situazione non è comparabile, segnatamente per quanto riguarda il luogo di residenza;
 - nessun elemento dell'ALC vieta alle parti contraenti di adottare o di applicare misure volte a garantire l'imposizione, il pagamento o il recupero effettivo delle imposte o a prevenire l'evasione fiscale conformemente alle disposizioni della normativa tributaria nazionale di una parte contraente o agli accordi volti ad evitare la doppia imposizione, oppure di altre intese fiscali.
- Art. 2 ALC: clausola generale di non discriminazione: i cittadini di una parte contraente che soggiornano legalmente sul territorio di un'altra parte contraente non sono oggetto di alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità.
- Art. 9 cpv. 2 All. I ALC: Il lavoratore dipendente e i membri della sua famiglia (art. 3 All. I) godono degli stessi vantaggi fiscali e sociali dei lavoratori dipendenti nazionali e dei membri delle loro famiglie.

Trattamento fiscale dei redditi nel contesto della libera circolazione

- **DTF 136 II 241:**

Il divieto di discriminazione degli art. 2 ALC e 9 cpv. 2 All. I ALC è direttamente applicabile e prevale sulle disposizioni contrarie contenute nella legislazione federale sull'imposta federale diretta e sull'armonizzazione fiscale.

Per un contribuente tassato alla fonte deve quindi valere il medesimo regime per le deduzioni fiscali di quello applicato ai contribuenti sottoposti all'imposizione ordinaria (consid. 16).

Il regime delle deduzioni forfettarie previsto nelle tariffe d'imposizione alla fonte in base al diritto federale e cantonale viola il divieto di discriminazione di cui agli art. 2 ALC e 9 cpv. 2 All. I ALC, per i «quasi residenti».

- **DTF 140 II 167:**

Incompatibilità dell'art. 38 cpv. 4 LAID con l'ALC, anche tenendo conto dei motivi giustificativi (imposta alla fonte quale misura volta a garantire l'imposizione) di cui all'art. 21 cpv. 3 ALC

Trattamento fiscale dei redditi nel contesto della libera circolazione

- **Sentenza CGUE del 21 settembre 2016, C- 478/15 *Radgen*:**

I principi di non discriminazione e della parità di trattamento (art. 2 ALC e art. 9 All. I ALC) ostano a che la normativa fiscale tedesca non conceda ad un cittadino residente in Germania, integralmente assoggettato all'imposta sui redditi, il beneficio di un'esenzione dei redditi che egli ha conseguito con un'attività accessoria di insegnamento, svolta per un ente di diritto pubblico in Svizzera facendo uso del suo diritto alla libera circolazione, mentre la stessa esenzione sarebbe stata concessa se tale attività fosse stata esercitata al servizio di un ente di diritto pubblico stabilita in Germania o in un altro Stato UE.

- **Sentenza CGUE del 19 novembre 2015, C-241/14 *Bukovansky*:**

Rapporto tra una CDI e ALC. Validità della CDI riservata dall'art. 21 §2 ALC. Ma Corte rammenta che anche nel contesto dell'ALC (art. 16 §2) ha valore la costante giurisprudenza della CGUE secondo cui le CDI possono stabilire liberamente dei fattori di collegamento per la ripartizione delle competenze tributarie tra Stati, ma gli Stati sono comunque tenuti anche in tale contesto a rispettare il principio della libera circolazione e la parità di trattamento. In sostanza: una CDI non può privare del suo effetto utile l'art. 9 §2 All. I ALC e compromettere così la libera circolazione.

Statuto di lavoratore

- **Art. 6 All. I ALC**

§1 Il lavoratore dipendente cittadino di una parte contraente (in appresso denominato lavoratore dipendente) che occupa un impiego di durata uguale o superiore a un anno al servizio di un datore di lavoro dello Stato ospitante riceve una carta di soggiorno (...)

- **DTF 141 II 1 consid. 2**

Nozione di lavoratore: nozione di diritto comunitario ripresa dalla giurisprudenza CGUE

Il cittadino può perdere lo statuto di lavoratore e vedersi quindi negare una proroga o revocare un permesso UE/AELS solo:

- Quando si trova in una situazione di disoccupazione volontaria
- Quando dal comportamento dello stesso occorre dedurre che non esiste (più) nessuna prospettiva reale che egli venga di nuovo impiegato in un lasso di tempo ragionevole
- Quando risulta aver adottato un comportamento abusivo, spostandosi ad esempio in un altro Stato contraente per esercitarvi un lavoro fittizio oppure di una durata estremamente limitata, con l'unico scopo di beneficiare di prestazioni sociali migliori di quelle che percepirebbe nel proprio Paese

Statuto di lavoratore

- **Sentenza del TF dell'8 marzo 2017, 2C_968/2016**

Attività lavorative esercitate per brevi periodi (ma regolarmente) e con entrate modeste, alternate ad indennità disoccupazione e prestazioni dell'aiuto sociale.

- Status di lavoratrice mantenuto poiché nessuna disoccupazione volontaria e nessuna prova di un comportamento abusivo
- Inoltre, ragionevoli prospettive di un impiego futuro per l'interessata, rafforzate da serie ricerche costanti di un lavoro con un dossier di candidatura considerato molto buono dall'ufficio di collocamento.
- Revoca del permesso di soggiorno annullata poiché la lavoratrice ai sensi dell'art. 6 All. I ALC, finché mantiene tale status, ha diritto ai medesimi vantaggi sociali di un lavoratore nazionale.

- **Sentenza del TF del 27 marzo 2017, 2C_813/2016**

Lavoratrice con contratto di durata indeterminata al 50% e stipendio modesto (CHF 2'100).

- Il tasso di attività ridotto non permette, da solo, di dedurre che si tratti di un'attività marginale e accessoria, irrilevante ai fini della qualifica di lavoratrice.
- Il fatto che il reddito non le non permetta di far fronte al mantenimento della sua famiglia e che lei debba eventualmente ricorrere all'aiuto sociale non comporta la decadenza dello statuto di lavoratrice, trattandosi di un vantaggio sociale di cui in tale qualità lei deve beneficiare come ogni lavoratore nazionale.

Entrata e soggiorno di una durata massima di tre mesi senza attività lucrativa

- **DTF 143 IV 97:**

Coniugi rumeni hanno organizzato un servizio di trasporto a titolo professionale di cittadini d'origine rom dalla Romania all'Italia, non ignorando il fatto che – data la loro indigenza – i soli mezzi di sussistenza di queste persone in Svizzera sarebbero stati accattonaggio, furti e prostituzione.

Prima condannati e poi assolti (tra l'altro) dal reato di incitazione all'entrata, alla partenza o al soggiorno illegali di cui all'art. 116 LStr.

Quesiti:

- entrata e soggiorno illegali alla luce dell'ALC?
- obbligo di disporre di mezzi finanziari necessari al soggiorno (art. 5 LStr) applicabile anche ai cittadini in questione, il cui soggiorno non superava i tre mesi?

- DTF 143 IV 97 (segue):

TF:

- Tenuto conto degli art. 1 I/1 All. 1 ALC; art. 9 OLCP; art. 10 ss. LStr., nonché delle direttive e circolari federali rilevanti, riservati i motivi di ordine pubblico (cfr. *infra*), i cittadini degli Stati firmatari dell'ALC possono prevalersi di questo accordo per entrare e soggiornare in Svizzera durante 3 mesi al massimo, senza svolgere alcuna attività lucrativa, alla sola condizione di presentare all'entrata un documento di identità valido.
- Non devono in particolare notificare il loro arrivo e non possono essere loro imposte ulteriori formalità, quali per esempio la prova della disponibilità di mezzi di sostentamento sufficienti per il loro soggiorno.
- L'art. 24 All. I ALC (carta per soggiorno senza attività economica) non si applica.

Revoca o mancato rinnovo del permesso

- **L'art. 5 All. I ALC in relazione con la LStr – alcuni principi costanti**

(es.: DTF 139 II 121, consid. 5.3 e STF del 16 gennaio 2017, 2C_887/2016)

- Il permesso di domicilio non è regolato nell'ALC e viene concesso in base alla LStr; i motivi ivi indicati sono validi anche per un divieto d'entrata o revoca di permesso nei confronti di uno straniero in «regime ALC».
- In simile contesto, assume ciò nondimeno rilievo l'art. 5 All. I ALC, a norma del quale *diritti conferiti dall'Accordo possono essere limitati soltanto da misure giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità*.
- Secondo la giurisprudenza CGUE ripresa dal TF, le deroghe alla libera circolazione garantita dall'ALC vanno interpretate in modo restrittivo. Il ricorso alla nozione di ordine pubblico presuppone il sussistere di una minaccia attuale, effettiva e sufficientemente grave di un interesse fondamentale per la società.
- Una condanna penale va di conseguenza considerata come motivo per limitare i diritti conferiti dall'Accordo solo se dalle circostanze che l'hanno determinata emerge un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico.
- Le esigenze sono quindi più elevate di quelle previste dalla LStr applicabili agli altri stranieri provenienti da Paesi non UE.

Revoca o mancato rinnovo del permesso UE – alcuni casi recenti

- **Sentenza del TF del 7 settembre 2017, 2C_27/2017:**

La revoca di un permesso ad uno straniero nato e cresciuto in Svizzera (seconda generazione) non è a priori esclusa ma entra in considerazione solo se l'interessato ha commesso infrazioni molto gravi. Di regola preceduta da un ammonimento. In casu:

- gravità del reato; legami familiari che però non hanno fatto desistere l'interessato dagli atti criminosi
- In questo senso, cfr. anche 2C_695/2016 del 1 dicembre 2016: infrazione grave alla Lstup, quando era appena nato il suo quarto figlio. TF conferma l'ammissibilità della revoca.

- **Sentenza del TF del 23 giugno 2017, 2C_176/2017:**

Trascorso giudiziario pesante ma lontano nel tempo, precedente alla nascita dei figli

- Evoluzione positiva del comportamento; due reati recenti, ma minori e dovuti alla situazione familiare in Svizzera (violazione divieto di entrata)
- Fattore familiare e reintegrazione professionale rilevanti nel giudizio → non costituisce più una minaccia grave. Ricongiungimento familiare concesso.

- **Sentenza del TF dell'8 dicembre 2016, 2C_74/2016:**

Quadro piuttosto negativo di una persona incline a delinquere ma in miglioramento negli ultimi quattro anni prima della decisione.

- Nessuna revoca perché non costituisce più una minaccia effettiva.

Espulsione penale e ALC

- **Espulsione penale (in particolare, espulsione obbligatoria)**

Art. 66a CP (per un caso di applicazione, cfr. DTF 143 IV 168)

1. Il giudice *espelle* dal territorio svizzero per un tempo da cinque a quindici anni lo straniero condannato per uno dei seguenti reati, a prescindere dall'entità della pena inflitta: *(lett. a – o)*

2. Il giudice *può rinunciare eccezionalmente* a pronunciare l'espulsione se questa costituirebbe per lo straniero un grave caso di rigore personale e l'interesse pubblico all'espulsione non prevale sull'interesse privato dello straniero a rimanere in Svizzera. Tiene in ogni modo conto della situazione particolare dello straniero nato o cresciuto in Svizzera.

→ Automatismo della misura

→ Carattere eccezionale dei casi di rigore

- Compatibilità con art. 5 All. I ALC (oltre che con la CEDU e il Patto ONU II)?
 - Art. 5 All. I ALC impone sempre un bilanciamento degli interessi
 - e la presa in considerazione della situazione personale di tutti gli stranieri

- Elementi da prendere in considerazione:

- Artt. 5 IV e 190 Cost. fed.
- Prassi costante del TF riguardo al rapporto tra ALC e diritto interno (contrario), ad es.: **DTF 136 II 241, consid. 16.1 e 16.2**

Lorsqu'une contradiction insurmontable entre les deux ordres juridiques est constatée, le Tribunal fédéral s'en tient à sa jurisprudence (ATF 125 II 417 consid. 4d p. 424), selon laquelle le droit international public l'emporte en principe sur le droit interne,

spécialement lorsque la norme internationale a pour objet la protection des droits de l'homme (ATF 122 II 485 consid. 3a p. 487), mais également en dehors de toute question de protection des droits de l'homme (ATF 122 II 234 consid. 4e p. 239), de sorte qu'une disposition légale de droit interne contraire ne peut trouver d'application.

Le Tribunal fédéral a constaté dans cette même ligne que l'art. 9 al. 2 annexe I ALCP et l'interdiction de discrimination l'emportait sur le droit interne contraire et avait un effet direct (...).

ALC e doppia cittadinanza

- **DTF 136 II 177, consid. 3.1.**

ALC applicabile a cittadini con doppia nazionalità senza domandarsi preliminarmente se essi avessero effettivamente esercitato la libera circolazione (situazione puramente interna).

- **Sentenza CGUE del 5 maggio 2011, C-434/09 *McCarthy***

Una cittadina con doppia nazionalità che si trova in una “situazione puramente interna” (che non ha mai esercitato il diritto di libera circolazione ma che ha sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza, possedendo pure quella di un altro Stato membro), non può prevalersi del diritto al ricongiungimento familiare (in favore del coniuge proveniente da uno Stato extra-UE).

- **DTF 143 II 57 (ricongiungimento familiare e doppia cittadinanza)**

Suocera (cittadina extra-UE) chiede il ricongiungimento familiare in Svizzera (art. 3 all. I ALC) con la nuora (cittadina svizzera e francese), che si è trasferita dalla Francia in Svizzera, vent'anni prima di sposarsi.

Giudici cantonali: diniego fondato sulla giurisprudenza McCarthy.

- DTF 143 II 57 (segue)

TF:

- Non si tratta di una «situazione puramente interna» ai sensi della giurisprudenza McCarthy: in passato, la nuora ha vissuto anche in Francia.
- La nuora si è sposata con il figlio quando era già in Svizzera da oltre vent'anni. Legami familiari con la suocera sviluppati in Svizzera. Dal punto di vista del ricongiungimento familiare, si tratta quindi di una situazione puramente interna (sentenza CGUE del 12 marzo 2014, C-456/12, O e B).
- In definitiva: affinché il cittadino di un Paese terzo, membro della famiglia di un cittadino con doppia nazionalità (svizzera e francese), possa prevalersi di un diritto di soggiorno derivante dall'ALC (diritto al ricongiungimento familiare), occorre che i legami familiari determinanti siano stati creati o si siano rafforzati prima del rientro in Svizzera della persona di riferimento.

● **DTF 143 V 81 (prestazioni complementari, nesso transfrontaliero e doppia cittadinanza)**

Cittadina dominicana, sposata con cittadino svizzero e italiano, beneficiaria di rendita AI e di prestazioni assistenziali. Residenti in Svizzera. Diniego della domanda di prestazioni complementari (PC).

Quesito: possibile fondare il diritto a percepire PC sull'ALC?

- Per l'applicazione dell'ALC, oltre alla condizione dello status familiare è necessario un nesso transfrontaliero.
- Quest'ultimo non è dato dal semplice possesso di una doppia nazionalità (dello Stato in cui si risiede e di un altro Stato UE), bensì dall'esercizio effettivo del proprio diritto di libera circolazione nel territorio di uno Stato membro → giurisprudenza *McCarthy*.
- Nessun diritto alle PC deducibile dall'ALC per la ricorrente.

ALC e assegni di famiglia cantonali

- DTF 143 I 1:

- Gli assegni integrativi e gli assegni di prima infanzia previsti dalla legislazione ticinese sono retti esclusivamente dal diritto cantonale. Non è lesivo della parità di trattamento prevedere condizioni diverse di residenza per cittadini svizzeri e stranieri, i quali devono soddisfare esigenze accresciute di integrazione.
- Lasciata indecisa la questione se la disciplina cantonale violi l'ALC: al riguardo, «... il ricorso non contiene alcuna motivazione (art. 42 LTF). A ciò si aggiunga che ora non è possibile affermare d'acchito che le disposizioni cantonali contestate siano contrarie al diritto comunitario, alla luce della molteplicità di situazioni che si potrebbero porre (cittadini svizzeri, stranieri fuori UE, UE residenti in Svizzera, frontalieri, lavoratori, non attivi, studenti, indipendenti, ecc.). In tal senso, nemmeno occorre statuire ora sulla compatibilità della nuova normativa ticinese rispetto ai lavoratori in possesso della cittadinanza di uno Stato dell'Unione europea.»

Conclusione

Grazie per la vostra attenzione.