

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

I- 2013

Federica De Rossa Gisimundo

**Accordi bilaterali Svizzera – Unione Europea:
temi ricorrenti e tendenze, tra staticità
(istituzionale) e dinamismo (giurisprudenziale)**

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedroli, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedroli@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Ufficio della legislazione, delle pari opportunità e della trasparenza,
6501 Bellinzona (e-mail: rtid@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Hägendorf

Coordinamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: gibi.borghi@unifr.ch

Stampa: Tipografia Mazzoni Moduli SA - 6595 Riazzino
e-mail: mazzoni-moduli@ticino.com

Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-3406-1 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-039-6 (Repubblica e Cantone Ticino)

Accordi bilaterali Svizzera – Unione Europea: temi ricorrenti e tendenze, tra staticità (istituzionale) e dinamismo (giurisprudenziale)

Considerazioni alla luce dell'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone

*Federica De Rossa Gisimundo**

1. Introduzione: i rapporti Svizzera – UE tra staticità e dinamismo
2. L'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone da parte del Tribunale federale e della Corte di giustizia
 - 2.1. I principali diritti conferiti dall'Accordo e la sua natura statica
 - 2.2. L'applicazione dell'Accordo ed il suo adattamento costante
 - 2.3. L'approccio dinamico del Tribunale federale vs. l'attitudine conservatrice della Corte di giustizia
3. Prospettive future e rilievi conclusivi

1. Introduzione: i rapporti Svizzera – UE tra staticità e dinamismo

In un precedente contributo apparso su questa rivista¹, avevamo rilevato come il diritto comunitario espliciti un influsso crescente anche sull'ordinamento giuridico di uno Stato che, come la Svizzera, non appartiene all'Unione europea ed anche al di fuori degli ambiti oggetto di accordi internazionali: spinta dalla preoccupazione di garantire l'eurocompatibilità delle proprie leggi, la Svizzera ha infatti, dagli anni '90 in poi, at-

* Dr. iur., avvocato, Maître-assistante presso l'Istituto di diritto dell'Università della Svizzera italiana.

¹ FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO, Interpretazione del diritto svizzero secondo il diritto europeo recepito autonomamente?, in: RtiD I-2010, pag. 329 segg. (citato Interpretazione).

tuato in maniera volontaria e senza garanzia di reciprocità² un processo più o meno sistematico (ancorché selettivo, dettato prevalentemente da motivi economici e comunque talvolta inefficiente ed inconsistente³) di controllo di compatibilità dei disegni legislativi con il diritto europeo, adeguando, laddove lo ritenesse opportuno, la propria normativa. In questi settori anche il Tribunale federale fornisce il suo prezioso contributo al processo di armonizzazione, facendo ricorso (se non come argomento vincolante, perlomeno come ausilio interpretativo⁴) alla cosiddetta «interpretazione conforme al diritto europeo»; tale giurisprudenza, pur con tutti gli inevitabili limiti metodologici, è a nostro avviso degna di nota per la logica dinamica in cui si iscrive, rispecchiando così in maniera appropriata la natura evolutiva del diritto derivato europeo.⁵

D'altro lato la Svizzera intesse le proprie relazioni con l'Unione tramite l'adozione di una serie di Accordi bilaterali settoriali⁶ che rendono di-

² Significativo è il caso dell'introduzione unilaterale del principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali, detto principio del *Cassis de Dijon*, nella legislazione federale contro gli ostacoli tecnici al commercio (LOTC): cfr., per molti, SIMON BÜHLER/REMO WAGNER, *Einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon Prinzips durch die Schweiz*, in: A.-C. Tanner/C. Siebeneck/B. Brändli (a cura di), *Schweiz und Europa*, Berna, 2011, pag. 305 segg.

³ Pur essendo l'impiego di tale termine sempre più inflazionato, nella sostanza l'operazione di controllo viene in realtà effettuata senza grossi investimenti di denaro e rimane superficiale, non di rado limitata alla constatazione di una mera *Zielkonformität*, nell'ambito della quale il legislatore si accontenta di una generica, globale compatibilità, senza che ciò impedisca la sussistenza di sostanziali divergenze suscettibili di diventare fonte di insicurezza giuridica: cfr. al riguardo PETER JUNG, *Das Argument der Europakompatibilität im schweizerischen Privatrecht*, in: *ZSR/RDS* 2010 I/5, pag. 513 segg., pag. 546 seg.

⁴ *Auslegungshilfe*. Cfr. ad esempio, DTF 137 II 199, consid. 4.3.1: «*Nach der Rechtsprechung ist insbesondere autonom nachvollzogenes EU-Recht europarechtskonform auszulegen, weil es dem Gesetzgeber diesfalls darum ging, eine parallele Regelung zu schaffen.*»

⁵ Cfr. al riguardo DE ROSSA GISIMUNDO, *Interpretazione*, in part. pag. 347 segg.

⁶ Al primo accordo sul libero scambio (Accordo di libero scambio AELS – UE), risalente al 1972, hanno fatto seguito nel 1989 l'Accordo sulle assicurazioni e nel 1990 l'Accordo sulla facilitazione e la sicurezza doganale (riveduto nel 2009). Dopo il rifiuto di aderire allo Spazio economico europeo (SEE) nel 1992, la Svizzera ha firmato con l'Unione europea un primo pacchetto di accordi nel 1999 (Bilaterali I: libera circolazione delle persone; ostacoli tecnici al commercio; appalti pubblici; agricoltura; trasporti terrestri; trasporto aereo; ricerca) ed un secondo nel 2004 (Bilaterali II:

rettamente applicabili, anche se con delle particolarità legate alla natura della ripresa dell'*acquis*⁷, interi ambiti del diritto comunitario imponendo al nostro Paese di adeguare il proprio diritto interno. Tali accordi si caratterizzano di regola per la loro natura statica, nel senso che tendono ad assicurare la compatibilità della normativa con il diritto in vigore al momento dell'adozione dell'accordo stesso⁸. L'adattamento del diritto bila-

Schengen/Dublino, fiscalità del risparmio, lotta contro la frode, prodotti agricoli trasformati, ambiente, statistica, MEDIA, pensioni). Nel 2010 è stato infine firmato l'Accordo sull'educazione, la formazione professionale e la gioventù. Oggi sono in corso ulteriori negoziati, segnatamente nel settore energetico (dossier elettricità/energia), della concorrenza, dell'agricoltura, della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Sugli Accordi bilaterali e sul loro contenuto si veda, per molti, DANIEL FELDER/CHRISTINE KADDOUS (a cura di), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Basilea/Ginevra/Bruxelles 2001; CHRISTIN KADDOUS/MONIQUE JAMETTI GREINER (a cura di), *Accords bilatéraux II Suisse - UE et autres Accords récents*, Basilea 2006; DANIEL THÜRER ET AL. (a cura di), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU: Ein Handbuch*, Zurigo 2007; MICHELE ROSSI/FULVIO CAMPELLO (a cura di), *Accordi bilaterali Svizzera - Unione europea: atti della giornata di studio del 4 giugno 2007*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (CFPG), Lugano/Basilea 2009.

⁷ Ad eccezione dell'Accordo sul trasporto aereo e degli Accordi Schengen/Dublino che prevedono l'adozione (alla lettera) dell'*acquis* UE, non si tratta infatti di una vera e propria trasposizione del diritto europeo nel diritto svizzero; di regola, gli accordi settoriali con l'Unione si basano sul *principio dell'equivalenza* della legislazione delle parti contraenti (per un esempio in relazione all'Accordo sulla libera circolazione delle persone, cfr. *infra*, cap. 2.) che di fatto comunque impone alla Svizzera di modificare, emanare o abrogare numerosi atti normativi al fine di conformare il proprio ordinamento giuridico al diritto europeo cui fanno riferimento gli accordi stessi. Si veda al riguardo, per molti, CHRISTINE KADDOUS, *L'influence du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, in: AAVV, *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Parigi 2006, pag. 407 segg. (citato *L'influence du droit communautaire*).

⁸ Cfr., per molti, REINER J. SCHWEIZER, *Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet*, in: A. Epiney/F. Rivière (a cura di), *Interprétation et application des «traités d'intégration»*, Zurigo 2006, pag. 23 segg., pag. 38 seg. e CHRISTINE KADDOUS, *L'influence du droit communautaire*, pag. 422.

Vi sono tuttavia rare, anche se significative eccezioni: gli Accordi Schengen e Dublino, assieme all'Accordo sul traffico aereo, contemplano estesi obblighi di ripresa dell'*acquis* comunitario e di adattamento all'evoluzione ulteriore; i primi prevedono ad esempio un vincolo della Confederazione svizzera agli atti menzionati negli allegati degli accordi e al loro ulteriore sviluppo, disciplinando negli accordi stessi il meccanismo di adattamento del diritto svizzero. Per maggiori dettagli sulla relativa procedura, ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, *Zur Parallelität der*

terale alle successive evoluzioni della normativa europea avviene, secondo procedure istituzionali assai lunghe e complesse, in seno ai comitati misti⁹, ove le effettive possibilità dei funzionari svizzeri di condizionare l'impostazione del diritto svizzero sono tutto sommato comunque limitate.¹⁰

Oggi, tuttavia, la gestione delle relazioni con l'Unione ed i suoi Stati membri, soprattutto per quanto attiene alle questioni di natura istituzionale ed ai meccanismi di adeguamento automatico del diritto, sta diventando sempre più complessa per la Svizzera, che è sottoposta a notevoli pressioni da parte dell'UE.¹¹ Insomma, il nostro Paese si trova imbricato in un processo di «europeizzazione» che avviene secondo modalità e con intensità diverse in funzione degli ambiti interessati, ma è ineluttabile, anche se sovente combattuto tra la volontà di garantire, perlomeno in ambiti selezionati, un parallelismo tra i due ordinamenti giuridici e l'esigenza, dichiarata imprescindibile, di preservare la sovranità dello Stato elvetico scartando ogni ipotesi di integrazione più profonda rispetto allo stato attuale.

In questo contesto, la giurisprudenza sviluppata dalle autorità svizzere di applicazione rivela per contro un notevole pragmatismo e dinamismo, che ne fanno senz'altro un prezioso strumento di armonizzazione. Il presente contributo si propone di passare in rassegna, senza pretesa di esaustività, alcune tra le tematiche più significative affrontate dalla giurisprudenza nei primi dieci anni di applicazione del diritto bilaterale (ed in

Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zurigo 2012 (citato Parallelität), pag. 151 segg. (per la legislazione) e pag. 175 segg. (per la ripresa della giurisprudenza).

⁹ Di regola, ciascun accordo è gestito da un comitato misto composto pariteticamente da rappresentanti delle parti contraenti e le cui competenze sono stabilite nell'accordo stesso; esso si pronuncia tra l'altro (all'unanimità) sulla ripresa di un nuovo atto giuridico dell'UE.

¹⁰ Cfr., per molti, JUNG, pag. 547 seg. e MATTHIAS OESCH, Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU, in: J.-B. Zufferey/J. Dubey/A. Previtali (a cura di), L'homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zurigo 2011, pag. 361 segg., pag. 379 (citato Auslegung und Weiterentwicklung).

¹¹ Cfr. *infra*, cap. 3.

particolare dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone¹² che, tra gli accordi che compongono il primo pacchetto, è sicuramente quello che ha generato maggiore giurisprudenza¹³, oltre che un importante impatto politico). Tale analisi offre nel contempo interessanti spunti di riflessione in merito alla dualità tra staticità (istituzionale) e dinamismo (giurisprudenziale) appena evocata: essa mostra infatti come il Tribunale federale si sforzi di mantenere la coerenza tra il diritto dell'Unione e l'applica-

¹² 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 (RS 0.142.112.681, citato ALC).

¹³ Tra quelli che compongono il secondo pacchetto, sono invece gli Accordi di associazione Schengen/Dubliino ad occupare maggiormente i Tribunali; la relativa giurisprudenza non sarà trattata nel presente contributo.

I casi di giurisprudenza relativi all'applicazione degli altri accordi, sia da parte della Corte di giustizia che da parte del Tribunale federale, sono invece per ora assai rari. Degna di nota è la sentenza della Corte giust. del 7 marzo 2013, causa C-547/10 P, *Confederazione svizzera/Commissione europea*, resa in applicazione dell'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea sul trasporto aereo (RS 0.748.127.192.68) nell'ambito di una vertenza sorta tra la Svizzera e la Germania a seguito dell'adozione da parte di quest'ultima di disposizioni che stabiliscono specifiche procedure per gli atterraggi e i decolli all'aeroporto di Zurigo, al fine di ridurre l'inquinamento acustico al quale i comuni di frontiera germanici sono esposti a causa del sorvolo degli aerei a bassa quota. In tale contesto, la Corte di giustizia ha integralmente respinto le argomentazioni della Svizzera e confermato (come già fatto in precedenza dal Tribunale dell'Unione: cfr. causa T- 319/05) l'ammissibilità delle misure adottate dalla Germania. Si noti che nel frattempo, il 4 settembre 2012, Svizzera e Germania hanno firmato un accordo sul traffico aereo (cfr. al riguardo CLÉMENTINE MAZILLE, *Aéroport de Zurich. Signature d'un accord entre la Suisse et l'Allemagne*, actualité CEJE du 13 septembre 2012).

Va inoltre segnalata la DTF 135 II 243, nella quale il Tribunale federale ha stabilito che l'estensione di una denominazione di origine controllata (DOC) al di là delle frontiere nazionali attuata dal Canton Ginevra mediante un regolamento che prevedeva che anche i vini ottenuti da vigneti situati in Francia, nella zona di frontiera, i cui proprietari o usufruttuari sono domiciliati in Svizzera possono beneficiare delle DOC è contraria all'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea sul commercio di prodotti agricoli (RS 0.916.026.81). L'Accordo in effetti circoscrive chiaramente le DOC all'interno dei confini nazionali delle parti contraenti prevedendo che, affinché un prodotto vitivinicolo possa essere considerato originario di un paese, occorre che esso sia stato elaborato sul suo territorio a partire da uve interamente raccolte sul medesimo territorio; benché, a partire dalla data di entrata in vigore dell'Accordo, esista nell'ordinamento svizzero un vuoto giuridico riguardo ai vini di zone transfrontaliere, spetta alla Confederazione attivarsi per la modifica dell'Accordo.

zione degli Accordi, in favore del principio di una «*europakompatible Auslegung*»¹⁴, pur sempre rispettando il loro spirito statico e selettivo, mentre la Corte di giustizia dell'Unione¹⁵ tende ad attenersi con maggiore rigore alle regole interpretative stabilite dai Trattati internazionali, rimanendo più fedele al tenore letterale e agli obiettivi (restrittivi) degli Accordi.

2. L'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone da parte del Tribunale federale e della Corte di giustizia

2.1. I principali diritti conferiti dall'Accordo e la sua natura statica

L'ALC costituisce un esempio emblematico della staticità precedentemente evocata. Con l'Accordo, le parti contraenti hanno inteso «*attuare la libera circolazione delle persone tra loro basandosi sulle disposizioni applicate nella Comunità europea*» e, per conseguire tale obiettivo, si sono impegnate a «*prendere tutte le misure necessarie affinché nelle loro relazioni siano applicati diritti e obblighi equivalenti a quelli contenuti negli atti giuridici della Comunità europea ai quali viene fatto riferimento*»¹⁶. Esso contiene principalmente delle disposizioni *sui generis* che riprendono, letteralmente o in funzione del loro senso, determinati principi del diritto europeo; per il resto, si basa invece sul principio dell'equivalenza delle legislazioni¹⁷ richiamando gli atti legislativi comunitari che sono applicabili per la Svizzera.

Così, l'ALC riconosce i seguenti aspetti della libera circolazione comunitaria: la libera circolazione dei lavoratori dipendenti (art. 4 ALC e art. 6

¹⁴ MATTHIAS OESCH, *Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, in: SZIER 2011, pag. 583 segg., pag. 608 (citato *Niederlassungsfreiheit*).

¹⁵ In seguito citata Corte di giustizia.

¹⁶ Cfr. preambolo e art. 16 §1 ALC.

¹⁷ Sul principio dell'equivalenza delle legislazioni nell'ALC e sulla sua portata reale, cfr. ALVARO BORGHI, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Ginevra/Lugano/Bruxelles 2010, N 619 segg. ad art. 16.

segg. All. I), che conferisce ai cittadini di una parte contraente il diritto di esercitare un'attività salariata sul territorio di un'altra parte contraente come residente o frontaliero¹⁸; la libera circolazione dei lavoratori autonomi (art. 4 ALC e art. 12 segg. All. I), che garantisce al cittadino di una parte contraente il diritto di stabilirsi nel territorio di un'altra parte contraente per esercitarvi un'attività indipendente¹⁹; la libera prestazione dei servizi di breve durata (limitata cioè a 90 giorni di lavoro effettivo per anno civile, art. 5 ALC e art. 17 All. I)²⁰. L'Accordo prevede anche la libera circolazione di determinate categorie di persone che non esercitano un'attività economica, purché esse dimostrino tra l'altro di disporre, per sé e per i membri della propria famiglia, di mezzi finanziari sufficienti per non dover ricorrere all'assistenza sociale (art. 6 e art. 24 All. I)²¹. Riconosce altresì ai membri della famiglia (qualunque sia la loro cittadinanza) di un cittadino di una parte contraente avente un diritto di soggiorno il diritto di stabilirsi con esso (art. 3 All. I)²². Infine, prevede un

¹⁸ Cfr. *infra*, cap. 2.2.1.a).

¹⁹ Cfr. *infra*, cap. 2.2.1.b).

²⁰ Cfr. *infra*, cap. 2.2.1.c). Si tratta in realtà di una *agevolazione* della prestazione transfrontaliera di servizi di breve durata, che comporta un diritto di ingresso e di soggiorno per prestatori e destinatari di servizi provenienti dal territorio dell'altra parte contraente, ma non prevede un principio generale di parità di trattamento per quanto riguarda il loro status giuridico. L'integrazione nell'ALC della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno non entra al momento in considerazione per la Svizzera; per un'illustrazione dei possibili scenari di un suo ipotetico recepimento, cfr. MICHAEL RHEIN/JANA EBERMANN, *Die EU-Dienstleistungsrichtlinie in der Schweiz? Darstellung eines Harmonisierungsprozesses*, in: A.-C. Tanner/C. Siebeneck/B. Brändli (a cura di), *Schweiz und Europa*, Berna 2011, pag. 175 segg.

²¹ Per un esempio di applicazione significativo, cfr. DTF 135 II 265, nella quale il Tribunale federale ha sottolineato che la regolamentazione sui requisiti economici del soggiorno ha lo scopo di evitare che le finanze pubbliche dello Stato ospitante vengano gravate in maniera eccessiva. Per realizzare tale obiettivo è irrilevante la fonte (propria o di terzi) dalla quale provengono i mezzi di sussistenza dell'interessato, purché questi siano effettivamente a sua disposizione. Il diritto di soggiorno decade se l'interessato deve successivamente richiedere l'aiuto sociale o le prestazioni complementari.

²² Si noti che la giurisprudenza nell'ambito del diritto al ricongiungimento familiare occupa una parte molto importante nella casistica del Tribunale federale; per alcuni esempi, si veda *infra*, cap. 2.2.2.

meccanismo di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (art. 8 ALC e All. II)²³, il principio del reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali (art. 9 ALC e All. III)²⁴, nonché il principio di parità di trattamento in relazione all'acquisto di immobili (art. 25 All. I)²⁵.

In tale contesto, l'Accordo si fonda e prende come riferimento unicamente il diritto in vigore al momento della sua conclusione. Esso non genera per la Svizzera un obbligo di ripresa automatica degli sviluppi ulteriori dell'*acquis*: l'eventuale adattamento del diritto interno alle modifiche legislative intervenute dopo la firma dell'Accordo avviene in seno ad un Comitato misto che decide all'unanimità, consentendo così alla Svizzera di mantenere intatta la propria autonomia legislativa²⁶. Una modifica in questo senso è ad esempio già stata attuata nell'ambito del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale²⁷ e del riconoscimento reciproco delle qualifiche professionali²⁸.

È però evidente che, qualora la Svizzera non accetti di riprendere gli sviluppi del diritto derivato comunitario o fintantoché la (lunga) procedura di adeguamento non sia giunta a termine, l'applicazione statica del

²³ Per un esempio di applicazione di queste disposizioni da parte della Corte di giustizia, si vedano le sentenze del 14 ottobre 2010, causa C-16/09, *Gudrun Schwemmer*; del 18 novembre 2010, causa C-247/09, *Xhymshiti*; del 15 dicembre 2011, causa C-257/10, *Bergström* (cfr. *infra*, cap. 2.3.).

²⁴ Cfr. *infra*, cap. 2.2.1.e).

²⁵ Per un caso di applicazione, si veda la sentenza della Corte giust. dell'11 febbraio 2010, causa C-541/08, *Fokus Invest AG*, commentata *infra*, cap. 2.2.1.b).

²⁶ Cfr. gli art. 14 §3, 16, 17 e 18 ALC.

²⁷ Cfr. in particolare le decisioni del Comitato misto ALC n. 2/2003 del 15 luglio 2003, n. 1/2006 del 6 luglio 2006 e n. 1/2012 del 31 marzo 2012 che hanno modificato l'All. II adeguandolo ai nuovi atti giuridici dell'Unione nel frattempo entrati in vigore in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (regolamenti CE n. 1851/2003, n. 631/2004 e n. 883/2004). Sulle novità introdotte cfr. RAFAEL LÖTSCHER/CARMEN FÄHNDRICH, *Assurances sociales: Les nouveaux règlements UE*, in: TREX 2012, pag. 70 segg.

²⁸ Cfr. la decisione del Comitato misto ALC n. 2/2011 del 30 settembre 2011 che ha modificato l'All. III per tener conto della nuova direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali. In precedenza, il medesimo Allegato era già stato modificato segnatamente per introdurre il riconoscimento dei diplomi rilasciati dall'Accademia di architettura dell'USI (cfr. la decisione del Comitato misto ALC n. 1/2004 del 30 aprile 2004).

diritto bilaterale può condurre a soluzioni divergenti rispetto a quelle cui i giudici sarebbero pervenuti applicando il diritto dell'Unione. Il problema si è posto ad esempio nell'ambito di una controversia sorta dal rifiuto dell'Agenzia federale dell'impiego germanica di versare ad una cittadina albanese legalmente residente in Germania e coniugata con un cittadino kosovaro, pure legalmente residente in Germania e che lavora in Svizzera, un importo a titolo di assegni familiari corrispondente alla differenza tra gli assegni familiari svizzeri e quelli tedeschi per i due figli, entrambi di cittadinanza tedesca. In tale contesto, era determinante chiarire l'applicabilità del regolamento n. 859/2003, che estende i diritti concessi ai cittadini dell'UE dai regolamenti n. 1408/71 e 574/72²⁹ ai cittadini di paesi terzi, a condizione, tra l'altro, che tali cittadini si trovino in una situazione nella quale non tutti gli elementi si collochino all'interno di un solo Stato membro (ovvero, in altri termini, che la loro situazione non presenti unicamente legami con un paese terzo e un solo Stato membro). Nel concreto caso, siccome lavorava in Svizzera, il cittadino kosovaro avrebbe potuto beneficiare di tale estensione se il regolamento n. 859/2003 fosse stato applicabile anche alla Svizzera, poiché, in quell'ambito, essa sarebbe stata assimilata ad uno Stato membro dell'Unione. La Corte di giustizia ha tuttavia rilevato che *«il regime instaurato dall'Accordo, limitandosi all'applicazione degli atti ivi esplicitamente menzionati, non ha lo scopo di rinviare agli atti nella loro versione aggiornata. Quindi, anche laddove si ritenesse che il regolamento n. 859/2003 costituisse una mera modifica dei regolamenti nn. 1408/71 e 574/72, esso non può essere applicato. Tale regolamento, successivo all'Accordo UE-Svizzera, può quindi essere incluso in tale Accordo unicamente in seguito ad una*

²⁹ Regolamento CE 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, rispettivamente regolamento CE n. 574/72 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento n. 1408/71, cit.

Si noti che nel frattempo il regolamento n. 1408/71 è stato abrogato dal regolamento CE n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che, assieme al Regolamento CE n. 987/2009 che ne stabilisce le modalità di applicazione, dal 1° aprile 2012 è applicabile anche nei rapporti tra Svizzera e UE (cfr. la Decisione del Comitato misto ALC n. 1/2012 del 31 marzo 2012 che sostituisce l'All. II). Cfr. anche *supra*, nota 27.

*modifica dell'Accordo stesso*³⁰. In queste circostanze la Corte di giustizia ha quindi constatato che l'esercizio da parte di un cittadino di un'attività professionale in Svizzera non costituisce un fattore che estende la sua situazione oltre i confini di un solo Stato membro; siccome la sua situazione presenta unicamente collegamenti con un paese terzo (la Svizzera) e con un solo Stato membro (la Germania), il regolamento n. 859/2003 non si applica. Ne consegue che la concessione di assegni familiari per i figli dei coniugi richiedenti ricade esclusivamente nella normativa tedesca e che, in mancanza di armonizzazione a livello comunitario, ogni Stato membro può stabilire liberamente i requisiti per la concessione delle prestazioni di previdenza sociale, come è avvenuto nel caso concreto (esclusione dal diritto agli assegni famigliari per due figli per i quali, pur essendo cittadini dell'Unione, il padre percepisce prestazioni equiparabili – ancorché inferiori – in Svizzera).³¹

2.2. L'applicazione dell'Accordo ed il suo adattamento costante

Le parti contraenti mantengono la propria autonomia anche riguardo all'applicazione ed all'interpretazione dell'Accordo. In particolare, quest'ultima avviene in principio secondo le regole generali di interpretazione dei trattati internazionali stabilite dagli art. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sui Trattati³². La Corte di giustizia (per gli Stati membri del-

³⁰ Sentenza della Corte giust. del 18 novembre 2010, causa C-247/09, *Xhymshiti*.

³¹ Già in una precedente causa relativa all'applicazione dei medesimi regolamenti (in particolare delle regole volte ad evitare il cumulo delle prestazioni sociali, le cd. «regole anticumulo»), si era presentato un potenziale problema legato al carattere statico dell'Accordo, ma in quell'occasione i giudici avevano precisato che «non occorre pronunciarsi sulla questione se tra gli atti dichiarati applicabili dall'accordo del 1999 rientri anche il regolamento n. 647/2005, in quanto regola equivalente [...] agli atti dell'Unione cui viene fatto riferimento in tale allegato II. Infatti, quale che sia la versione dei regolamenti nn. 1408/71 e 574/72 che si prende in considerazione – ossia quella risultante dall' (...) ultimo regolamento modificativo espressamente menzionato nel citato allegato II con riferimento ai regolamenti nn. 1408/71 e 574/72, oppure quella risultante dal regolamento n. 647/2005 –, è giocoforza constatare che, nel caso di specie, le disposizioni che rilevano sono le medesime» (sentenza della Corte giust. del 14 ottobre 2010, causa C-16/09, *Gudrun Schwemmer*).

³² Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati conclusa il 23 maggio 1969 (RS 0.111). Cfr. in tal senso ad esempio la sentenza della Corte giust. del 15 luglio 2010, causa C-70/09, *Hengartner e Gasser*, N 36 e DTF 130 II 113, consid. 6.1.

l'Unione) e il Tribunale federale (per la Svizzera) statuiscono in ultima istanza secondo le rispettive competenze, ritenuto che le parti non hanno istituito né un meccanismo comune di soluzione delle controversie attraverso un'autorità giudiziaria indipendente, né qualsiasi altra forma di «dialogo formale» o di cooperazione tra le autorità giudiziarie (simile ad esempio al rinvio pregiudiziale comunitario).³³

L'art. 16 §2 ALC prevede tuttavia che, nella misura in cui l'applicazione dell'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 successiva viene ad ogni modo (ma soltanto) comunicata alla Svizzera; il Comitato misto, nelle forme previste all'art. 16 §2 *in fine*, è competente per determinare le sue implicazioni.³⁴

Le autorità svizzere di applicazione hanno quindi un obbligo di «tenere in considerazione»³⁵ la giurisprudenza della Corte di giustizia, nella misura in cui l'applicazione dell'Accordo «*implica nozioni di diritto comunitario*» (cap. 2.2.1.). Si pone poi la questione, sempre più tematizzata dalla dottrina più recente³⁶ e di grande rilievo anche da un profilo pratico, della pertinenza di tale giurisprudenza dal profilo temporale (cap. 2.2.2.). L'illustrazione, in tale contesto, di alcuni casi significativi che hanno occupato sia il Tribunale federale che la Corte di giustizia offre anche l'occasione per evidenziare il differente approccio adottato dalle due autorità giurisdizionali (cap. 2.3.).

³³ Cfr., per molti, OESCH, *Niederlassungsfreiheit*, pag. 605 e *infra*, cap. 3.

³⁴ Per un commento alla disposizione si veda A. BORGHI, N 625 segg. ad art. 16.

³⁵ Si noti che, per una parte della dottrina, si tratta di una semplice «*Berücksichtigungspflicht*» e non di una «*rechtliche Verpflichtung, die Rechtsprechung des EuGH tel quel zu übernehmen*» (cfr. OESCH, *Niederlassungsfreiheit*, pag. 607 con rif.); EPINEY/METZ/PIRKER, *Parallelität*, pag. 156 seg., ritengono per contro che le finalità dell'Accordo impongono di considerare tale obbligo come «*eine eigentliche Rechtspflicht im Sinne eines Einbezugs der Rechtsprechung bei der Auslegung des Abkommens*».

³⁶ Cfr., per più ampi rinvii, FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO, L'«*adeguamento*» al diritto dell'Unione nell'ordinamento giuridico svizzero tra staticità e dinamismo, in: M. Condinanzi (a cura di), *Unione europea e Svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano 2012, pag. 23 segg. (citato L'«*adeguamento*» al diritto dell'Unione) e OESCH, *Niederlassungsfreiheit*, pag. 605 segg.

2.2.1. *L'applicazione dell'Accordo che «implica una nozione di diritto comunitario»: esempi significativi di giurisprudenza*

Come detto, nell'applicazione dell'Accordo deve essere presa in considerazione soltanto la giurisprudenza resa dalla Corte di giustizia negli ambiti interessati dallo stesso.³⁷

Se da un lato è chiaro che, quando si tratta di applicare ed interpretare il diritto derivato (ovvero direttive e regolamenti) cui è fatto riferimento negli allegati all'ALC, l'autorità di applicazione è confrontata a nozioni di diritto comunitario, la distinzione è invece meno agevole quando l'Accordo non integra testualmente disposizioni del diritto europeo, ma le adatta o addirittura le riprende in un contesto diverso (cfr. *infra*, lett. a-e). Occorre poi chiedersi se non sia opportuno tenere conto, almeno parzialmente, anche delle sentenze della Corte di giustizia fondate su nozioni o considerazioni che, pur esulando dal quadro relativamente ristretto tracciato dal carattere circoscritto dell'Accordo, toccano indirettamente anche temi interessati da quest'ultimo. Tipico è il caso delle sentenze in tema di *cittadinanza europea* (cfr. *infra*, lett. f).

a) Le sentenze in tema di libera circolazione dei lavoratori dipendenti

Un cittadino comunitario può beneficiare di un permesso di dimora UE/AELS soltanto se si trova in una delle situazioni di libera circolazione previste dall'Accordo³⁸, segnatamente se è un *lavoratore dipendente* ai sensi dell'art. 6 All. I ALC.

³⁷ Per una completa ed aggiornata panoramica delle potenziali implicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'ALC si veda ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, in: *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen* 2010/2011, Berna/Zurigo 2011, pag. 75 segg.

³⁸ Si noti che la libertà di circolare presuppone non solo che la persona che se ne prevale sia autorizzata ad entrare liberamente nello Stato ospitante, ma anche che possa lasciare liberamente il paese d'origine (cfr. art. 1 §1 All. I ALC); ciò non è il caso di una persona contro la quale il paese di origine ha spiccato un ordine di arresto internazionale poiché in tali circostanze lo scopo del soggiorno non è di esercitare il diritto alla libera circolazione, bensì di sfuggire alla giustizia britannica; in tale evenienza l'Accordo è inapplicabile: DTF 134 II 25, consid. 5.

L'Accordo non contiene alcuna definizione di lavoratore dipendente. Il Tribunale federale ha dichiarato che tale nozione, che delimita il campo di applicazione della libera circolazione dei lavoratori, è una nozione autonoma di diritto comunitario che, come tale, dev'essere interpretata tenendo in considerazione la giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia. Così, alla luce dei principi posti da tale (abbondante) giurisprudenza, che interpreta estensivamente la suddetta nozione³⁹, ha considerato che una persona, al beneficio dell'assistenza pubblica, e da poco assunta da una società come venditrice telefonica con un contratto che prevede una retribuzione in funzione dei contratti di abbonamento sottoscritti, deve essere considerata lavoratrice, a condizione che l'esercizio dell'attività sia reale ed effettivo e non a tal punto ridotto da risultare come marginale ed accessorio.⁴⁰ Per contro, il Tribunale federale ha stabilito che i cittadini comunitari alla ricerca di un lavoro, sprovvisti di mezzi finanziari sufficienti per garantire il loro sostentamento⁴¹, non possono, di massima, dedurre dall'Accordo alcun diritto al rilascio di un'autorizzazione di soggiorno, ritenuto che, non «occupando un impiego» come prevede l'art. 6 All. 1 ALC, non possono essere considerati lavoratori ai sensi del diritto comunitario.⁴²

I lavoratori possono poi esercitare l'attività salariata come *residenti* (beneficiando in tal caso di una carta di soggiorno della durata di cinque anni, rinnovabile) o come *frontalieri* (senza aver bisogno di una carta di soggiorno). Si noti che l'applicazione dell'ALC ha provocato un'evoluzione dello statuto di frontaliere rispetto al termine tradizionalmente utilizzato prima della sua entrata in vigore⁴³: il Tribunale federale ne ha in-

³⁹ Ad es. sentenze della Corte giust. del 26 febbraio 1992, causa C-3/90, *Bernini*, ed i rif. ivi citati e del 6 novembre 2003, C-413/01, *Ninni-Orasche* (cui, sebbene fosse posteriore alla firma dell'Accordo, il TF ha fatto riferimento poiché -e nella misura in cui- si limitava a precisare la nozione di lavoratore dipendente).

⁴⁰ DTF 131 II 339, consid. 3.1.

⁴¹ E che pertanto non possono avvalersi dell'art. 24 All. I ALC che disciplina il soggiorno delle persone che non esercitano un'attività lucrativa.

⁴² DTF 130 II 388, consid. 2.2.

⁴³ L'art. 21 ALC prevede però che le disposizioni dell'Accordo lasciano impregiudicate le disposizioni degli accordi bilaterali tra la Svizzera e gli Stati membri della Comunità europea in materia di doppia imposizione, ed in particolare proprio la definizio-

fatti esteso la nozione, in un caso riguardante una cittadina britannica che lavorava nel Canton Vallese senza possedere la residenza permanente nello Stato limitrofo ma rientrando ogni fine settimana in Gran Bretagna, luogo del suo domicilio. I giudici hanno precisato che per la definizione e lo statuto dei frontalieri ai sensi dell'Accordo occorre distinguere due periodi differenti: nei cinque anni successivi all'entrata in vigore, ovvero fino al 30 maggio 2007, i frontalieri erano definiti, conformemente agli art. 28 e 32 dell'All. I, come cittadini di una parte contraente che hanno la loro residenza principale (domicilio) nelle zone frontaliere della Svizzera o dei suoi Stati limitrofi e che esercitano un'attività professionale nelle zone frontaliere dell'altra parte contraente, rientrando al proprio domicilio almeno una volta alla settimana. A partire dal 1° giugno 2007, data della soppressione delle zone di frontiera, i frontalieri sono invece definiti, conformemente agli art. 7 e 13 dell'All. I, come cittadini di una parte contraente che hanno la loro residenza principale (domicilio) sul territorio di un'altra parte contraente e che esercitano un'attività professionale sul territorio di un'altra parte contraente, rientrando al proprio domicilio almeno una volta alla settimana. Essi possono quindi essere domiciliati in qualsiasi punto di uno degli Stati membri ed aver fissato il proprio luogo di lavoro in Svizzera. L'elemento caratterizzante della nozione di frontaliere risiede ormai nella circostanza che la persona in questione si sposta regolarmente (ovvero almeno una volta alla settimana) tra il suo domicilio e il suo posto di lavoro, ciò che lo assimila più a un «pendolare internazionale» che a un frontaliere inteso nel linguaggio corrente.⁴⁴

L'art. 9 All. I ALC sancisce il divieto delle discriminazioni fondate sulla nazionalità per quanto riguarda le condizioni di impiego e di lavoro dei lavoratori dipendenti. Al proposito, il Tribunale federale ha stabilito che il principio generale di non discriminazione di cui all'art. 2 ALC⁴⁵ e, in

ne di lavoratore frontaliere secondo gli accordi di doppia imposizione. Ne consegue che, per quanto riguarda in particolare l'imposizione alla fonte dei frontalieri italiani, per la definizione di frontaliere occorre continuare a fare riferimento ai comuni di frontiera stabiliti nello specifico accordo stipulato tra Italia e Svizzera.

⁴⁴ DTF 135 II 128.

⁴⁵ *«In conformità delle disposizioni degli allegati I, II e III del presente Accordo, i cittadini di una parte contraente che soggiornano legalmente sul territorio di un'altra*

particolare, il principio della parità di trattamento riguardo ai *vantaggi fiscali e sociali* dei lavoratori dipendenti (e dei membri delle loro famiglie) sancito dall'art. 9 §2, All. I corrispondono a disposizioni del diritto comunitario⁴⁶ e devono dunque essere interpretati tenendo conto della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia, conformemente all'art. 16 §2 ALC.

Dovendo ad esempio chiarire se l'aiuto alle vittime di reati in virtù della legislazione svizzera rientrasse nella nozione di «vantaggi sociali» ai sensi dell'art. 9 §2 All. I ALC per i quali, in relazione ad una situazione disciplinata dall'Accordo, deve essere garantito il principio della non discriminazione basata sulla nazionalità⁴⁷, il Tribunale federale si è fondato sulla giurisprudenza comunitaria secondo cui la nozione di vantaggio sociale⁴⁸ riguarda tutti i vantaggi che, connessi o meno ad un contratto di lavoro, sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in relazione principalmente alla loro qualifica oggettiva di lavoratori o al semplice fatto della loro residenza abituale 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. Per poter qualificare una prestazione come vantaggio sociale occorre prendere in esame la finalità di tale misura e le condizioni alle quali è concessa; tale nozione è da interpretare estensivamente.⁴⁹ La nostra Alta corte ha stabilito che, stanti le sue finalità legate alla reintegrazione sociale della vittima di un reato, l'aiuto alle vittime è atto a facilitare la mobilità dei lavoratori ai sensi della giurisprudenza comunitaria⁵⁰ e pertanto rappresenta un van-

parte contraente non sono oggetto, nell'applicazione di dette disposizioni, di alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità.»

⁴⁶ Cfr. l'art. 18 TFUE, rispettivamente l'art. 7 Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità.

⁴⁷ «*Il lavoratore dipendente e i membri della sua famiglia di cui all'articolo 3 del presente Allegato godono degli stessi vantaggi fiscali e sociali dei lavoratori dipendenti nazionali e dei membri delle loro famiglie.*»

⁴⁸ Di cui all'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68.

⁴⁹ Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte giust. del 10 settembre 2009, causa C-269/07, *Commissione/Germania*, N 39 seg., con riferimenti giurisprudenziali.

⁵⁰ In particolare, ha preso in considerazione anche la sentenza della Corte giust. del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, che aveva ritenuto incompatibile con il princi-

taggio sociale ai sensi dell'art. 9 All. I ALC per il quale non si giustifica alcuna discriminazione di trattamento tra i cittadini svizzeri ed i cittadini di uno Stato contraente dell'Accordo (si trattava, *in casu*, della previgente Legge federale sull'aiuto alle vittime, che riconosceva l'aiuto alle vittime di reati commessi all'estero solo a condizione che queste fossero in possesso della cittadinanza svizzera).⁵¹

Per contro, successivamente, trattandosi di esaminare l'ammissibilità del rifiuto di assicurare a titolo obbligatorio all'AVS una cittadina germanica senza domicilio in Svizzera che lavorava per un'opera missionaria svizzera in Tanzania, il Tribunale federale ha (tra l'altro) stabilito che l'assoggettamento obbligatorio all'AVS non rientra nel campo di applicazione materiale di un «vantaggio sociale» ai sensi della giurisprudenza europea, ma concerne una prestazione della sicurezza sociale ai sensi del regolamento n. 1408/71. La cittadina germanica non può quindi avvalersi del diritto alla parità di trattamento con i cittadini svizzeri in relazione ad un vantaggio sociale sancito dall'art. 9 §2 All. I ALC.⁵²

Anche *in materia fiscale*⁵³ il principio di non discriminazione deve essere interpretato tenendo conto della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia relativa al divieto delle discriminazioni (sia dirette che indiret-

pio generale di non discriminazione la subordinazione della concessione da parte di uno Stato membro ad un turista (in qualità di destinatario di servizi), vittima di un'aggressione, di un indennizzo volto alla riparazione del danno al requisito della titolarità di una tessera di residente o della cittadinanza di un paese che abbia concluso un accordo di reciprocità con questo Stato membro.

⁵¹ DTF 137 II 242, consid. 3.2. Nella sentenza del 7 novembre 2003, 2P.142/2003, il TF aveva invece statuito che la concessione di una patente di pesca non costituisce un vantaggio sociale ai sensi dell'Accordo e della giurisprudenza comunitaria, poiché non rappresenta una prestazione statale che viene generalmente concessa ai lavoratori dipendenti nazionali e, d'altro canto, non è di per sé legata alla condizione di lavoratore (consid. 3.4.).

⁵² E, in difetto di un domicilio in uno Stato membro, non può nemmeno far valere un diritto alla parità di trattamento con cittadini svizzeri attivi all'estero fondandosi sul summenzionato regolamento n. 1408/71: cfr. DTF 138 V 186, consid. 3.3. e 3.4.

⁵³ L'accordo contiene numerose disposizioni che riguardano questioni di fiscalità diretta, segnatamente gli art. 2 (non discriminazione) e 21 (relazione con gli accordi bilaterali in materia di doppia imposizione) ALC, nonché gli art. 5 (ordine pubblico) e 9 §2 (parità di trattamento dei lavoratori dipendenti) All. I ALC. Per altri casi riguardanti tematiche fiscali, cfr. anche *infra*, lett. b) e c).

te⁵⁴). La questione si è posta al Tribunale federale nel caso di un cittadino svizzero residente in Francia e professionalmente attivo a Ginevra come frontaliere il quale, essendo imposto alla fonte, chiedeva la deduzione di spese professionali che eccedono il forfait già considerato nelle aliquote dell'imposta alla fonte, al fine di non essere discriminato rispetto al regime d'imposizione ordinario⁵⁵. In tale contesto, i giudici svizzeri hanno sottolineato che, nella propria costante giurisprudenza, la Corte di giustizia ha stabilito che, di regola, la situazione dei residenti non è paragonabile dal profilo fiscale a quella dei non residenti, poiché presenta differenze oggettive in relazione alla fonte dei redditi, alla capacità contributiva personale o alla presa in considerazione della situazione personale e familiare. Tuttavia, nel caso in cui il non residente non percepisca redditi significativi nello Stato in cui risiede e tragga la parte essenziale delle proprie risorse imponibili da un'attività svolta nello Stato in cui lavora⁵⁶, siccome il primo Stato non è in grado di concedergli le agevolazioni derivanti dalla presa in considerazione della sua situazione personale e familiare, egli va paragonato ad un contribuente residente; infatti, ai fini della legislazione fiscale, nonostante il fatto che egli risieda in uno Stato differente, non sussiste alcuna obiettiva differenza tale da giustificare un suo diverso trattamento rispetto al contribuente residente⁵⁷. Nel caso con-

⁵⁴ Per costante giurisprudenza sono infatti vietate non soltanto le discriminazioni palesemente operate in base a criteri relativi alla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato: cfr. ad es. le sentenze della Corte giust. del 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu* e del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*.

⁵⁵ DTF 136 II 241.

⁵⁶ La Corte di giustizia ha precisato che un contribuente trae la parte essenziale delle sue risorse imponibili da un'attività esercitata nello Stato in cui lavora quando il relativo reddito raggiunge il 90% dell'insieme dei proventi: cfr. la sentenza del 14 settembre 1999, causa C-391/97, *Gschwind*.

⁵⁷ Cfr. ad es. le sentenze della Corte giust. del 14 febbraio 1995, C-279/93, *Schumacker*; del 14 settembre 1999, causa C-391/97, *Gschwind*; del 16 maggio 2000, causa C-87/99 *Zurstrassen*. Si noti che anche secondo la dottrina svizzera i non residenti che conseguono oltre il 90% del loro reddito in Svizzera devono essere considerati «quasi residenti» ed essere pertanto sottoposti allo stesso trattamento riservato ai residenti, in modo tale che la loro situazione personale e familiare possa essere adeguatamente presa in considerazione (cfr. ANDREA PEDROLI, Introduction aux art. 83-101, in: Commentaire romand de l'impôt fédéral direct, Basilea 2008, N 28).

creto, il Tribunale federale ha quindi concluso che, alla luce dei principi summenzionati e ritenuto che il divieto di discriminazione degli art. 2 ALC e 9 All. I ALC è direttamente applicabile e prevale sulle disposizioni contrarie contenute nella legislazione federale e cantonale⁵⁸, l'autorità fiscale ha il dovere di rimuovere la discriminazione determinata dall'imposizione alla fonte; ne consegue che per il ricorrente tassato alla fonte il cui reddito è costituito quasi interamente (*in casu* per il 95%) in Svizzera deve valere il medesimo regime per le deduzioni fiscali applicato ai contribuenti sottoposti all'imposizione ordinaria^{59, 60}

⁵⁸ Cfr. DTF 136 II 241, consid. 16, dove il TF ha rammentato la propria costante giurisprudenza secondo cui in caso di contraddizione inconciliabile tra i due ordini di norme, il diritto internazionale pubblico prevale, di massima, su quello interno, in particolare quando la norma internazionale tende a proteggere i diritti dell'uomo (DTF 125 II 417 e 125 II 485), con la conseguenza che ogni norma interna contraria diventa inapplicabile. In particolare, ritenuto che l'ALC è improntato alla realizzazione della libera circolazione, che è considerata un diritto fondamentale, occorre equiparare l'art. 9 All. I ALC alle norme di diritto internazionale che hanno per scopo la tutela dei diritti dell'uomo, ammettendo di conseguenza la sua preminenza sulle disposizioni di legge federali (DTF 133 V 367).

⁵⁹ Questa giurisprudenza è stata confermata successivamente anche in tre casi ticinesi (STF del 4 ottobre 2010, 2C_33/2010, 2C_34/2010 e 2C_35/2010).

⁶⁰ Si noti che nella DTF 136 cit. i giudici hanno dapprima (consid. 11) verificato se fosse realizzata l'esigenza della presenza di un elemento di estraneità suscettibile di giustificare l'applicazione dell'ALC, ritenuto che si trattava di un cittadino svizzero che invocava un diritto sancito dall'Accordo nei confronti del proprio Stato d'origine. Essi hanno fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui non è possibile impedire ad un cittadino di uno Stato membro di invocare l'applicazione del Trattato nei confronti del suo Stato di origine se egli, a causa del proprio comportamento, si trova nei confronti di quest'ultimo in una situazione analoga a quella di qualsiasi altro soggetto che faccia valere i diritti e le libertà garantiti dal Trattato nei confronti dello Stato ospitante (cfr. ad es. la sentenza del 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*). Hanno conseguentemente ammesso l'applicabilità dell'Accordo nel caso concreto, constatando che il ricorrente si trovava, nei confronti della Svizzera, in una situazione analoga a quella di un qualsiasi altro cittadino che invoca il beneficio dei diritti e delle libertà garantiti dall'Accordo. Su questo punto, i giudici svizzeri sono tuttavia stati severamente criticati da CHRISTA TOBLER (*Der Genfer Quellensteuerscheid des Bundesgerichts – im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen*, in: SZIER 2011, pag. 389 segg.), che ha rilevato l'incongruenza di questo ragionamento con quello seguito poche settimane prima dalla Corte di giustizia nel caso *Grimme* (causa C-351/08; cfr. *infra*, in part. nota 71), anch'esso fondato sull'art. 9 All. I ALC (ancorché non in materia di fiscalità): in tale contesto, la Corte di giustizia aveva infatti chiarito che questa di-

b) *Le sentenze in tema di libera circolazione dei lavoratori autonomi*

L'Accordo riconosce anche una serie di diritti ai *lavoratori autonomi* (art. 12 All. I ALC), ma tale regime corrisponde solo parzialmente a quello instaurato dal diritto europeo in relazione alla libertà di stabilimento sancita dagli art. 49 segg. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Da un lato infatti, l'Accordo prevede, oltre allo statuto di *lavoratore autonomo residente*, anche quello di *lavoratore autonomo frontaliero*, che il diritto europeo non conosce. Al riguardo, la Corte di giustizia ha dovuto pronunciarsi sulla portata del divieto di discriminazione sancito dall'art. 15 All. I ALC in un caso che riguardava la validità di un contratto di affitto rurale avente per oggetto dei fondi agricoli situati in Germania e stipulato tra una cittadina residente in Germania ed un agricoltore svizzero la cui azienda ha sede in Svizzera. L'Ufficio agricolo tedesco e le successive istanze nazionali hanno ritenuto in sostanza che tale accordo dovesse essere annullato poiché alcuni agricoltori tedeschi avevano manifestato un interesse a prendere in affitto i medesimi terreni al fine di ampliare le proprie aziende. Adita dal Bundesgerichtshof germanico, la Corte di giustizia ha chiarito che la parità di trattamento sancita dall'art. 15 §1 All. I ALC va accordata anche ai «lavoratori autonomi frontalieri» ai sensi dell'art. 13 All. I⁶¹ e non solo ai «lavoratori autonomi» ai sensi dell'art. 12 All. I, non essendo possibile ravvisare nell'economia dell'Accordo alcun elemento che indichi la necessità di operare distinzioni tra lavoratori frontalieri e non; ha quindi concluso che lo Stato ospitante è tenuto ad accordare ai lavoratori autonomi (frontalieri e

sposizione «*contempla soltanto l'ipotesi di una discriminazione fondata sulla nazionalità nei confronti di un cittadino di una parte contraente sul territorio di un'altra parte contraente*» (sentenza *Grimme* cit., N 48, la sottolineatura è nostra), ponendo quindi, rispetto al semplice elemento di estraneità, un'esigenza supplementare (ovvero la discriminazione compiuta sul territorio dell'altra parte contraente, che nel caso concreto non si era verificata) che il Tribunale federale non ha tenuto in considerazione, lasciando così sussistere una giurisprudenza contraddittoria sull'art. 9 §2 All. I ALC.

⁶¹ Sono lavoratori autonomi frontalieri coloro che risiedono sul territorio di una parte contraente ed esercitano un'attività indipendente sul territorio dell'altra parte contraente ritornando al proprio domicilio di norma ogni giorno o almeno una volta alla settimana; essi non hanno bisogno di una carta di soggiorno.

non) dell'altra parte contraente un trattamento non meno favorevole di quello accordato ai propri cittadini per quanto riguarda l'accesso ad un'attività indipendente e al suo esercizio nello Stato ospitante⁶².

Sempre in tema di lavoratori autonomi frontalieri, successivamente, la Corte di giustizia si è chinata sul caso di un agricoltore svizzero (la cui azienda ha sede in Svizzera) che aveva preso in affitto un terreno agricolo situato sul territorio germanico a confine con la Svizzera con l'intenzione di esportare nel proprio Paese i prodotti ricavati dalla sua coltivazione. L'autorità competente, basandosi sulla normativa nazionale⁶³ e constatando che il suddetto contratto avrebbe provocato una distorsione della concorrenza⁶⁴, nonché una ripartizione inadeguata del suolo e dei terreni, ne aveva rifiutato l'omologazione. La Corte di giustizia ha innanzitutto constatato che la normativa contestata non introduce una discriminazione diretta fondata sulla cittadinanza, nel senso che l'autorità competente può impugnare i contratti indipendentemente dalla nazionalità delle parti contraenti. Ha però rammentato che, conformemente alla costante giurisprudenza applicabile anche in relazione all'ALC, secondo cui il principio della parità di trattamento implica anche il divieto di qualsiasi discriminazione dissimulata, occorre verificare se le condizioni previste dalla normativa tedesca sfavoriscano, di fatto, principalmente gli agricoltori svizzeri; tale sarebbe segnatamente il caso se «*i lavoratori frontalieri stabiliti in Svizzera che coltivano terreni agricoli in Germania [fossero] in numero nettamente più elevato di cittadinanza svizzera piuttosto che di cittadinanza tedesca*». In tali circostanze (che spetta al giudice del rinvio verificare), occorrerebbe appurare se questa discrimi-

⁶² Sentenza della Corte giust. del 22 dicembre 2008, causa C-13/08, *Stamm e Hauser*. Si noti che questo caso riguardava una questione (lo statuto dei frontalieri autonomi) che, essendo disciplinata unicamente nell'Accordo, non si poneva nei medesimi termini nel diritto dell'Unione; la Corte di giustizia si è quindi attenuta ad un'interpretazione letterale, teleologica e sistematica dell'Accordo non facendo invece alcun riferimento all'art. 16 §2 ALC.

⁶³ Che consente di impugnare il contratto di affitto rurale se i prodotti ottenuti sul territorio nazionale da agricoltori frontalieri svizzeri sono destinati ad essere esportati, con esenzione dai dazi, verso la Svizzera.

⁶⁴ Consistente nel fatto che l'agricoltore svizzero avrebbe ricavato dalla vendita in Svizzera dei prodotti coltivati in Germania un profitto molto più elevato rispetto a quello che avrebbe percepito vendendoli in Germania.

nazione possa essere giustificata da motivi imperativi di ordine pubblico⁶⁵. La Corte di giustizia ha tuttavia da subito precisato che nessuna delle ragioni invocate dalla Germania (la pianificazione territoriale e la ripartizione razionale dei terreni agricoli), pur rappresentando un legittimo obiettivo di interesse generale, può rientrare nella nozione di ordine pubblico e limitare i diritti riconosciuti dall'Accordo, ritenuto che «[s]e è vero che gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali – che possono variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra – le esigenze dell'ordine pubblico, la loro portata non può tuttavia essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo della Corte».⁶⁶

D'altro lato, la portata della libertà instaurata dal diritto bilaterale è più limitata rispetto al diritto di stabilimento, nella misura in cui la Corte di giustizia ha stabilito che la prima non può essere invocata dalle *persone giuridiche*. La questione è stata sollevata nell'ambito di una causa riguardante un cittadino tedesco responsabile della filiale germanica di una società con sede a Zugo ed iscritto nel registro di commercio cantonale in qualità di membro del consiglio di amministrazione di tale società⁶⁷: la Deutsche Angestellten-Krankenkasse lo ha obbligato ad iscriversi al regime di assicurazione pensionistica obbligatoria per l'attività da lui esercitata presso la filiale di Amburgo in qualità di lavoratore dipendente, mentre lui riteneva di doverne essere esonerato, nella sua qualità di membro del consiglio di amministrazione di una società di diritto svizzero, alla stessa stregua dei membri del consiglio di amministrazione di una società per azioni di diritto tedesco. La Corte federale di ultima istanza, chiedendosi se la disapplicazione dell'esonero degli amministratori di una società per azioni ai soggetti come il cittadino in questione fosse compatibile con le disposizioni dell'ALC relative alla libertà di stabilimento o alla libera prestazione dei servizi, ha adito la Corte di giustizia. Dovendo chiarire essenzialmente se l'Accordo garantisca un diritto alla

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 5 §1 All. I ALC; cfr. *infra*, lett. d).

⁶⁶ Sentenza della Corte giust. del 6 ottobre 2011, causa C-506/10, *Graf e Engel*, con rif. alla sentenza del 10 luglio 2008, causa C-33/07, *Jipa*.

⁶⁷ Sentenza della Corte giust. del 12 novembre 2009, causa C-351/08, *Grimme*.

libertà di stabilimento sia alle persone fisiche che alle persone giuridiche costituite in conformità al diritto di uno Stato membro o della Svizzera e che hanno sede sociale, amministrazione centrale o sede principale sul territorio di una parte contraente, questa ha preliminarmente rilevato che, avendo la Svizzera rifiutato l'adesione allo Spazio economico europeo (SEE), essa «non ha aderito al progetto di un sistema economico integrato con un mercato unico, basato su regole comuni tra i suoi membri, preferendo piuttosto la via degli accordi bilaterali con la Comunità e i suoi Stati membri, in settori specifici. Pertanto, la Confederazione svizzera non ha aderito al mercato interno della Comunità diretto a rimuovere tutti gli ostacoli al fine di creare uno spazio di libertà di circolazione completa simile a quello che offre un mercato nazionale [...]. In tale contesto, l'interpretazione data al diritto comunitario relativamente al mercato interno non può essere trasposta in modo automatico all'interpretazione dell'Accordo, salvo che lo stesso Accordo non contenga espresse disposizioni in tal senso»⁶⁸. Alla luce di tale premessa, i giudici hanno sottolineato: che gli obiettivi dell'ALC sono stabiliti a favore dei cittadini delle parti contraenti e di conseguenza a favore di persone fisiche; che tutte le categorie di persone contemplate dall'Accordo, ad eccezione dei prestatori e dei destinatari di servizi⁶⁹, presuppongono per loro natura che si tratti di persone fisiche⁷⁰; che in particolare, tra gli obiettivi, l'art. 1 lett. a) ALC riconosce esplicitamente alle persone fisiche il diritto di stabilimento quale lavoratore autonomo, non essendo quindi possibile riconoscere alle persone giuridiche un diritto di stabilimento analogo a quello delle persone fisiche⁷¹.

⁶⁸ Sentenza *Grimme*, cit., N 27-29.

⁶⁹ Gli artt. 5 §1 ALC e 18 All. I ALC prevedono infatti che le società beneficino di un determinato diritto alla prestazione di servizi.

⁷⁰ Sentenza *Grimme*, cit., N 33 segg.

⁷¹ Sentenza *Grimme*, cit., N 36-39. D'altro canto, i giudici hanno escluso che il signor Grimme potesse avvalersi dei diritti riconosciuti dall'Accordo in relazione alla libera prestazione dei servizi poiché l'Accordo ha autorizzato soltanto una libertà limitata nel tempo a 90 giorni di lavoro effettivo per anno civile ed egli, pur supponendo che la sua attività possa essere considerata come transfrontaliera, svolgendo un lavoro permanente presso la filiale di Amburgo, supera per forza di cose il limite temporale fissato (sentenza cit., N 40-44). La Corte di giustizia ha per finire escluso anche l'applicazione del principio di non discriminazione dei lavoratori dipendenti, sancito dal-

Il medesimo principio è stato confermato anche in una successiva sentenza resa in relazione all'*acquisto di immobili* (art. 25 All. I ALC)⁷². La vertenza riguardava il diritto di acquisto di un bene immobile situato sul territorio di una parte contraente (Austria) da parte di una persona giuridica con sede sociale su tale territorio, ma le cui quote erano detenute da una società disciplinata dall'ordinamento dell'altra parte contraente (Svizzera). In tale contesto si è posta la questione della compatibilità con l'art. 25 All. I ALC⁷³ dell'obbligo, previsto dalla normativa austriaca sull'acquisto di beni immobili da parte di stranieri, di ottenere un'autorizzazione ai fini di tale acquisto o eventualmente un'attestazione secondo cui l'operazione potesse beneficiare di un'esenzione da tale obbligo. La Corte di giustizia, chiamata a chiarire se tale disposizione valesse solo per le persone fisiche o anche per le persone giuridiche, ha innanzitutto fatto riferimento, confermandola, alla sentenza *Grimme* per ribadire che «*l'interpretazione data alle disposizioni del diritto dell'Unione relative a tale mercato non può essere automaticamente trasposta all'interpretazione dell'Accordo*»⁷⁴. Ha quindi rilevato che la parità di trattamento con i cittadini nazionali prescritta in materia di acquisti immobiliari vale unicamente per le persone fisiche che esercitano tale diritto nell'ambito della loro libertà di circolazione, ma non per le persone giuridiche. *In casu*, la società svizzera non poteva quindi avvalersi della libertà sancita dall'ALC⁷⁵.

l'art. 9 All. I ALC, poiché, siccome il signor Grimme è cittadino tedesco e lavora in qualità di impiegato per la filiale di Amburgo, non può esistere alcuna discriminazione fondata sulla nazionalità nei confronti di un cittadino di una parte contraente sul territorio di un'altra parte contraente, il fatto che Grimme sia amministratore di una società di diritto svizzero essendo in tali circostanze ininfluenza (N 45-49). Così, la Corte di giustizia ha concluso che le disposizioni dell'ALC non ostano a una normativa nazionale che esiga che una persona, avente la nazionalità di tale Stato e occupata sul territorio di quest'ultimo, si iscriva al regime pensionistico di tale Stato, nonostante il fatto che la persona sia membro del consiglio di amministrazione di una società anonima di diritto svizzero, mentre i membri dei consigli di amministrazione delle società per azioni di diritto di tale Stato membro non sono obbligati ad iscriversi al medesimo regime assicurativo.

⁷² Sentenza della Corte giust. del 11 febbraio 2010, causa C-541/08, *Fokus Invest AG*.

⁷³ Che pone il principio della parità di trattamento in relazione all'acquisto di immobili.

⁷⁴ Sentenza *Fokus Invest AG*, cit., N 28.

⁷⁵ Il caso presentava poi un secondo aspetto relativo alla libera circolazione dei capitali che, in virtù dell'art. 63 TFUE, può (pur con tutta una serie di eccezioni) essere in-

Dal profilo dell'art. 16 §2 ALC, ne consegue che la giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione alla libertà di stabilimento delle persone giuridiche sembra non dover assumere alcuna rilevanza per il giudice svizzero. Va tuttavia sottolineato che il diritto bilaterale ha già esplicitato i suoi effetti anche sul diritto societario svizzero che, per non risultare incompatibile con il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità, ha dovuto abbandonare completamente il requisito della cittadinanza svizzera dei rappresentanti della SA e della Sagl, mantenendo unicamente l'esigenza di domicilio in Svizzera per almeno una persona (amministratore o direttore)⁷⁶.

Come per i dipendenti, anche per i lavoratori autonomi vale il principio della parità di trattamento con i cittadini nazionali, in particolare in relazione ai *vantaggi sociali e fiscali* di cui essi beneficiano.⁷⁷ La Corte di giustizia si è recentemente pronunciata sulla portata di tale principio in una causa riguardante due coniugi germanici che esercitano un'attività lucrativa indipendente in Germania ma che, dal momento in cui hanno trasferito la loro residenza in Svizzera, si sono visti negare dall'autorità fiscale germanica un'agevolazione fiscale consistente nello sgravio dell'imposta comune (cd. *Ehegattensplitting*) e normalmente applicabile ai coniugi con residenza abituale sul territorio tedesco o su quello di uno

vocata anche da paesi terzi, quali la Svizzera, indipendentemente da accordi bilaterali: la Corte di giustizia ha stabilito che le normative nazionali in questione costituiscono una limitazione alla libera circolazione dei capitali, che tuttavia deve essere considerata ammissibile nei confronti della Confederazione svizzera in quanto paese terzo; infatti, conformemente all'art. 64 §1 TFUE, il divieto di restrizioni alla libera circolazione dei capitali lascia impregiudicata l'applicazione ai paesi terzi di qualunque restrizione in vigore al 31 dicembre 1993 in virtù delle legislazioni nazionali o della legislazione dell'Unione per quanto concerne i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti qualora implicino investimenti diretti, inclusi, tra gli altri, gli investimenti immobiliari e, d'altro canto, la normativa nazionale vigente, sebbene riveduta, è rimasta sostanzialmente uguale a quella in vigore al 31 dicembre 1993.

⁷⁶ Si veda l'art. 718 cpv. 4 CO. Anche l'ammissibilità della semplice esigenza di domicilio, giustificata dalla volontà di mantenere un legame effettivo con il nostro Paese, appare peraltro comunque dubbia alla luce della giurisprudenza europea pertinente (cfr. ad es. la sentenza della Corte giust. del 7 maggio 1998, *Clean Car Autoservice*, causa C-96/350).

⁷⁷ L'art. 15 §2 rinvia all'art. 9 All. I ALC (cfr. *supra*, lett. a).

Stato membro dell'Unione o dello SEE.⁷⁸ I giudici hanno rilevato che, essendo tra l'altro pacifico che essi rientrano quotidianamente dal luogo della loro attività lavorativa a quello di residenza e ritenuto che uno degli obiettivi dell'Accordo è proprio quello di facilitare la mobilità di questi ultimi permettendo loro di stabilire la propria residenza in uno Stato diverso da quello in cui lavorano, i coniugi devono essere qualificati come lavoratori autonomi frontalieri ai sensi dell'Accordo. Ad essi è quindi applicabile il principio della parità di trattamento, che si estende altresì ai vantaggi fiscali, tenendo presente che nel loro caso il «paese ospitante» che deve garantire lo stesso trattamento ai sensi dell'art. 15 ALC è la Germania. Facendo riferimento alla giurisprudenza *Schumacker*⁷⁹, hanno quindi concluso che, negando l'agevolazione fiscale in ragione del luogo di residenza dei contribuenti, la normativa germanica ha violato gli art. 13 §1 e 15 §2 All. I ALC. La Corte ha infine osservato come tale giurisprudenza si inserisca nel solco delineato dalla sentenza *Bergström*⁸⁰, secondo cui la libertà di circolazione che le parti all'Accordo hanno voluto sarebbe ostacolata se un cittadino di una parte contraente subisse uno svantaggio nel proprio Paese di origine per il solo motivo di aver esercitato il proprio diritto di circolazione.⁸¹

⁷⁸ Sentenza della Corte giust. del 28 febbraio 2013, causa C-425/11, *Katja Ettwein*.

⁷⁹ Secondo cui il contribuente non residente che percepisca la (quasi) totalità dei redditi nello Stato in cui svolge la propria attività lavorativa si trova oggettivamente, per quanto attiene all'imposta sui redditi, nella medesima situazione di colui che risiede in tale Stato svolgendovi un'attività comparabile; cfr. *supra*, lett. a), in part. nota 57.

⁸⁰ Sentenza della Corte giust. del 15 dicembre 2011, causa C-257/10, *Bergström*, commentata *infra*, cap. 2.3.

⁸¹ Si noti che, nelle sue conclusioni del 18 ottobre 2012, l'avvocato generale Niilo Jääskinen era giunto all'esito opposto, sulla scorta di un'interpretazione restrittiva dell'Accordo a suo dire imposta dalla natura delle relazioni Svizzera – UE. In sintesi, egli aveva rilevato che siccome i coniugi svolgono un'attività autonoma nello Stato membro di cui sono cittadini, le disposizioni relative ai lavoratori autonomi non ostano a che essi subiscano, in quanto residenti in Svizzera e, dunque, al di fuori dell'Unione e dello SEE, una disparità di trattamento per quanto riguarda la riscossione dell'imposta sul reddito poiché essi non acquisiscono diritti dalle disposizioni dell'ALC in materia di libertà di stabilimento e di non discriminazione, che non sono loro applicabili in concreto. Cfr. anche *infra*, cap. 2.3.

Infine, l'art. 16 All. I ALC prevede che al lavoratore autonomo può essere rifiutato il diritto di praticare un'attività legata, anche occasionalmente, all'*esercizio della pubblica autorità*. L'eccezione potrebbe ad esempio trovare applicazione in relazione all'esercizio della professione di notaio⁸² permettendo così ai cantoni di continuare a riservare ai cittadini svizzeri l'accesso alla professione. Non è però escluso che, qualora dovesse pronunciarsi sulla compatibilità di un simile requisito con il diritto bilaterale, la Corte di giustizia pervenga alla conclusione contraria, ritenuto che, in una sua recente giurisprudenza resa in relazione all'analoga eccezione istituita dall'art. 51 TFUE per la libertà di stabilimento, essa ha considerato inammissibile la normativa nazionale che impone un requisito di cittadinanza per accedere alla professione di notaio poiché, malgrado gli importanti effetti giuridici attribuiti ai loro atti, nelle varie attività esercitate dai notai risulta assente una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri dal momento che un'importanza particolare spetta alla volontà delle parti, oppure alla sorveglianza o alla decisione del giudice.⁸³

c) *Le sentenze in tema di libera prestazione dei servizi*

L'art. 5 ALC (completato dagli art. 17-22 All. I ALC) riconosce ai *prestatore di servizi* il diritto di fornire sul territorio dell'altra parte contraente (entrandovi e soggiornandovi a tal fine) un servizio per una prestazione di durata non superiore a 90 giorni di lavoro effettivo per anno civile.

I cittadini dell'UE e i lavoratori distaccati in Svizzera da imprese o società con sede in uno Stato dell'UE che esercitano un'attività lucrativa in Svizzera di breve durata non devono richiedere alcun permesso, ma il di-

⁸² L'ha affermato il Tribunale federale in un *obiter dictum* in DTF 128 I 280, consid. 3 (facendo riferimento alla sentenza della Corte giust. del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*): «Das trifft für Urkundspersonen nach dem Gesagten zweifellos zu, hingegen nicht für Rechtsanwälte, denn diese sind privatwirtschaftlich tätig».

⁸³ Sentenza della Corte giust. del 24 maggio 2011, causa C-47/08, *Commissione/Regno del Belgio*; cfr. anche le sentenze nelle analoghe cause C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08. Sul tema e sulla potenziale portata di questa giurisprudenza per il giudice svizzero, si veda OESCH, *Niederlassungsfreiheit*, pag. 616 segg. e *Id.*, *Auslegung und Weiterentwicklung*, pag. 369 segg.

ritto federale impone al loro datore di lavoro di *notificare all'autorità cantonale competente* una serie di informazioni relative alla loro attività almeno otto giorni prima dell'inizio del lavoro.⁸⁴ La compatibilità di tale esigenza con il diritto bilaterale è sovente messa in discussione dalle istituzioni europee e costituisce ancora oggi uno dei principali problemi legati all'applicazione dell'Accordo. Al riguardo, in effetti, in una recente sentenza (resa tuttavia in applicazione del diritto comunitario) la Corte di giustizia, dovendo esaminare l'ammissibilità dell'obbligo di dichiarazione imposto dalla legislazione belga ai prestatori autonomi di servizi stabiliti in altri Stati membri che intendono fornire servizi in Belgio a titolo temporaneo, ha stabilito che esso costituisce un ostacolo alla libera prestazione dei servizi poiché implica una serie di formalità, la cui violazione è peraltro passibile di sanzioni penali, tali per cui la fornitura di servizi sul territorio belga è di fatto resa più difficoltosa. Pur potendo ritenere che tale obbligo sia giustificato da ragioni imperative di interesse generale (segnatamente la lotta alle frodi e la prevenzione degli abusi, che perseguono gli obiettivi di prevenzione della concorrenza sleale e del dumping sociale, nonché della tutela dei lavoratori) e non abbia carattere discriminatorio, la Corte ha considerato che esso non è proporzionato, non avendo il Belgio dimostrato in quale misura la comunicazione di informazioni così dettagliate risulti necessaria per conseguire gli obiettivi di interesse generale invocati.⁸⁵

D'altro canto, l'art. 5 §3 ALC (in relazione con l'art. 23 All. I ALC) conferisce un diritto di ingresso e di soggiorno alle persone fisiche di una delle parti contraenti che si recano nel territorio di una parte contraente in veste di *destinatari di servizi*.

A livello europeo, la libera circolazione «passiva» dei servizi trova tipicamente applicazione in ambito sanitario, dove la Corte di giustizia rico-

⁸⁴ Art. 6 Legge federale concernente le misure collaterali per i lavoratori distaccati e il controllo dei salari minimi previsti nei contratti normali di lavoro (LDist; RS 823.20). Per maggiori dettagli sulla procedura di notifica per attività lucrativa di breve durata, cfr. il sito internet http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/it/home/themen/fza_schweiz-eu-efsa/meldeverfahren.html.

⁸⁵ Sentenza della Corte giust. del 19 dicembre 2012, causa C-577/10, *Commissione c. Regno del Belgio*.

nosce agli assicurati sociali, a determinate condizioni e in funzione del tipo di cure, il diritto di accedere alle cure transfrontaliere e di chiedere l'assunzione delle relative spese all'ente statale cui sono affiliati, in applicazione delle disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi.⁸⁶ La questione della rilevanza di tale giurisprudenza nell'ambito del diritto bilaterale è già stata affrontata dal Tribunale federale in un caso ticinese, nel quale è stato necessario in particolare stabilire se un assicurato residente in Ticino possa, indipendentemente dalle disposizioni del regolamento n. 1408/71⁸⁷, dedurre dall'Accordo il diritto ad ottenere l'assunzione delle spese di un trattamento dispensato in Germania: tenuto conto degli obiettivi dell'ALC e seguendo un ragionamento analogo a quello della Corte di giustizia nella causa *Grimme*⁸⁸, il Tribunale federale ha concluso che l'ALC si limita a disciplinare la legalità del soggiorno, sul territorio di una parte contraente, di una persona che intende fornire o ricevere una prestazione di servizi, mentre non regola le modalità di fornitura e il consumo di servizi medici e farmaceutici sul territorio dell'altra parte contraente. Siccome, a differenza di quanto avviene per la libera circolazione delle persone e per la libertà di stabilimento che ricalcano fedelmente l'*acquis communautaire*, l'ALC non contiene regole equivalenti nell'ambito della liberalizzazione dei servizi, la giurisprudenza in questo ambito (a prescindere dal fatto che sia o meno posteriore alla firma degli accordi) non deve essere ripresa.⁸⁹

⁸⁶ Cfr., per molte, la sentenza della Corte giust. del 15 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*.

⁸⁷ Regolamento che sarebbe stato applicabile in virtù dell'ALC ma che nel concreto caso non conferiva alcun diritto al rimborso delle prestazioni siccome l'assicurato non aveva richiesto la necessaria preventiva autorizzazione all'ente assicurativo svizzero competente.

⁸⁸ Cfr. *supra*, cap. 2.2.1.b). Il Tribunale federale ha infatti ripreso la formulazione della Corte di giustizia rilevando che l'Accordo si inserisce in una serie di accordi «*che non soltanto sono settoriali, ma per di più riguardano unicamente settori parziali delle quattro libertà*» comunitarie; non trattandosi di una partecipazione integrale al mercato interno, le sentenze «*fondate su nozioni o considerazioni espresse al di fuori di questo contesto relativamente ristretto non possono pertanto, senza ulteriore esame, essere trasposte nell'ordinamento giuridico svizzero*»: cfr. DTF 133 V 624, consid. 4.3.4.

⁸⁹ DTF cit., consid. 4.3.7. Il principio è stato ancora confermato in DTF 134 V 330, consid. 5.2.

Un analogo approccio, anche se non in ambito sanitario, è stato adottato dalla Corte di giustizia, che ha dovuto pronunciarsi in merito alla riscossione di una tassa venatoria da parte dello Stato austriaco nei confronti di due cittadini svizzeri ai quali è stata applicata, conformemente alla normativa nazionale, un'aliquota di imposta superiore rispetto a quella cui sono assoggettati in particolare i cittadini dell'UE.⁹⁰ Essa ha così esaminato la questione alla luce delle disposizioni dell'ALC relative alla prestazione di servizi⁹¹ e ha innanzitutto precisato che l'Accordo deve essere interpretato non soltanto alla stregua dei termini in cui è redatto, ma anche alla luce dei suoi obiettivi⁹²; in questo ordine di idee, se è vero che fissa un regime relativo al diritto di ingresso e di soggiorno dei destinatari di servizi, esso non vieta tuttavia qualsivoglia discriminazione dei cittadini di una delle parti contraenti che soggiornano sul territorio dell'altra parte, bensì soltanto *«le discriminazioni fondate sulla nazionalità e*

Per un'ampia panoramica delle sentenze rese dall'alta Corte svizzera in materia di assicurazioni sociali, si veda BETTINA KAHLIL-WOLFF, *L'application et l'interprétation de l'ALCP: le cas de la sécurité sociale*, in: A. Epiney/B. Metz/R. Mosters (a cura di), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU – Auslegung und Anwendung in der Praxis*, Zurigo 2011, pag. 49 segg., nonché SILVIA BUCHER, *Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA und zu Anhang K des EFTA-Übereinkommens*, in: SZS 2012, pag. 209 segg. Sempre in tale contesto, cfr. *supra*, nota 27.

⁹⁰ Sentenza della Corte giust. del 15 luglio 2010, causa C-70/09, *Hengartner e Gasser*.

⁹¹ Si noti che, nonostante il giudice del rinvio nella questione pregiudiziale da lui posta avesse richiamato espressamente soltanto l'art. 49 TFUE relativo alla libertà di stabilimento, in realtà non pertinente nel concreto caso poiché inapplicabile nei confronti di un cittadino di uno Stato terzo come la Svizzera, la Corte di giustizia ha esaminato la questione alla luce delle disposizioni dell'Accordo, conformemente alla giurisprudenza secondo cui essa, al fine di fornire al giudice del rinvio elementi di interpretazione che possano essergli utili, può prendere in considerazione norme dell'ordinamento giuridico dell'Unione alle quali non è stato fatto riferimento nel formulare la questione pregiudiziale (cfr. sentenza della Corte giust. del 26 febbraio 2008, causa C-506/06, *Mayr*). Ha quindi considerato che il fatto generatore della tassa è il contratto di affitto di una zona venatoria sul territorio austriaco; tale contratto verte su una prestazione di servizi che, nel caso concreto, presenta un carattere transfrontaliero: gli affittuari, residenti in Svizzera, devono recarsi sul territorio austriaco per praticarvi la caccia e possono quindi essere considerati destinatari di un servizio consistente nella concessione, dietro pagamento, di un diritto di caccia in un determinato spazio e per un periodo limitato: cfr. sentenza *Hengartner e Gasser*, cit., N 31 segg.

⁹² Art. 31 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

nei limiti in cui la situazione di tali cittadini rientri nell'ambito di applicazione ratione materiae delle disposizioni degli allegati I-III di tale Accordo». Pertanto, ritenuto anche che la Svizzera non ha aderito al mercato interno e che quindi l'interpretazione delle relative norme non può essere automaticamente trasposta all'interpretazione dell'Accordo⁹³, i giudici hanno concluso che lo stesso non garantisce ai destinatari di servizi il godimento del principio di non discriminazione nell'ambito di normative fiscali relative ad operazioni commerciali aventi per oggetto una prestazione di servizi⁹⁴, e che è quindi ammissibile che il cittadino di una parte contraente sia assoggettato, sul territorio di un'altra parte contraente, in veste di destinatario di servizi, ad un trattamento diverso rispetto ai cittadini dell'Unione.⁹⁵

d) *Le nozioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e pubblica sanità*

L'art. 5 §1 All. I ALC prevede che i diritti conferiti dalle disposizioni dell'Accordo possono essere *limitati* soltanto da misure giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e pubblica sanità. Anche tali nozioni devono essere definite e interpretate alla luce della direttiva 64/221/CEE⁹⁶, alla quale l'art. 5 §2 All. I fa riferimento, e della relativa giurisprudenza della Corte di giustizia.

Per quanto attiene all'*ordine pubblico* (segnatamente in relazione a divieti di entrata nel territorio elvetico o a provvedimenti di espulsione di cittadini dell'Unione), la prassi costante dei giudici svizzeri si è sin dall'inizio attenuta al principio secondo cui i provvedimenti restrittivi possono essere adottati unicamente nel caso in cui si deve ammettere che il

⁹³ Cfr. sentenza *Grimme* cit.

⁹⁴ Sentenza *Hengartner e Gasser*, cit., N 39 seg.

⁹⁵ Per un commento alla sentenza si veda EPINEY/METZ/PIRKER, *Parallelität*, pag. 163; gli autori criticano tra l'altro il fatto che la Corte di giustizia abbia mancato l'occasione per esprimersi sulla portata dell'art. 16 §2, 1ª frase ALC, pur facendo ricorso ad una sentenza posteriore alla firma dell'accordo per qualificare come servizio la prestazione caratterizzante la fattispecie (sul tema della giurisprudenza pertinente dal profilo temporale, cfr. *infra*, cap. 2.2.2).

⁹⁶ Direttiva 64/221/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

comportamento della persona interessata costituisca per lo Stato d'accoglienza una minaccia potenziale, effettiva e di gravità tale da incidere su un interesse fondamentale della società. La sola esistenza di condanne penali non può tuttavia automaticamente giustificare l'adozione di un provvedimento fondato su motivi generali di natura preventiva: una condanna è determinante solo se dalle circostanze che l'hanno provocata emerge un comportamento personale che lascia indurre all'esistenza di una minaccia attuale⁹⁷ per l'ordine pubblico. D'altra parte, l'adozione del provvedimento non è subordinata all'esistenza certa di un rischio di recidiva; tenuto conto dell'importanza del principio della libera circolazione, occorre procedere ad un apprezzamento delle circostanze concrete e dell'importanza del bene giuridico minacciato: più la potenziale infrazione rischia di compromettere un interesse della collettività particolarmente importante, meno rilevanti sono le esigenze quanto alla plausibilità di un'eventuale recidiva. Infine, l'esame deve essere effettuato tenendo presente le garanzie derivanti dalla CEDU nonché il principio di proporzionalità.⁹⁸

Proprio in un recente caso ticinese relativo ad una procedura per il rin-

⁹⁷ Il Tribunale federale, in DTF 137 II 233, consid. 5.3.3, ha statuito che né l'ALC né la giurisprudenza si esprimono riguardo al momento in cui il pericolo deve essere «attuale» e che non è contrario né al diritto interno, né al diritto convenzionale (in particolare all'ALC) decidere in merito ad un'espulsione il prima possibile, segnatamente prima che l'esecuzione della pena o della misura sia terminata. Si noti che in questa sentenza i giudici hanno tra l'altro fatto riferimento ad una giurisprudenza posteriore alla firma dell'Accordo, osservando che la prassi dell'istanza inferiore si era comunque rivelata conforme all'esigenza (posta dalla giurisprudenza comunitaria) che, nell'esaminare la legittimità dell'espulsione di un cittadino di un altro Stato membro, siano presi in considerazione elementi di fatto successivi all'ultimo provvedimento e che comportano il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia attuale che il comportamento del soggetto interessato costituirebbe per l'ordine pubblico, e ciò soprattutto qualora tra la data del provvedimento di espulsione e quella della sua valutazione da parte del giudice sia trascorso molto tempo (DTF 137 cit., consid. 5.3.1. e 5.3.2. con riferimento alla sentenza della Corte giust. del 29 aprile 2004, cause C-482/01 e 493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*). Sulla questione della giurisprudenza pertinente dal profilo temporale, si veda *infra*, cap. 2.2.2.

⁹⁸ Cfr. ad esempio DTF 130 II 176; 131 II 252, consid. 3. con rif.; sentenza del TAF del 1° marzo 2010, C-2980/2009, consid. 6.3.-6.5., con rif.; sentenza del TF del 2 agosto 2012, n. 2C_201/2012. Per un esempio a livello cantonale, cfr. sentenza del TRAM del 28 novembre 2011, inc. 52.2011.372.

novo di un permesso per confinanti G CE/AELS, il Tribunale federale ha ad esempio stabilito che non rappresenta una minaccia attuale ed effettiva per l'ordine pubblico nazionale ai sensi dell'ALC il cittadino italiano che ha accumulato, nell'arco di una decina d'anni, 11 condanne penali per numerosi reati (tra cui la detenzione illegale di esplosivo e di armi, la ricettazione, il tentato furto e la falsità in atti pubblici), per i quali gli è stata, tra l'altro, inflitta una pena di oltre 6 anni di reclusione. I giudici hanno considerato che, al di là della indiscussa gravità del comportamento del richiedente, ai fini della valutazione da effettuare dal profilo del diritto bilaterale occorre tenere in considerazione la circostanza che l'ultimo dei reati in questione risale a dieci anni prima e che, da allora, egli ha tenuto un comportamento irreprensibile, stabilizzando la propria situazione anche dal punto di vista professionale. Tale evoluzione positiva deve condurre ad ammettere una prognosi favorevole e ad escludere che esista un rischio attuale ed elevato di recidiva. Il Tribunale federale ha così sconfessato le precedenti istanze cantonali che, in applicazione dell'art. 62 LStr⁹⁹, avevano rifiutato al richiedente il rinnovo del permesso per aver, durante la procedura di rilascio del permesso, scientemente sottaciuto l'esistenza di precedenti penali in Italia determinanti per il rilascio del permesso e, all'atto del rinnovo, omesso di produrre l'estratto del suo casellario giudiziale italiano nonostante i ripetuti solleciti. I giudici hanno sottolineato che l'ALC non esclude regole di procedura nazionali complementari, in particolare destinate ad ottenere la collaborazione del richiedente nell'accertamento dei fatti determinanti ai fini del rilascio o del rinnovo. Tuttavia, una volta esibita la documentazione necessaria (*in casu*, il richiedente aveva infine fornito l'estratto richiesto, anche se solo davanti all'autorità cantonale di ricorso), occorreva determinare se il rinnovo andava negato poiché l'interessato rappresentava una minaccia attuale ed effettiva all'ordine pubblico; infatti, il solo fatto di tacere fatti essenziali, ancorché riprovevole, non costituisce, alla luce dell'ALC, una causa di rifiuto del rinnovo dell'autorizzazione (a meno di

⁹⁹ Legge federale sugli stranieri del 16 dicembre 2005 (LStr; RS 142.20). L'art. 62 LStr permette all'autorità competente di revocare i permessi ed altre decisioni in particolare se lo straniero ha fornito, durante la procedura d'autorizzazione, indicazioni false o taciuto fatti essenziali.

non rappresentare *per se*, nelle circostanze concrete, un indizio di una minaccia attuale ed effettiva per l'ordine pubblico).¹⁰⁰ Va poi rilevato che anche delitti fiscali perpetrati all'estero possono, di per sé, giustificare misure di ordine pubblico ai sensi di questa disposizione sebbene, in Svizzera, le relative sanzioni siano essenzialmente di tipo pecuniario e abbiano un carattere amministrativo più marcato che in altri Stati.¹⁰¹

In relazione alla *salute pubblica*, il Tribunale federale ha considerato che la sua messa in pericolo non ha raggiunto il grado di intensità richiesto dall'art. 5 §1 All. I ALC nel caso di un cittadino in possesso della doppia cittadinanza svizzera e germanica e di un diploma germanico di medico dentista che, dopo essersi visto rifiutare l'autorizzazione all'esercizio della professione nei Cantoni Zugo e Zurigo per una serie di vicissitudini che hanno minato l'affidabilità del medico e la garanzia di esercizio ineccepibile della professione richieste dalla legislazione federale in materia, aveva trasferito la propria attività in un comune germanico della zona di confine chiedendo poi di essere autorizzato alla libera prestazione dei servizi in Svizzera ai sensi dell'art. 5 ALC. L'autorità gli ha comunque negato l'autorizzazione, ma dirimente, in queste circostanze, è stato piuttosto il fatto che l'assenza di affidabilità del dentista era già stata in precedenza accertata secondo i medesimi criteri applicabili ai prestatori svizzeri con una decisione cresciuta in giudicato. Il Tribunale federale ha al riguardo osservato che l'esigenza di affidabilità posta dalla legislazione federale per accedere al libero esercizio delle professioni mediche può essere fatta valere anche nei confronti di prestatori stranieri che si avvalgono del diritto alla libera circolazione, a condizione che venga rispettato il divieto di ogni discriminazione fondata sulla nazionalità ancorato all'art. 19 All. I ALC.^{102, 103}

¹⁰⁰ Sentenza del TF del 12 novembre 2012, 2C_310/2012.

¹⁰¹ DTF 134 II 25, consid. 4.3.1.

¹⁰² Che prevede che: «*Il prestatore di servizi che ha il diritto di, o è stato autorizzato a, fornire un servizio può esercitare, per l'esecuzione della sua prestazione, a titolo temporaneo, la propria attività nello Stato in cui la prestazione è fornita alle stesse condizioni che lo Stato in questione impone ai suoi cittadini, conformemente alle disposizioni del presente Allegato e degli allegati II e III.*»

¹⁰³ Sentenza del TF del 17 giugno 2008, 2C_151/2008.

e) *Le sentenze in tema di riconoscimento dei diplomi*

Il riconoscimento dei diplomi e delle altre qualifiche professionali costituisce un indispensabile complemento alla mobilità professionale voluta dall'ALC. In virtù degli art. 9 e 16 §2 ALC, il sistema europeo di riconoscimento dei diplomi è direttamente applicabile in Svizzera¹⁰⁴ e le autorità di applicazione devono tenere in considerazione la pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore alla firma dell'Accordo.¹⁰⁵ Il sistema è piuttosto tecnico e complesso¹⁰⁶ e le seguenti sentenze illustrano

¹⁰⁴ Si noti che, al fine di evitare il rischio che l'applicazione dell'ALC comporti una discriminazione dei cittadini svizzeri in relazione al riconoscimento intercantonale dei certificati rispetto ai cittadini dell'Unione che intendono esercitare una professione in Svizzera, l'art. 4 cpv. 3^{bis} LMI prevede che, per le attività lucrative che rientrano nel campo di applicazione dell'ALC, il riconoscimento dei certificati di capacità deve essere operato conformemente a tale accordo: questo rinvio dinamico permette di applicare le stesse regole a livello interno ed esterno (ricorrendo, in altri termini alla procedura di riconoscimento comunitaria recepita dall'ALC anche in situazioni puramente interne, ovvero in relazione al riconoscimento intercantonale dei diplomi) e di assicurare nel contempo che, indipendentemente dall'evoluzione del regime dell'ALC, la LMI continui a garantire la parità di trattamento. Al riguardo, cfr. DE ROSSA GISIMUNDO, L'«adeguamento» al diritto dell'Unione, pag. 33 seg.

¹⁰⁵ DTF 136 II 470, consid. 4.

¹⁰⁶ L'art. 9 ALC prevede che le parti si impegnano ad adottare le misure necessarie al riconoscimento delle qualifiche professionali conformemente all'All. III, il quale contiene il rinvio a tutta una serie di specifiche direttive. In estrema (e semplificata) sintesi, il sistema europeo di riconoscimento dei diplomi recepito dalla Svizzera fonda tre regimi di riconoscimento distinti: a) un regime di riconoscimento automatico delle qualifiche per le (sette) professioni già oggetto di direttive specifiche (ad es. medici, dentisti, farmacisti, ecc.); b) un regime di riconoscimento automatico delle qualifiche comprovate dall'esperienza professionale applicabile a determinate categorie d'attività industriali o artigianali, che in sostanza codifica le condizioni fondamentali per il riconoscimento dell'esperienza professionale; c) un regime generale di riconoscimento per tutte le altre situazioni nelle quali l'accesso o l'esercizio di una professione sono regolamentati da uno Stato membro, che concretizza in sostanza il principio del mutuo riconoscimento *Cassis-de-Dijon*.

Si noti che con la decisione n. 2/2011 del 30 settembre 2011, il Comitato misto ALC ha aggiornato l'All. III per adeguarsi agli sviluppi del sistema europeo di riconoscimento dei diplomi, recependo tra l'altro la direttiva europea 2005/36/CE, del Parlamento e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, che consolida la regolamentazione previgente in questo ambito e che nell'Unione era già in vigore dal 2005. Siccome la Svizzera deve ancora elaborare la necessaria base legale per la nuova procedura di notifica per i prestatori di servizi disciplinata dal titolo II della direttiva, per poter comunque attuare rapidamente

significativamente alcune delle difficoltà incontrate nella sua applicazione. Il Tribunale federale ha ad esempio dovuto pronunciarsi sulla richiesta di una cittadina francese volta ad ottenere il riconoscimento in Svizzera del proprio certificato di ausiliaria puericultrice. Diversi mesi dopo aver ricevuto la domanda, l'Ufficio federale della formazione professionale e della tecnologia (UFFT) aveva sospeso la procedura sostenendo che la formazione seguita dall'interessata divergeva sostanzialmente da quella corrispondente in Svizzera e che non era ancora possibile determinarsi sulla domanda di riconoscimento siccome il contenuto della corrispondente nuova formazione svizzera, che avrebbe dovuto iniziare solo l'anno dopo, non era ancora noto. Il Tribunale federale ha innanzitutto chiarito che una specifica ordinanza disciplina la formazione per la professione di assistente socioeducativa e che tale professione è quindi regolamentata in Svizzera; pertanto il sistema di riconoscimento dei diplomi instaurato dall'ALC è direttamente applicabile ad una simile domanda di riconoscimento¹⁰⁷. I giudici hanno quindi statuito che, in virtù della direttiva comunitaria applicabile¹⁰⁸, l'UFFT è tenuto a rendere una decisione entro il termine di quattro mesi a partire dal momento in cui dispone di tutti gli elementi necessari per confrontare la formazione riconosciuta all'estero con le esigenze richieste in Svizzera; è suo compito effettuare rapidamente le ricerche per ottenere le informazioni giuridiche che gli mancano; ottenuti i ragguagli richiesti, deve, nei successivi quattro mesi, pronunciarsi nel merito, non potendosi accontentare di sospendere la proce-

le altre parti dell'All. III, le parti contraenti hanno concordato un'applicazione provvisoria che esclude il suddetto titolo; non appena la procedura di notifica sarà operativa, l'All. III, e quindi anche la direttiva 2005/36/CE, entreranno in vigore definitivamente.

¹⁰⁷ DTF 134 II 341, consid. 2.1. Si noti che, su questo punto, FRÉDÉRIC BERTHOUD, *Commentaire ATF 134 II 341*, in: *AJP/PJA 2009*, pag. 515 segg., critica il Tribunale federale per aver commesso l'errore (che tuttavia non ha condizionato il merito della decisione) di confondere le due nozioni fondamentali di «professione regolamentata» e «formazione regolamentata» (l'ordinanza applicabile alla fattispecie disciplinava in realtà la formazione e non la professione), misconoscendo così l'articolazione delle direttive europee in materia.

¹⁰⁸ Direttiva 92/51/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 relativa ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale, che integra la direttiva 89/48/CEE, all'epoca dei fatti applicabile grazie al rinvio dell'All. III ALC (ma oggi sostituita dalla citata direttiva 2005/36/CE).

dura, pena la violazione della direttiva europea applicabile.¹⁰⁹ Si noti che la direttiva 2005/36, che nell'Unione era già in vigore all'epoca dei fatti ma che, a causa del carattere statico dell'Accordo, la Svizzera non aveva ancora ripreso¹¹⁰, prevede un regime ancora più favorevole alla libera circolazione, accorciando il termine entro il quale l'autorità è tenuta a pronunciarsi sul riconoscimento ad un mese (prorogabile al massimo di un altro mese in caso di difficoltà nel reperire le informazioni necessarie), ritenuto che se entro due mesi essa non ha deciso, la prestazione può comunque essere effettuata. Fino al recepimento completo della nuova direttiva da parte della Svizzera, il regime bilaterale sarà quindi meno favorevole alla libera circolazione rispetto al regime europeo.¹¹¹

In precedenza, dovendosi determinare sulla domanda di ammissione (negata dal dipartimento competente) di un medico germanico ad esercitare in qualità fornitore di prestazioni a titolo di «responsabile di laboratorio a carico dell'assicurazione malattia obbligatoria» in Svizzera, i giudici hanno precisato che la difficoltà nell'esaminare l'equivalenza di una specializzazione quale «medico di laboratorio» conseguita in Germania (che non è disciplinata da una direttiva sul reciproco riconoscimento dei diplomi, né contemplata nella legislazione federale in materia di libera circolazione del personale medico) e seguita da un'esperienza pratica sempre in Germania, non può di per sé giustificare il rifiuto del riconoscimento. Hanno quindi rammentato che, in situazioni non disciplinate da una direttiva relativa al reciproco riconoscimento dei diplomi, la costante giurisprudenza della Corte di giustizia¹¹² esige che, quando un cittadino comunitario presenta una domanda di autorizzazione all'esercizio di una professione il cui accesso è subordinato, a livello nazionale, al possesso di un diploma, di una qualifica professionale o anche a periodi di tirocinio, l'autorità competente prenda in considerazione tutti i diplomi, certi-

¹⁰⁹ DTF 134 cit., consid. 2.3.-2.5.

¹¹⁰ Cfr. nota 106.

¹¹¹ Cfr. CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, Droit européen: Suisse – Union européenne, in: SZIER 2009, pag. 499 segg., pag. 529 seg.

¹¹² Cfr. le sentenze della Corte giust. del 22 gennaio 2002, causa C-31/00, *Nicolas Dressen*; del 14 settembre 2000, causa C-238/98, *Hugo Fernando Hocsman*; del 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou*.

ficati ed altri titoli, nonché l'esperienza acquisita dall'interessato nel settore. Essa deve procedere ad un raffronto tra, da un lato, le competenze comprovate da questi diplomi e da questa esperienza e, dall'altro, le cognizioni e le qualifiche richieste dalle norme nazionali. Qualora la corrispondenza tra tali diplomi sia solo parziale, le autorità nazionali hanno il diritto di pretendere che l'interessato dimostri di aver maturato le conoscenze e le qualifiche mancanti; spetta a tali autorità valutare se le conoscenze acquisite nello Stato membro ospitante nel contesto di un ciclo di studi o di un'esperienza pratica siano valide a tal fine. Il Tribunale federale ha quindi rinviato l'incanto all'autorità inferiore affinché procedesse a tale verifica.¹¹³

Infine, in un caso ticinese riguardante un pubblico concorso per la nomina di docenti nelle scuole medie superiori, il TRAM ha stabilito che l'imposizione di specifiche conoscenze linguistiche (*in casu*, a coloro che non avevano frequentato le scuole dell'obbligo in Ticino veniva richiesta una conoscenza certificata, e piuttosto elevata, di due lingue nazionali oltre all'italiano) risulta, tra l'altro¹¹⁴, incompatibile con il sistema di riconoscimento dei diplomi istaurato dall'ALC poiché costituisce un ostacolo dissimulato e ingiustificato¹¹⁵ alla libera circolazione delle persone; i giudici hanno concluso che la clausola linguistica in questione mirava, di fatto, a limitare il numero di concorrenti esteri che avrebbero invece potuto ambire a dei posti di insegnamento nella scuola ticinese grazie al diritto bilaterale.¹¹⁶

¹¹³ Sentenza del TF del 27 marzo 2006, K 163/03, solo parzialmente pubblicata in DTF 133 V 33.

¹¹⁴ La clausola linguistica, per la quale il TRAM ha tra l'altro rilevato l'assenza di una base legale, è inoltre stata giudicata incompatibile con l'Accordo intercantonale sul riconoscimento dei diplomi scolastici e professionali (RL 5.1.8.4.) e con la LMI.

¹¹⁵ Nella propria giurisprudenza, rilevante per il giudice svizzero, la Corte di giustizia ha in effetti chiarito che per un impiego di insegnante in un istituto pubblico possono essere posti dei requisiti linguistici soltanto se questi si inseriscono in una politica di valorizzazione della lingua nazionale, nel contempo prima lingua ufficiale, e non risultano sproporzionati e discriminatori (sentenza del 28 novembre 1989, causa 397/87, *Groner*), condizioni che nel caso concreto non sono state considerate soddisfatte.

¹¹⁶ Sentenza del TRAM del 7 ottobre 2010, in: RtiD I-2011, N. 3, in part. consid. 4.2.3.

f) Le sentenze in tema di cittadinanza europea

Controversa è infine la rilevanza, per il giudice svizzero, delle sentenze della Corte di giustizia in tema di *cittadinanza europea*.

La cittadinanza europea accorda tra l'altro a colui che ne beneficia il diritto fondamentale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri¹¹⁷, indipendentemente dal fatto che egli eserciti o meno un'attività lavorativa.¹¹⁸ L'introduzione di tale nozione nei trattati dell'Unione ha comportato una profonda modifica del concetto di libera circolazione delle persone, astruendo quest'ultima dalla sua componente economica. La Corte di giustizia considera che *«lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico»*¹¹⁹. Negli anni, la giurisprudenza ha fatto costantemente ricorso alla cittadinanza europea per sradicare più efficacemente le forme di ineguaglianze fondate sulla nazionalità. D'altro lato, oggi accade che i giudici europei si pronuncino prevalentemente sulla base del diritto alla circolazione dei cittadini europei senza identificare la specifica libertà legata al tipo di attività economica svolta.

La distinzione rimane invece importante per la Svizzera che, con l'Accordo, continua a fare riferimento alla sola componente economica della

¹¹⁷ Cfr. gli art. 20 TFUE e 45 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, cui il Trattato di Lisbona ha, come noto, conferito il medesimo valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE). Cfr. altresì la direttiva 2004/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri: essa costituisce uno sviluppo del diritto in materia di libera circolazione all'interno dell'Unione e disciplina il diritto dei cittadini dell'Unione a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri riunendo in un unico atto giuridico le numerose disposizioni legali che disciplinavano in precedenza l'entrata e il soggiorno dei cittadini dell'Unione negli Stati membri; è sostanzialmente finalizzata a rafforzare lo statuto del diritto fondamentale di libera circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari.

¹¹⁸ Sul tema si veda, per molti, CHRISTINE KADDOUS/DIANE GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Basilea 2012, pag. 5 segg.

¹¹⁹ Sentenza della Corte giust. del 20 settembre 2001, causa C- 184/99, *Grzelczyk*.

libera circolazione e che, d'altra parte, non ha recepito la summenzionata direttiva 2004/38/CE, poiché essa introduceva diritti supplementari rispetto alla libera circolazione delle persone sancita nel diritto bilaterale, segnatamente nel settore dell'assistenza sociale e del ricongiungimento familiare. Una parte della dottrina evidenzia nondimeno l'opportunità di prendere in considerazione le sentenze della Corte di giustizia in materia di cittadinanza, ancorché posteriori alla firma dell'Accordo, perlomeno nella misura in cui esse analizzano quelle componenti della cittadinanza (segnatamente l'estensione e le condizioni dei diritti di soggiorno) che hanno trovato una concretizzazione nell'ALC¹²⁰. Da parte sua, il Tribunale federale ha inizialmente dichiarato che *«absente de l'Accord sur la libre circulation des personnes, [la notion de citoyenneté européenne] ne saurait trouver à s'appliquer en Suisse [...]. Les arrêts de la Cour de justice s'y référant ne doivent donc être utilisés qu'avec circonspection par le juge suisse [...], même ceux concernant la libre circulation des personnes»*¹²¹. Più recentemente ha invece ammesso che le disposizioni in materia di cittadinanza sono per la Svizzera solo (ma comunque) *«bedingt massgebend»* e che *«[d]aran können nur Rechtsfolgen anknüpfen, die dem Sinn und Geist des Freizügigkeitsabkommens entsprechen und diesem zugrundeliegen. Bei den Bestimmungen über den Familiennachzug ist ein solcher Zusammenhang - etwa im Unterschied zum Petitionsrecht oder zum Recht auf diplomatische Vertretung (...) - freilich vielfach gegeben, auch wenn für jede Einzelfrage geprüft werden muss, wie es sich damit verhält.»*¹²² Non è quindi raro oggi scorgere nella giuri-

¹²⁰ Cfr. ad esempio VÉRONIQUE BOILLET, La détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice: les implications des arrêts Zambrano et McCarthy, in: AJP/PJA 2012, pag. 49 segg., nonché EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität, pag. 166 seg., i quali propendono anche per il riconoscimento di una *Zweifelregel* secondo cui qualora siano riconoscibili elementi di una ripresa del diritto dell'Unione, occorre partire dal presupposto che si tratta di una nozione di diritto comunitario ai sensi dell'art. 16 §2 ALC, mentre l'esistenza di una nozione propria dell'accordo andrebbe ammessa solo quando ciò emerga chiaramente dall'accordo stesso.

¹²¹ Cfr. DTF 130 II 113, consid. 6.3. Si noti che il Tribunale federale ha espresso analoghe considerazioni per le sentenze della Corte di giustizia che fanno riferimento ai diritti fondamentali (DTF cit. consid. 6.4.).

¹²² DTF 136 II 65, consid. 4.2.

sprudenza svizzera, soprattutto in tema di ricongiungimento familiare, riferimenti a sentenze europee basate sulla nozione di cittadinanza o, anche se a titolo meramente comparativo, alla relativa direttiva.¹²³

2.2.2. *La giurisprudenza pertinente dal profilo temporale*

Il secondo aspetto determinante per individuare la giurisprudenza comunitaria che deve essere tenuta in considerazione dalle autorità svizzere di applicazione è quello temporale: come già rilevato, la natura statica del diritto bilaterale implica tra l'altro che nell'applicazione dell'Accordo venga in principio tenuta in considerazione solo la giurisprudenza anteriore alla conclusione dello stesso (art. 16 §2 ALC). Ma, anche in questo contesto, la determinazione della giurisprudenza pertinente pone una serie di problemi.

Innanzitutto, non sempre risulta evidente differenziare tra giurisprudenza anteriore e posteriore alla firma degli accordi, ad esempio nei casi in cui la Corte di giustizia, riprendendo in una nuova sentenza principi precedentemente definiti, li precisa ma conferendo loro carattere di novità¹²⁴. Determinante appare quindi non tanto la data dell'emanazione della sentenza, bensì il fatto che la stessa contenga una conferma della giurisprudenza precedente oppure sviluppi dei nuovi principi dirimendo una questione giuridica fino ad allora non risolta.¹²⁵

Secondariamente, l'art. 16 §2 ALC in realtà non stabilisce nulla riguardo alla condotta che la Svizzera deve adottare nei confronti della giurisprudenza posteriore alla conclusione dell'Accordo, non prevedendo nemmeno un obbligo morale o politico di assicurare un'applicazione omogenea della libertà di circolazione; si limita in sostanza, come ben rilevato

¹²³ Cfr. ad esempio DTF 136 II 329; 136 II 5, consid. 3.6.; 135 II 265; 135 II 369; 134 II 10, consid. 3.5. Su queste sentenze e sul tema del ricongiungimento familiare, si veda *infra*, cap. 2.2.2.

¹²⁴ Per un esempio, si veda DTF 132 V 423, consid. 9.3. e 9.4. Cfr., per molti, ROLAND BIEBER, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: A. Epiney/B. Metz/R. Mosters (a cura di), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU – Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zurigo 2011, pag. 1 segg., pag. 23.

¹²⁵ Cfr. EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität, pag. 167 segg.

in dottrina, a stabilire *«la volonté d'assurer un certain parallélisme, d'une part, et le refus de tout automatisme, d'autre part. À l'intérieur de ces paramètres, on peut lire l'art. 16 al. 2 ALCP de manières fondamentalement différentes: comme visant une reprise essentiellement statique de la jurisprudence, sous réserve des décisions du comité mixte, ou bien comme visant une reprise foncièrement dynamique de la jurisprudence, sous réserve du droit des autorités suisses de refuser certains développements»*¹²⁶.

Al riguardo, sin dall'inizio la dottrina ha rilevato l'opportunità di prendere comunque in considerazione gli sviluppi giurisprudenziali ulteriori.¹²⁷ Il Tribunale federale, dal canto suo, adottando una posizione sempre più pragmatica, ha a più riprese (e con intensità crescente) confermato la tendenza ad ammettere che il fatto che una sentenza della Corte di giustizia sia stata resa posteriormente alla data della firma dell'accordo non costituisce *per se* una ragione per non prenderla in considerazione nell'ambito dell'applicazione dell'ALC:

Inizialmente, il Tribunale federale era solito affermare genericamente che sentenze rese posteriormente al 21 giugno 1999 possono «comunque» essere «prese in considerazione»¹²⁸, specificando poi che esse possono essere usate «ai fini interpretativi» dell'ALC, soprattutto se si limitano a precisare una giurisprudenza precedente¹²⁹. Così, i giudici hanno

¹²⁶ FRANCESCO MAIANI, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, in: RDS/ZSR, 2011 I/1, pag. 27 segg., pag. 35 segg.

¹²⁷ Per molti, si veda A. BORGHI, N 652 segg., con riferimenti alla dottrina ed alla presa di posizione del Consiglio federale che, in tal senso, aveva dichiarato che: *«Per l'applicazione degli accordi è comunque nell'interesse stesso della Svizzera tenere conto anche della giurisprudenza posteriore alla data della firma»* (Rapporto Europa 2006, pag. 6256). Cfr. anche le interessanti considerazioni di EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität, pag. 170, nonché ALDO BORELLA/LUCA GRISANTI, La rilevanza della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee per il giudice svizzero nell'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone, in: G. Corti/M. Mini/J. Nosedà/M. Postizzi (a cura di), Diritto senza devianza, Studi in onore di Marco Borghi, Bellinzona/Basilea 2006, pag. 205 segg.

¹²⁸ DTF 130 II 1.

¹²⁹ *«[E]n vue d'interpréter l'Accord sur la libre circulation des personnes [...], surtout s'ils ne font que préciser une jurisprudence antérieure»*: DTF 130 II 113, consid. 5.2. Cfr. anche DTF 132 V 423, consid. 9.2. e 132 V 53, consid. 2.

ad esempio preso in considerazione una sentenza della Corte di giustizia posteriore alla firma dell'Accordo e relativa ad una questione sulla quale essa non si era ancora mai pronunciata¹³⁰, affermando che, pur non essendo vincolato a tale sentenza, essa può essere tenuta in considerazione («*mitberücksichtigt*») nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 3 All. I ALC (che riconosce ampi diritti in materia di ricongiungimento familiare), ritenuto anche che «*[e]s sind keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, diese Bestimmung des Freizügigkeitsabkommens in einem anderen, weiteren Sinne anzuwenden*»¹³¹.

Più tardi, il Tribunale federale ha invece dovuto chiarire in che misura debba essere preso in considerazione un cambiamento di giurisprudenza operato dalla Corte di giustizia in relazione all'interpretazione (anche) di un regolamento ripreso dagli Accordi bilaterali: nella ormai celebre sentenza *Metock*¹³², la Corte aveva infatti nel frattempo modificato la propria giurisprudenza, abbandonando la condizione del precedente soggiorno legale ai fini del ricongiungimento familiare che aveva posto nella causa *Akrich* summenzionata. I giudici svizzeri, dopo un periodo di riflessione¹³³, hanno ribadito che 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

¹³⁰ Sentenza del 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*, con la quale la Corte di giustizia ha in sostanza posto per la prima volta la condizione che il congiunto cittadino di uno Stato terzo per il quale è richiesto il ricongiungimento familiare abbia in precedenza già soggiornato legalmente in uno Stato contraente.

¹³¹ DTF 130 II 1, consid. 3.6.1. e 3.6.4., dove il Tribunale federale ha di conseguenza deciso che non può essere invocato il diritto al ricongiungimento familiare previsto dall'art. 3 All. I ALC, se il congiunto per il quale è richiesto il ricongiungimento, cittadino di uno Stato non contraente, non risiede già legalmente in uno Stato contraente.

¹³² Sentenza della Corte giust. del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*.

¹³³ In DTF 134 II 10 i giudici non hanno adeguato la propria giurisprudenza alla nuova linea adottata dalla Corte di giustizia, mentre in DTF 135 II 369, consid. 2. hanno lasciato indecisa la questione. Cfr. il commento di MAIANI, pag. 42 segg.

(«*eine parallele Rechtslage*») tra gli Stati membri dell'Unione e tra questi e la Svizzera¹³⁴. Hanno tuttavia precisato che ciò vale solo nella misura in cui l'Accordo faccia riferimento a principi del diritto comunitario e che, alla luce del fatto che comunque la Corte di giustizia non possiede la competenza di pronunciarsi sull'interpretazione dell'Accordo in maniera vincolante per la Svizzera, al Tribunale federale è sempre possibile, in presenza di fondati motivi, scostarsi dalla posizione giuridica da essa adottata; tenuto conto del parallelismo desiderato, ciò non deve tuttavia avvenire «alla leggera» («*leichthin*»). Così, *in casu*, anche il Tribunale federale ha rinunciato all'esigenza¹³⁵ secondo cui un cittadino di uno Stato terzo che intende raggiungere un cittadino comunitario in Svizzera nell'ambito del ricongiungimento familiare deve avere precedentemente già risieduto legalmente in Svizzera o in uno Stato contraente.¹³⁶ Subito dopo, i giudici hanno ammesso che «*per garantire una situazione giuridica parallela tra gli Stati membri e tra essi e la Svizzera, segnatamente in analogia con la giurisprudenza della CGCE (sentenza Baumbast) e per motivi sistematici*», il diritto al ricongiungimento si estende anche a figliastri con cittadinanza di uno Stato terzo.¹³⁷

¹³⁴ Intento desumibile in particolare dal Preambolo ALC, che evoca la volontà delle parti contraenti di attuare la libera circolazione delle persone basandosi sulle disposizioni applicate nella Comunità europea, e dall'art. 16 §1 ALC, secondo cui, per conseguire gli obiettivi dell'Accordo, le parti contraenti si impegnano a prendere tutte le misure necessarie affinché nelle relazioni tra di loro siano applicati diritti e obblighi equivalenti a quelli contenuti negli atti giuridici comunitari ai quali viene fatto riferimento.

¹³⁵ Che, come detto, aveva precedentemente posto in DTF 130 II 1 (cfr. *supra*, nota 131).

¹³⁶ DTF 136 II 5, consid. 3.4. Si noti che questa nuova giurisprudenza ha da un lato riportato l'armonia tra il diritto europeo e quello bilaterale, ma d'altro lato ha creato una dissonanza tra diritto bilaterale e diritto interno (in particolare l'art. 42 LStr), introducendo una discriminazione dei cittadini svizzeri con familiari stranieri che vogliono avvalersi del ricongiungimento familiare (cui non si applica il regime bilaterale) rispetto ai cittadini dell'UE. Il Tribunale federale, interpellato poco dopo sulla questione, ha criticato l'esistenza di questa disparità di trattamento mettendo in dubbio l'esistenza di fondati motivi che potessero giustificarla ma, dovendosi attenere ai limiti posti al controllo di costituzionalità delle leggi dall'art. 190 Cost. fed., si è rifiutato di estendere il regime bilaterale ai cittadini svizzeri ed ha emanato una «decisione incitativa» con la quale ha esortato il legislatore ad esaminare quali modifiche siano necessarie al fine di porre rimedio alla situazione (DTF 136 II 120).

¹³⁷ DTF 136 II 65, questione che in DTF 130 II 1 era invece rimasta indecisa. Si noti che la sentenza *Baumbast* (del 17 settembre 2002, causa C-413/99), a cui il Tribunale fe-

Al di là della questione di fondo affrontata dai giudici in tema di ricongiungimento familiare, la giurisprudenza appena evocata ha probabilmente il grande merito di aver formulato un principio convincente che, in un'ottica dinamica, si orienta all'obiettivo dell'Accordo di creare una *situazione giuridica parallela* fra il mercato interno ed il regime della libera circolazione delle persone instaurato dal diritto bilaterale, senza tuttavia mettere in discussione l'indipendenza del giudice svizzero, che potrà in futuro pur sempre scostarsi dal tracciato indicato dalla Corte di giustizia in presenza di *fondati motivi*.

2.3. *L'approccio dinamico del Tribunale federale vs. l'attitudine conservatrice della Corte di giustizia*

In conclusione, come visto, il Tribunale federale tende ad una politica dinamica ed espansiva, invocando gli scopi dell'Accordo (in particolare quello di garantire due ordinamenti giuridici paralleli in relazione ai temi toccati dallo stesso) per limitare (alla presenza di fondati motivi) la possibilità di scostarsi dalla giurisprudenza europea posteriore alla firma. Per comprendere la reale portata innovativa di una simile sentenza sarà in realtà importante attendere l'evoluzione della giurisprudenza svizzera sulla nozione di «fondati motivi». Naturalmente l'approccio dinamico adottato dal Tribunale federale non risolve definitivamente la questione della relazione con la giurisprudenza posteriore all'Accordo, ma senz'altro contribuisce ad una maggiore *Europafreundlichkeit* del diritto svizzero, perlomeno negli ambiti interessati da accordi bilaterali, nella misura in cui pone una sorta di presunzione in favore del parallelismo tra i due

derale ha fatto riferimento per precisare la propria giurisprudenza, è una sentenza posteriore alla firma dell'Accordo ma il principio che essa sancisce era già stato affermato in una precedente giurisprudenza fondata tra l'altro sul diritto derivato ripreso anche dall'ALC. Il Tribunale federale ha comunque precisato che la sentenza andava tenuta in considerazione anche alla luce dell'interesse delle parti contraenti a garantire una situazione giuridica parallela, non essendovi fondati motivi per lasciar sussistere, nell'Unione e nei suoi rapporti con la Svizzera, due regimi di circolazione delle persone differenti (DTF 136 cit., consid. 4.6.). Il principio del parallelismo, sempre in tema di ricongiungimento familiare, è ancora stato confermato ad es. in DTF 136 II 177, consid. 3.2.

ordinamenti.¹³⁸ È altresì chiaro che, sebbene la giurisprudenza federale possa essere vista come uno strumento atto a «forzare» il carattere statico del diritto bilaterale introducendo una sorta di (pur rudimentale) meccanismo di adattamento autonomo anche in tale contesto, nemmeno questo approccio è in grado di colmare la lacuna rappresentata dall'assenza di un qualsivoglia meccanismo suscettibile di assicurare un dialogo formale tra il Tribunale federale e la Corte di giustizia (segnatamente una sorta di rinvio pregiudiziale) che migliorerebbe la coerenza globale dei rapporti tra Svizzera e Unione¹³⁹, nonché dal rifiuto di un adattamento quasi automatico all'evoluzione del diritto europeo.

La giurisprudenza resa dalla Corte di giustizia in applicazione degli accordi bilaterali (ed in particolare dell'ALC) si è mostrata per contro¹⁴⁰ molto meno incline a sposare soluzioni pragmatiche ed ha sovente fatto ricorso alla medesima argomentazione del Tribunale federale (gli obiettivi dell'accordo) per adottare invece una politica di chiusura¹⁴¹: in diverse occasioni¹⁴², la Corte di giustizia ha infatti messo ben in evidenza il fatto che va esclusa un'interpretazione dell'Accordo in funzione di concetti propri del diritto europeo (in particolare delle disposizioni sul mercato interno, che la Svizzera, non aderendo allo SEE, non ha recepito) in favore di un'interpretazione letterale e conforme ai tradizionali metodi di interpretazione degli accordi internazionali¹⁴³, sottolineando che le finalità perseguite dall'ALC sono differenti da quelle, più ampie, di un vero

¹³⁸ THOMAS BURRI/BENEDIKT PIRKER, *Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens*, in: RSDIE 2010, pag. 165 segg., pag. 167.

¹³⁹ BIEBER, pag. 27.

¹⁴⁰ E, in un certo senso, anche sorprendentemente, se si pensa che, anche in passato, la Corte di giustizia ha sovente adottato un approccio dinamico, fungendo lei stessa da motore della realizzazione del mercato interno di fronte all'inerzia delle istituzioni comunitarie: è noto ad esempio il caso della giurisprudenza con la quale essa ha riconosciuto il principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali (detto anche principio del *Cassis-de-Dijon*), contribuendo in maniera decisiva alla liberalizzazione degli scambi di merci all'interno dell'Unione.

¹⁴¹ BURRI/PIRKER, pag. 172 seg.

¹⁴² Cfr. *supra*, cap. 2.2.1.: ad es. le sentenze *Stamm e Hauser*; *Grimme*; *Hengartner e Gasser*.

¹⁴³ Cfr. al riguardo BIEBER, pag. 14 segg.

e proprio processo di costruzione europea e che l'approccio bilaterale non può che comportare la sussistenza di restrizioni che, nell'ambito dell'Unione (o dello SEE, il cui accordo prevede l'istituzione di regole simili a quelle del mercato interno), non sarebbero state ammissibili.¹⁴⁴ In un altro frangente, aveva anche colto l'occasione per lanciare alla Svizzera il messaggio politico secondo cui essa non può sopperire all'assenza di un accordo in materia di servizi facendo ricorso alla libera circolazione dei capitali che, in virtù dell'art. 63 §2 TFUE, può essere invocata anche da Paesi terzi.¹⁴⁵

Degne di nota, poiché sembrano poter schiudere un varco ad una maggiore apertura anche da parte dei giudici europei, sono per contro alcune tra le più recenti sentenze della Corte di giustizia.

Nella causa *Graf e Engel*¹⁴⁶, ad esempio, essa ha fatto ricorso agli obiettivi dell'accordo sottolineandone questa volta il carattere non meramente settoriale e limitato a determinate finalità: in tale occasione ha infatti osservato che, dovendo interpretare la nozione di ordine pubblico nel contesto dell'accordo e conformemente ai suoi obiettivi, occorre tenere pre-

¹⁴⁴ CHRISTINE KADDOUS, Stamm et Hauser, Grimme, Fokus Invest AG, Hengartner et Gasser ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur, in: RSDIE 2/2010, pag. 129 segg., pag. 135 seg. La Corte di giustizia l'ha ancora recentemente sottolineato in relazione all'applicazione dell'Accordo sul trasporto aereo, nella propria sentenza del 7 marzo 2013, causa C-547/10 P, *Confederazione svizzera/Commissione*, N 78 segg. (cfr. *supra*, nota 13).

¹⁴⁵ Sentenza della Corte giust. del 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*: tale società, con sede in Svizzera, si era avvalsa dell'effetto *erga omnes* della libera circolazione dei capitali (cfr. *supra*, nota 75) per contestare il diniego opposto dalla competente autorità germanica dell'autorizzazione di concedere crediti a titolo professionale a clienti residenti in Germania. La Corte di giustizia ha per contro ritenuto che tale attività è in principio riconducibile sia alla libera prestazione dei servizi, sia alla libera circolazione dei capitali, ma che il regime nazionale di autorizzazione ostacola principalmente la libera prestazione dei servizi (e solo di conseguenza quella dei capitali) che la Svizzera, in qualità di Paese terzo ed in assenza di un accordo in tale ambito, non può invocare. Al riguardo, cfr. CARL BAUDENBACHER, *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*, in: ZSR/RDS 2012 II/2, pag. 419 segg., pag. 495: «*It's clear that the ECJ's judgment was motivated by reciprocity considerations. If Switzerland wants its operator to enjoy freedom to provide services in the EU, it will have to conclude a respective agreement with the EU.*»; sulla sentenza, si veda altresì A. BORGHI, pag. 147 segg.

¹⁴⁶ Causa C-506/10; cfr. anche *supra*, cap. 2.2.1. lett. b).

sente che «l'accordo si colloca nell'ambito più generale delle relazioni tra l'Unione europea e la Confederazione svizzera, la quale, pur non avendo optato per la partecipazione allo Spazio economico europeo e al mercato interno dell'Unione, è comunque vincolata a quest'ultima da molteplici accordi che hanno ad oggetto tematiche ampie e prevedono diritti e obblighi specifici, analoghi, sotto certi aspetti, a quelli previsti dal Trattato. L'obiettivo generale di tali accordi, ivi compreso l'accordo di cui alla causa principale, è quello di rafforzare i rapporti economici tra l'Unione e la Confederazione svizzera. Pertanto, i motivi, tassativamente elencati all'art. 5, n. 1, dell'allegato I dell'accordo, che possono giustificare una deroga a regole fondamentali di quest'ultimo, quali il principio della parità di trattamento, devono essere interpretati in maniera restrittiva»¹⁴⁷.

Successivamente, la Corte di giustizia ha interpretato le disposizioni dell'ALC in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale fondandosi sull'esigenza di accordare un *effetto utile* (concreto)¹⁴⁸ agli obiettivi dello stesso.¹⁴⁹ Ha così riconosciuto ad una cittadina svedese che, dopo aver esercitato per otto anni un'attività professionale in Svizzera, alla nascita della figlia ha smesso di lavorare ed è ritornata in Svezia, il diritto ad ottenere un assegno parentale calcolato sulla base dei redditi derivanti dalla sua attività professionale svolta esclusivamente in Svizzera. In tale contesto i giudici hanno optato per un'interpretazione dell'Accordo che permettesse di rispettarne effettivamente gli obiettivi ed il principio della parità di trattamento stabilito all'art. 8 lett. a) ALC, volendo così garantire «che l'esercizio del diritto alla libera circolazione non abbia per effetto di privare il lavoratore migrante di vantaggi previdenziali rispetto ad altri lavoratori che non hanno esercitato tale diritto».¹⁵⁰

¹⁴⁷ Sentenza *Graf e Engel*, N 32 e 33. Cfr. anche il commento alla sentenza di CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, *Droit européen: Suisse – Union européenne*, in: RSDIE 2011, pag. 743 segg., pag. 746 seg.

¹⁴⁸ Si vedano anche le Conclusioni del 21 giugno 2011 dell'Avvocato generale Ján Mazák, causa C-257/10.

¹⁴⁹ Sentenza della Corte giust. del 15 dicembre 2011, causa C-257/10, *Bergström*. Per un commento, cfr. CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER, *Droit européen: Suisse – Union européenne*, in: SZIER 2012, pag. 661 segg., pag. 664.

¹⁵⁰ In concreto, la legge svedese richiedeva l'esercizio in Svezia di un'attività che per-

Anche la successiva causa *Ettwein* si fonda sulla medesima considerazione secondo cui la libertà di circolazione delle persone sarebbe ostacolata se un cittadino di una parte contraente subisse uno svantaggio nel proprio Paese di origine per il solo motivo di aver esercitato il proprio diritto di circolazione.¹⁵¹ Degno di nota in tale contesto è poi il fatto che la Corte di giustizia abbia deciso di distanziarsi dall'interpretazione assai restrittiva dell'ALC proposta dall'avvocato generale che, a sostegno della sua conclusione (opposta), era addirittura (a nostro avviso paradossalmente) giunto a sostenere che, in virtù dell'art. 16 §2 ALC, la Corte non dovesse essere vincolata nemmeno alle proprie precedenti sentenze rese in applicazione dell'Accordo posteriormente alla sua firma.¹⁵²

metta di essere assicurato per almeno 240 giorni prima del parto. Occorreva quindi chiarire se, in base all'ALC ed al regolamento n. 1408/71 (che, per l'acquisizione del diritto a prestazioni prevedono l'applicazione della cosiddetta regola della «totalizzazione»), si dovesse tener conto del periodo di attività compiuto esclusivamente ed integralmente in Svizzera e, d'altro canto, se i redditi professionali percepiti in Svizzera dovessero essere assimilati a redditi nazionali che, in Svezia, servono per calcolare l'importo della prestazione familiare richiesta. Talune parti interessate ritenevano che il termine «totalizzazione» presupponesse almeno due periodi di attività compiuti in più Stati membri e che occorresse quindi avere un periodo nazionale al quale potesse essere sommato il periodo compiuto all'estero. La Corte ha invece statuito che in virtù degli art. 8 lett. c) ALC e 72 regolamento n. 1408/71, occorre tener conto di «tutti i periodi» compiuti nel territorio di ogni altro Stato membro (quindi *in casu* di quelli compiuti integralmente in Svizzera) come se si trattasse di periodi compiuti sotto la legislazione nazionale dell'ente che eroga le prestazioni. D'altro canto, per attribuire un effetto utile a tali disposizioni, ha stabilito che l'importo della prestazione familiare va calcolato tenendo conto dei redditi di una persona che esercita, nello Stato membro in cui richiede la prestazione, un'attività comparabile a quella svolta dal richiedente negli altri Stati e che dispone di un'esperienza e di qualifiche comparabili.

¹⁵¹ Causa C-425/11 (N 51), commentata *supra*, cap. 2.2.1.b).

¹⁵² Conclusioni dell'avvocato generale Niilo Jääskinen del 18 ottobre 2012 nella causa C-425/11, *Katja Ettwein*. In tale contesto, egli aveva precisato che le sentenze della Corte giust. nelle cause *Stamm e Hauser e Graf e Engel*, siccome rese posteriormente alla firma dell'Accordo, non avrebbero potuto essere prese in considerazione ai fini di questa causa poiché, conformemente all'art. 16 §2 ALC, il Comitato misto «è l'unico organo competente per determinarne le eventuali implicazioni nei confronti della Confederazione svizzera nell'ambito delle corrispondenti disposizioni dell'Accordo (...). Una soluzione contraria costituirebbe un'erronea valutazione dell'invocabilità *ratione temporis* della giurisprudenza pertinente della Corte ai sensi dell'Accordo CE-Svizzera e sarebbe contraria alla volontà delle parti contraenti di non assoggettare la Confederazione svizzera al potere giurisdizionale della Corte per

3. Prospettive future e rilievi conclusivi

Come visto, il diritto dell'Unione esplica, secondo modalità e con intensità diverse, un influsso crescente anche sul nostro ordinamento giuridico. Se tuttavia fino a ieri la Svizzera ha potuto permettersi il lusso di attuare un processo di europeizzazione tendenzialmente selettivo e statico, oggi la realtà politica e giuridica la pone nella difficile (e quasi paradossale) situazione di dover gestire la sua autonomia quale «*Drittstaat*» in maniera più complessa e articolata di quanto non accadrebbe se avesse scelto altre forme di integrazione (segnatamente l'adesione allo SEE o all'Unione stessa)¹⁵³: da un lato, il carattere statico della maggior parte degli accordi, che contrasta fortemente con il dinamismo del diritto comunitario, conduce anche internamente a situazioni problematiche, contrarie sia alla stessa conclamata volontà di garantire una compatibilità con il diritto europeo, sia al principio della certezza del diritto¹⁵⁴; per di

quanto riguarda l'interpretazione futura di quest'ultima. Orbene, eventuali sviluppi a favore di una maggiore integrazione economica tra i due partner potrebbero avere luogo soltanto a livello politico. (...) In assenza di una volontà in tal senso, l'obiettivo di omogeneità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto è ostacolato dalle divergenze esistenti tra le finalità e il contesto dell'Accordo CE -Svizzera, da un lato, e le finalità e il contesto del diritto dell'Unione, dall'altro. L'applicazione dell'acquis comunitario prevista dal suddetto Accordo, che depona a favore di un'interpretazione coerente delle norme equivalenti, deve tuttavia limitarsi agli obiettivi dell'Accordo anzidetto.» In conclusione, l'avvocato generale aveva cionondimeno sottolineato come «*un trattamento discriminatorio di tal genere sia, in ogni caso, poco difendibile alla luce dei valori costituzionali comuni agli Stati membri, trattandosi, in particolare, dello stesso trattamento riservato a persone che si trovano in una situazione equiparabile*».

¹⁵³ MAIANI, pag. 27 segg.

¹⁵⁴ In particolare, come ha rilevato anche il Consiglio federale nel suo Rapporto del 17 settembre 2010 sulla valutazione della politica europea svizzera, in: FF 2010, pag. 6395 segg. (citato Rapporto politica europea svizzera), pag. 6434 e 6446, diversi esempi mostrano che per mantenere lo status quo in materia di accesso al mercato occorre costantemente rivedere o completare il quadro giuridico oggetto degli accordi bilaterali: infatti, le modalità dell'accesso al mercato comunitario possono essere riviste in ogni momento e, in tale contesto, nuove regolamentazioni all'interno dell'UE sono suscettibili di creare anche per la Svizzera nuovi ostacoli al commercio, che è quindi necessario sopprimere adattando le corrispondenti normative se non si vuole pregiudicare i vantaggi ottenuti con gli accordi esistenti, creando altresì una situazione di insicurezza giuridica.

più, come visto, l'adattamento del diritto è un procedimento lungo e costoso nel quale la Svizzera ha tutto sommato un'influenza limitata¹⁵⁵. D'altro lato, da tempo l'Unione manifesta una certa insofferenza verso l'approccio bilaterale e settoriale e non manca di sottolineare che, in assenza di un «*horizontal institutional framework*», esso ha ormai raggiunto il suo limite e deve essere ripensato, se non si vuole porre a repentaglio l'omogeneità del mercato interno e la sicurezza giuridica. Così, con sempre maggiore insistenza chiede che la Svizzera assicuri, seppur con formule compatibili con le particolarità del sistema svizzero, un'applicazione sincronizzata e un'interpretazione uniforme dell'*acquis* comunitario in costante evoluzione, nonché un meccanismo di sorveglianza indipendente che preveda anche un'istanza superiore competente per la risoluzione dei conflitti.

In questo contesto, il Consiglio federale ribadisce costantemente la propria intenzione di continuare ad impostare le relazioni con l'Unione sulla via degli accordi bilaterali, ma si propone di adottare, nell'ambito della loro riconduzione ed estensione, un approccio più globale e coordinato.¹⁵⁶ Così, ha sottoposto all'Unione una serie di proposte di soluzioni istituzionali (parzialmente ispirate al sistema istaurato dall'accordo sullo Spazio economico europeo) che dovrebbero applicarsi per la prima volta nel quadro dei negoziati attualmente in corso sul dossier dell'energia elettrica ed in seguito fungere da modello per altri futuri accordi di liberalizzazione.¹⁵⁷ In sintesi, la Svizzera ha dichiarato di condividere l'obiettivo generale di garantire l'*omogeneità* dell'applicazione e dell'interpretazione delle disposizioni che sono parte dell'*acquis*. Essa non è tuttavia pronta ad accettare il principio di un *recepimento* automatico degli sviluppi del diritto europeo pertinente, bensì propone che l'adeguamento avvenga in base a decisioni prese di comune accordo, nel rispetto delle esigenze costituzionali di entrambe le parti e prevedendo semmai l'ado-

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, cap. 1.

¹⁵⁶ Cfr. il Rapporto politica europea svizzera, pag. 6430 seg.

¹⁵⁷ Cfr. i «Principi applicabili alla risoluzione delle questioni istituzionali nell'ambito dell'accordo tra la Svizzera e l'Unione europea nel settore dell'energia elettrica» allegati alla lettera invita il 15 giugno 2012 dal Consiglio federale al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso.

zione di misure di compensazione nei casi in cui la Svizzera non fosse in grado di recepire una determinata modifica; in relazione a tale impegno, il Consiglio federale considera però imprescindibile la possibilità per la Svizzera di prendere parte all'elaborazione dei nuovi sviluppi del diritto comunitario nel settore coperto dall'accordo¹⁵⁸. Per quanto attiene alla *sorveglianza dell'applicazione* dell'accordo, il Consiglio federale propone l'istituzione di un'autorità nazionale indipendente che avrebbe la competenza (analoga a quella della Commissione europea) di garantire la corretta applicazione dell'accordo da parte delle autorità svizzere ed avviare, in caso di violazione, una procedura giurisdizionale per inadempimento dinanzi alle massime istanze giudiziarie svizzere. Inoltre, al fine di garantire l'omogeneità nell'*interpretazione* delle disposizioni dell'accordo, la Svizzera da un lato ipotizza un obbligo (sancito nell'accordo stesso) di prendere in considerazione la giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore e posteriore alla conclusione dell'accordo; d'altro lato propone un dialogo istituzionalizzato tra le Corti supreme delle due Parti nonché la possibilità per la Svizzera di depositare memorie o osservazioni scritte alla Corte nel caso in cui uno Stato membro le sottoponesse una questione pregiudiziale in relazione al campo d'applicazione dell'accordo. Infine, in generale le divergenze d'opinione andrebbero discusse e risolte in seno al Comitato misto e, se quest'ultimo non fosse in grado di comporre la divergenza entro un termine utile, la parte lesa avrebbe la facoltà di adottare misure di compensazione adeguate e proporzionate, la cui portata sarebbe esaminata da un'istanza arbitrale.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Cd. *decision shaping*, che prevede la partecipazione di rappresentanti della Svizzera alle sedute dei gruppi di lavoro, comitati e gruppi di esperti competenti per l'elaborazione del nuovo atto giuridico.

¹⁵⁹ In tema, si veda altresì ROGER ZÄCH, Die Übernahme von EU-Recht – ein Vorschlag zur Verbesserung der institutionellen Mechanismen, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2010/2011, Berna/Zurigo 2011, pag. 497 segg.; GEORGES BAUR/CHRISTA TOBLER, Zwischen Skylla und Charybdis – oder: die Schweiz vor der Wahl zwischen bilateralem Weg und EWR?, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2010/2011, Berna-Zurigo 2011, pag. 513 segg.; ANNE-CATHRINE TANNER/NATHANAEL HUWILER, Der bilaterale Weg der Schweiz: Souveränität, Demokratie und Gewaltenteilung im ökonomischen und politischen Kreuzfeuer, in: A.-C. Tanner/C. Siebeneck/B. Brändli (a cura di), Schweiz und Europa, Berna 2011, pag. 3 segg.

In risposta a tali proposte il Consiglio dell'Unione, pur apprezzando la proposta della Svizzera di porre il principio dell'omogeneità al centro degli sviluppi futuri degli accordi, ha dichiarato di ritenere necessari progressi più incisivi su questo fronte e ritiene che, alla luce della constatazione secondo cui la Svizzera non si limita più a partecipare ad una relazione bilaterale ma è ormai coinvolta in un vero e proprio «progetto multilaterale», il quadro istituzionale degli accordi debba presentare un livello di certezza giuridica ed indipendenza analogo al meccanismo creato nel contesto dello SEE.¹⁶⁰ *Affaire à suivre...*

In attesa che venga trovata una soluzione alla cosiddetta «questione istituzionale», la giurisprudenza della nostra Alta corte analizzata in questo contributo rivela sostanzialmente una notevole apertura all'Europa e, grazie alla sua logica dinamica, sembra poter fornire un valido (seppur certamente ridotto) contributo al superamento dell'*impasse* creatasi tra la natura statica dell'armonizzazione del diritto svizzero ed un diritto europeo che è invece in costante evoluzione. È tuttavia indubbio che nemmeno il pragmatismo mostrato dal Tribunale federale è in grado di porre rimedio al vero punto debole degli accordi di libera circolazione, che consiste nell'assenza di un meccanismo inteso ad instaurare una interazione formale tra il Tribunale federale e la Corte di giustizia.¹⁶¹

¹⁶⁰ Council conclusions on EU relations with EFTA countries, 3213th Transport, Telecommunications and Energy Council meeting, 20 December 2012.

¹⁶¹ BIEBER, pag. 27. L'assenza di un simile dialogo si è ad esempio rivelata problematica nella DTF 136 II 241 (analizzata *supra*, cap. 2.2.1.a), in part. nota 60), dove il Tribunale federale ha interpretato l'art. 9 §2 All. I ALC in contrasto con la (di poche settimane) precedente sentenza della Corte di giustizia nel caso *Grimme*.