



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

MARATONA DEL DIRITTO

Università della Svizzera italiana, Lugano

Data: 22 novembre 2019

Ambito: DIRITTO PUBBLICO

Novità e conferme in materia di libera circolazione delle persone CH-UE

Appunti per la conferenza

Relatore: Federica De Rossa, Prof. Dr. Avv., Istituto di diritto dell'Università della Svizzera italiana

Malgrado la sua complessità, che lo rende forse un po' ostile a tutti noi, il crescente impatto dell'Accordo CH-UE sulla libera circolazione delle persone (ALC) anche in ambiti del diritto che esulano dal campo specifico del diritto degli stranieri impone ad ogni avvocato di conoscerne la portata e la relativa giurisprudenza di applicazione, non solo del Tribunale federale, ma anche della Corte di giustizia dell'UE. In effetti, da un lato anche la CGUE si pronuncia (sebbene raramente) su casi relativi all'ALC; d'altro lato, il TF prende ormai regolarmente in considerazione l'evoluzione della giurisprudenza resa dalla CGUE sul diritto europeo negli ambiti interessati dall'ALC, provocando talvolta anche cambiamenti o precisazioni di giurisprudenza. Pertanto, l'avvocato che si muove con familiarità nelle strutture del diritto europeo coperto dagli accordi bilaterali dispone sicuramente tutta una serie di argomenti in più a tutela degli interessi del suo cliente, e ciò non solo in materia di diritto degli stranieri, ma anche nell'ambito del diritto fiscale, penale, societario, sociale, degli appalti, dell'accesso di operatori economici al mercato, ecc.

La giurisprudenza di applicazione dell'ALC è restata piuttosto ricca negli ultimi anni, ma le sentenze pubblicate nella raccolta ufficiale sono in diminuzione. Emerge in effetti che le novità non sono più molto numerose e che l'applicazione dell'ALC riguarda piuttosto casi "di routine" decisi nel solco della giurisprudenza (dinamica) tracciata negli scorsi anni dal TF in maniera parallela a quella della Corte di giustizia dell'UE nell'intento di garantire una situazione giuridica parallela tra i due ordinamenti. I casi di applicazione – le conferme – vertono in particolare, ad esempio, su:



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

- i) La nozione di lavoratore, l’acquisto e – soprattutto – la perdita dello statuto di lavoratore, centrale per potersi avvalere del diritto di restare in Svizzera e percepire eventuali prestazioni sociali e di disoccupazione. Sul punto ci si limita a segnalare, tra tante:
- STF del 9 settembre 2019 2C_251/2019, sulla nozione di attività lavorativa subordinata “reale ed effettiva”;
 - STF del 7 maggio 2019 2C_439/2018, in merito alla perdita dello statuto di lavoratore, che talvolta viene accertata con troppa fretta. È importante per il patrocinatore tenere presente che questo costituisce sovente un punto nodale nei ricorsi contro le decisioni di revoca dei permessi.
- ii) Il diritto di restare in Svizzera ad altro titolo
- ricongiungimento familiare ed effettività del legame coniugale: STF dell’8 luglio 2019 2C_345/2019 (criteri per ammettere l’esistenza di una *Scheinehe*)
 - diritto di soggiorno senza attività lucrativa: sulla nozione di “mezzi finanziari sufficienti” al fine di riconoscere un tale diritto di soggiorno, si segnala la sentenza CGUE 2 ottobre 2019, causa C-93/2018, *Bajratari*, dove la Corte ha confermato che, trattandosi di individuare i mezzi finanziari a disposizione del cittadino che si avvale di un diritto di soggiorno nello Stato membro, il diritto derivato UE non pone esigenza alcuna in merito alla provenienza dei mezzi finanziari. L’importante è che questi consentano di evitare al suo beneficiario di diventare un onere irragionevole per il sistema statale di assistenza sociale. Pertanto i redditi di un genitore che risiede senza autorizzazione di soggiorno nello Stato e vi esercita (senza permesso di lavoro) un’attività lucrativa consentono al figlio cittadino UE di rimanere poiché gli accordano mezzi finanziari sufficienti a tal fine. Questa giurisprudenza è ripresa da tempo anche dal TF: si veda da ultimo DTF 144 II 113.
- iii) La revoca/mancato rinnovo del permesso a seguito della commissione di reati (*infra*)

Per una panoramica più completa nel merito di queste nozioni, di cui qui sono segnalate solo alcune sentenze di conferma, si rinvia alla documentazione delle due edizioni precedenti della Maratona OATI.

In questa sede, si è scelto di affrontare tre differenti questioni che permettono di mostrare l’impatto dell’Accordo in campi che esulano dall’ambito specifico del diritto degli stranieri.



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

L'impatto dell'ALC sulla tendenza dei Cantoni a proteggere il proprio mercato del lavoro da manodopera estera: incompatibilità con l'ALC dell'iniziativa popolare Vodese "Gardons nos places de travail en priorité pour nos résidents": STF del 26 novembre 2018 1C_136/2018 consid. 5.3. non pubblicato in DTF 145 I 167

Il 21 marzo 2017 alcuni cittadini vodesi hanno presentato un'iniziativa popolare cantonale intitolata "Immigration libre et frontières ouvertes: Gardons nos places de travail en priorité pour nos résidents" tendente all'introduzione nella costituzione cantonale di due nuove disposizioni. La prima obbligava il Cantone e i comuni, nella loro veste di datori di lavoro, ad accordare la priorità nelle assunzioni nel settore pubblico ai cittadini svizzeri e titolari di un permesso di domicilio (permesso C), ovvero in situazione regolare e ben integrati. La seconda mirava ad instaurare un sistema di imposizione fiscale dei datori di lavoro che assumono determinate categorie di lavoratori stranieri che non siano titolari di un permesso di domicilio o dello statuto di rifugiato.

Il Consiglio di Stato vodese ha dichiarato nulla l'iniziativa, ritenendola incompatibile con il diritto superiore, ed in particolare con l'ALC. Impugnata senza successo tale decisione davanti al Tribunale cantonale, gli iniziativaisti si sono rivolti al Tribunale federale invocando, oltre alla lesione del diritto di essere sentito del comitato di iniziativa nell'ambito della procedura di invalidazione dell'iniziativa da parte del CdS/VD (consid. 4 pubblicato in DTF 145 I 167), una violazione dei diritti politici, che si configurerebbe siccome i giudici cantonali hanno ammesso che l'iniziativa non poteva essere interpretata in maniera conforme al diritto superiore (consid. 5 non pubblicato nella DTF).

In merito a quest'ultimo punto, che qui interessa, il TF ha rilevato che il sistema che instaura la preferenza (nuovo art. 58a Cst./VD) costituisce una violazione del divieto delle discriminazioni (dirette e indirette) fondate sulla nazionalità sancito dall'art. 2 ALC e, in particolare per i lavoratori dipendenti, concretizzato all'art. 9 All. 1 ALC, e ciò anche se la preferenza interviene unicamente a parità di competenze. Ha respinto l'argomento dei ricorrenti secondo cui il fatto che il criterio della nazionalità e della stabilità del permesso di soggiorno subentri solo dopo aver considerato anche formazione, esperienza, percorso professionale, età e referenze del candidato relativizzerebbe in un certo senso il carattere discriminatorio della priorità: resta il fatto che si tratta pur sempre di una discriminazione. Quest'ultima non può nemmeno essere giustificata da un interesse pubblico pertinente poiché la promozione delle assunzioni di lavoratori stranieri regolari e ben integrati non rientra nelle eccezioni ammissibili alla luce dell'accordo (art. 10 all. 1 ALC - impieghi presso la pubblica amministrazione per attività legate all'esercizio del potere pubblico, né art. 5 all. 1 ALC - motivi di ordine pubblico e polizia). Nemmeno l'argomento degli iniziativaisti secondo cui la regola della priorità indigena avrebbe nella prassi una portata ridotta poiché si riferirebbe unicamente ai cittadini UE titolari di un permesso B (mentre invece i titolari di un permesso C sarebbero trattati in maniera identica agli svizzeri) e con competenze equivalenti a quelle di un candidato svizzero o domiciliato, è stato considerato pertinente: il numero di persone suscettibili di incorrere in un trattamento discriminatorio non influisce infatti sull'esistenza



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

stessa della discriminazione. Infine, il TF ha respinto pure l'argomento secondo cui tale disposizione istituirebbe una semplice "preferenza nazionale light" considerando che essa favorisce comunque alcune categorie di stranieri residenti. I ricorrenti hanno infine sollevato un'analogia con l'iniziativa ticinese "Prima i nostri", che ha ricevuto la garanzia dell'Assemblea federale: al riguardo, il Tribunale federale ha rilevato che il paragone non è pertinente. L'art. 14 I/c Cst./TI – che incarica il Cantone di provvedere affinché sul mercato del lavoro venga privilegiato a pari qualifiche professionali chi vive sul suo territorio per rapporto a chi proviene dall'estero (attuazione del principio di preferenza agli Svizzeri), prescinde dal tipo permesso e comunque si limita a fissare uno scopo e un mandato legislativo, che non ha carattere *self-executing*; i giudici hanno anche ricordato che nell'ambito della garanzia federale accordata a questa disposizione, il Consiglio federale ha sottolineato che le autorità ticinesi dispongono di un margine di manovra minimo riguardo alla sua concretizzazione.

Per quanto attiene poi al sistema di imposizione fiscale dei datori di lavoro (art. 58b Cst./VD), il Tribunale federale ha confermato che esso disincentiva i datori di lavoro dall'assumere lavoratori stranieri con permesso di dimora, privilegiando così i lavoratori svizzeri o con permesso C e come tale per i primi rappresenta un ostacolo all'accesso al mercato ed una discriminazione fondata sulla loro nazionalità, inammissibile. Nemmeno questa disposizione offre alcun margine di interpretazione conforme al diritto superiore.

I giudici di Mon Repos hanno quindi confermato la nullità dell'iniziativa cantonale.

L'impatto dell'ALC sul regime dell'espulsione penale introdotto nel CP a seguito dell'iniziativa per l'espulsione di stranieri che commettono reati (art. 66a CP)

Per quanto attiene al meccanismo dell'espulsione penale, si rinvia all'intervento dell'avv. Letizia Vezzoni ("3 anni dall'entrata in vigore delle disposizioni relative all'espulsione in materia penale: lo stato della situazione"). In questa sede ci si limiterà ad analizzare la giurisprudenza nella quale il Tribunale federale si è chinato sul rapporto, o meglio sulla tensione nata tra l'art. 66a CP e l'ALC.

Al fine di contestualizzare il tema, è necessaria una premessa che consenta di rammentare la portata dell'ALC trattandosi della decadenza del diritto di soggiornare in Svizzera fondata non sul diritto penale bensì sul diritto degli stranieri, a seguito però della commissione di reati di natura penale (revoca o mancato rinnovo del permesso ai sensi degli art. 62 ss. LStrI).

Nella sua costante giurisprudenza (cfr. per es. DTF 139 II 121, consid. 5.3; STF del 16 gennaio 2017, 2C_887/2016; per una più ampia casistica, si veda l'intervento della sottoscritta in occasione della Maratona del diritto OATI nel 2017), il TF rammenta in sintesi che:

- i) il permesso di soggiorno non è regolato nell'ALC e viene concesso in base alla LStrI; allo stesso modo, un divieto d'entrata o una revoca di permesso nei confronti di uno straniero in «regime ALC» viene pronunciato in base ai motivi indicati nella suddetta legge federale (art. 62 ss., art. 33 cpv. 3);



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

- ii) in simile contesto, assume tuttavia rilievo l'art. 5 All. I ALC, a norma del quale i diritti conferiti dall'Accordo possono essere limitati soltanto da misure giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità;
- iii) nell'interpretazione di tali nozioni – che costituiscono nozioni di diritto comunitario riprese dall'ALC – il TF tiene conto della giurisprudenza della CGUE (come prescritto dall'art. 16§2 ALC), anche di quella posteriore alla firma dell'Accordo (in un'ottica dinamica, per assicurare una situazione giuridica parallela, secondo un principio ormai invalso da un decennio: cfr. DTF 142 II 35 e 143 II 57). Secondo la giurisprudenza costante della CGUE le deroghe alla libera circolazione garantita dall'ALC vanno interpretate in modo restrittivo. Il ricorso alla nozione di ordine pubblico presuppone il sussistere di una minaccia attuale, effettiva e sufficientemente grave di un interesse fondamentale per la società;
- iv) Una condanna penale va di conseguenza considerata come motivo per limitare i diritti conferiti dall'Accordo solo se dalle circostanze che l'hanno determinata emerge un comportamento personale costituente una minaccia grave e attuale per l'ordine pubblico. La mera presenza di condanne penali ed un'espulsione che persegua il mero scopo di prevenzione dalla commissione di ulteriori reati non è a tal fine sufficiente. Occorre valutare le circostanze concrete, quali la gravità del reato, il rischio di recidiva, il comportamento dell'interessato, il suo grado di integrazione sociale, familiare e professionale in Svizzera e, nell'ottica di una valutazione della proporzionalità di una sua espulsione dal nostro paese, le possibilità per lui di reintegrarsi nel suo paese d'origine.
- v) Le esigenze per allontanare dalla Svizzera un cittadino in regime ALC sono quindi più elevate di quelle applicabili agli altri stranieri provenienti da Paesi non UE (per i quali di applica solo la LStr).

Un recentissimo esempio, piuttosto significativo in quest'ottica, della giurisprudenza relativa all'art. 5 All. I ALC è costituito dalla **STF del 28 ottobre 2019 2C_624/2019**. Si trattava *in casu* di un cittadino olandese entrato in Svizzera con un permesso L poi tramutato in permesso B dopo aver dichiarato di non avere carichi penali pendenti. Durante il suo soggiorno in Svizzera egli è stato condannato due volte per guida in stato di ebbrezza con un tasso alcolico piuttosto elevato ed è altresì emerso che diversi anni prima di entrare in Svizzera era stato condannato due volte per un totale di 32 mesi di reclusione per infrazione alla “legge sulle droghe”. La Sezione della popolazione gli ha quindi revocato il permesso di dimora intimandogli di lasciare la Svizzera. Il provvedimento è stato in seguito confermato dalle due istanze cantonali. Il Tribunale federale ha invece ritenuto che, nella misura in cui il ricorrente potesse ancora essere considerato un lavoratore ed avvalersi quindi dei diritti conferitigli dall'ALC (circostanza che il TF non ha potuto verificare, rinviando così l'incarto all'autorità inferiore), un suo allontanamento dalla Svizzera non sarebbe compatibile con l'ALC. In effetti, sebbene egli abbia ottenuto il permesso dichiarando falsamente di essere incensurato (ciò che ai sensi della LStrI costituisce già di per sé un motivo di revoca del permesso – art. 62 cpv. 1/a), i giudici hanno rilevato che:

- i) un simile atteggiamento potrebbe tutt'al più costituire un indizio di una minaccia attuale ed



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

effettiva per l'ordine pubblico, ma va preso in considerazione nell'esame globale della situazione e non fine a sé stesso;

- ii) le precedenti condanne penali, benché riguardanti reati commessi nell'ambito degli stupefacenti e quindi gravi (DTF 139 cit.; si veda recentemente anche STF del 30 ottobre 2019 2C_586/2019 consid. 6.), sono risalenti (2005 e 2007) e non sono in principio da sole sufficienti per ammettere una minaccia grave ed effettiva (fatti salvi accertamenti ulteriori che il TRAM è stato chiamato ad effettuare e che dovessero appurare il contrario);
- iii) allo stesso modo, seppur gravi per l'ordine e la sicurezza pubblici, nemmeno le due condanne per guida in stato di ebbrietà permettono di giungere a tali conclusioni.

Visto tale approccio (della seconda Corte di diritto pubblico) è ora interessante analizzare l'approccio della Corte di diritto penale nel contesto dell'espulsione penale che, come noto, presuppone un meccanismo praticamente automatico di espulsione a seguito della commissione di determinati reati, non tutti della gravità richiesta dalla giurisprudenza appena evocata relativa al diritto degli stranieri, e che consente la presa in considerazione della situazione personale dello straniero e della proporzionalità fondamentalmente solo nella costellazione eccezionale del caso di rigore (art. 66a cpv. 2 CP).

Ora, dopo alcune sentenze in cui la questione del rapporto ALC-CP ha potuto non essere affrontata, il TF è entrato in materia in due recentissime sentenze tracciando una prima direttrice:

Nella prima sentenza (**DTF 145 IV 55**), dopo aver rammentato lo scopo settoriale ed economico dell'ALC (consid. 3.2), i giudici hanno sottolineato che il diritto di coloro che possono dedurre dall'Accordo un titolo di soggiorno in Svizzera è condizionato – attraverso la riserva dell'art. 5 All. I ALC – al rispetto dell'ordinamento giuridico di questo Paese. In altri termini, in principio ogni Paese mantiene la facoltà di determinare autonomamente il diritto di ingresso degli stranieri e quindi anche di limitarlo e, d'altra parte, lo straniero è autorizzato a soggiornarvi solo alla duplice condizione di poter dedurre dall'accordo un diritto specifico al soggiorno e di mantenere un comportamento conforme alla legge, conformità che il ricorrente, commettendo il reato di lesioni corporali semplici e minaccia, non aveva evidentemente assicurato. I giudici hanno poi aggiunto che l'ALC non contiene disposizioni penali e non è un accordo di diritto penale; "*pointiert formuliert*" hanno detto: la Svizzera, stipulando l'ALC non ha concordato alcuna libera circolazione dei criminali stranieri. Essa non è vincolata all'ALC quando deve legiferare in materia di diritto penale nazionale anche se, beninteso, è tenuta a prendere in considerazione le disposizioni dell'ALC (art. 27 Convenzione di Vienna sui Trattati) (consid. 3.3). D'altra parte, la Corte ha poi rilevato che l'iniziativa è stata approvata dal popolo, il quale ha nel contempo esplicitamente respinto il controprogetto diretto che in sostanza si prefiggeva di garantire il rispetto della proporzionalità e prendere in considerazione l'entità della sanzione; del resto, contro l'attuazione proposta poi dal Parlamento non è stato lanciato il referendum (consid. 3.4). Ad ogni modo, il Tribunale federale ha per finire precisato che in concreto la questione della



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

gerarchia delle norme tra CP e ALC non si pone – e può quindi restare irrisolta - poiché è possibile interpretare il diritto nazionale in maniera conforme al diritto internazionale. Infatti, secondo il TF, trattandosi di una “*eigenständige strafrechtliche Massnahme*”, ovvero di un’espulsione pronunciata in base al CP e non in base al diritto degli stranieri (LStrI), la giurisprudenza resa in materia di diritto degli stranieri non è rilevante (consid. 4.2) e comunque la corte cantonale aveva svolto un esame della proporzionalità individuando un rischio concreto per l’ordine pubblico: in questo caso, quindi, l’espulsione non costituiva comunque una misura adottata per mere ragioni di prevenzione generale.

Nella seconda sentenza, più recente (**STF del 22 maggio 2019 6B_378/2018, destinata a pubblicazione**), si trattava invece della violazione alla LStup perpetrata da un cittadino spagnolo residente in Svizzera, atto considerato comunque grave dalla vigente giurisprudenza in relazione all’art. 5 All. 1 ALC e alla LStrI. In questo contesto, sembra essersi ulteriormente delineata la tendenza ad una sorta di applicazione autonoma dell’art. 5 All. 1 ALC nell’ambito dell’interpretazione di una norma di diritto penale: i giudici hanno infatti aggiunto al ragionamento iniziato nella precedente sentenza che “*Der Begriff der öffentlichen Ordnung (“ordre public”) gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang 1 FZA wird hier verstanden als die Störung der sozialen Ordnung und Sicherheit, wie sie jede Straftat darstellt*” (consid. 3.5.1). Hanno osservato che la giurisprudenza della CGUE sulla quale la II. Corte di diritto pubblico ha sempre fondato la propria prassi riconosce comunque anche agli Stati un certo margine di apprezzamento (consid. 3.7) e che occorre come sempre procedere ad un esame specifico di ogni singolo caso di espulsione alla luce dell’art. 5 All. 1 ALC, ma che l’interpretazione restrittiva data all’art. 5 All. 1 ALC nel contesto abituale del diritto economico e degli stranieri non deve essere automaticamente trasposta anche nel diritto penale poiché l’espulsione penale non rileva dell’ALC, non ha né una componente economica, né di diritto migratorio (consid. 3.8). In definitiva, ricorrendo ad una “interpretazione autonoma”, il TF ha riconosciuto che, nonostante la prognosi favorevole che il giudice penale aveva riconosciuto al ricorrente sospendendogli condizionalmente la pena, il criterio decisivo per pronunciare l’espulsione è costituito dalla tipologia e dalla gravità del reato commesso. Quando ha iniziato il traffico di cocaina che gli rendeva 5’000/6’000 fr al mese, del resto, il ricorrente si è consapevolmente assunto il rischio che avrebbe perso il diritto di soggiorno in Svizzera.

Alcune considerazioni sul trend delineato da queste due sentenze si impongono: il ragionamento piuttosto complesso costruito dalla giurisprudenza penale relativa all’art. 66a CP appare poco convincente per diverse ragioni. Innanzitutto, non si giustifica di adottare due pesi e due misure per un’espulsione amministrativa e una penale, ritenuto che entrambe, nel risultato, pervengono a limitare un diritto di soggiorno e di circolazione in Svizzera accordato dall’ALC ed entrambe, peraltro, si fondano sulla commissione, a monte, di reati di natura penale. In altri termini, non si intravedono motivi fondati per adottare due differenti interpretazioni del medesimo articolo di un accordo internazionale, una dal profilo del diritto degli stranieri ed una dal profilo del diritto penale, per limitare, nei due casi, il medesimo



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

diritto alla libera circolazione. In realtà, nel risultato, la possibilità di operare un'interpretazione autonoma dell'Accordo in uno specifico ambito del diritto interno ci pare scontrarsi con l'intenzione delle parti di creare una situazione giuridica parallela al fine di ottenere un ordinamento omogeneo nell'ambito dell'accordo (DTF 136 II 5 e successiva giurisprudenza). È immaginabile che si tratti di un tentativo per continuare ad assicurare un'interpretazione compatibile del diritto federale con l'ALC senza dover arrivare a pronunciarsi sulla delicata questione della preminenza del diritto bilaterale sul diritto federale (posteriore e frutto di un'iniziativa popolare). Va ricordato tuttavia che in ambito fiscale, trattandosi di modificare il regime di imposizione fiscale dei cosiddetti "quasi residenti", il TF ha ammesso la preminenza dell'ALC sulla legislazione federale in materia fiscale (DTF 136 II 241; si veda anche, sempre in materia fiscale, DTF 140 II 167).

(per una critica di questa giurisprudenza si veda tra l'altro *Astrid Epiney*, *Strafrechtliche Landesverweisung und FZA*, in: Jusletter 19 agosto 2019)

L'impatto dell'ALC sul diritto fiscale: la sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 26 febbraio 2019, causa C-581/17, *Martin Wächtler* e l'incompatibilità della cd. *exit tax* con l'ALC

In effetti, impatto dell'accordo sul diritto fiscale nazionale (svizzero, ad esempio nel caso DTF 136; germanico, nella sentenza che affronteremo qui) continua ad essere rilevante. Degna di nota in tal senso è la recente giurisprudenza Wächtler che riguarda un cittadino tedesco residente in Germania e amministratore di una SaGL di diritto svizzero (attiva nell'ambito della consulenza informatica) di cui detiene anche il 50% delle quote. Quando il signor Wächtler decide di trasferire in Svizzera il suo domicilio, l'amministrazione fiscale tedesca lo tassa con un'imposta sul reddito sulla plusvalenza latente relativa alla partecipazione in questa società, senza concedergli il differimento del pagamento. Ritenendo tale tassazione, generata dal semplice trasferimento in Svizzera del proprio domicilio, incompatibile con l'ALC, il contribuente impugna la decisione di tassazione. Il giudice tedesco sottopone quindi alla CGUE una domanda di pronuncia pregiudiziale volta a dirimere la questione della compatibilità di un simile sistema di tassazione con l'ALC, ritenuto che il regime fiscale tedesco consente invece il differimento del pagamento senza interessi né costituzione di garanzie fino alla cessione effettiva delle quote (realizzazione effettiva della plusvalenza), quando il trasferimento del domicilio avviene in uno Stato UE o SEE.

La Corte qualifica innanzitutto lo statuto del signor Wächtler, nella sua veste di amministratore della SaGl per la quale svolge attività di consulenza informatica e di cui detiene metà delle quote, quale "lavoratore autonomo". Rammenta infatti, come del resto fa la costante giurisprudenza del TF (DTF 141 II 1), che la nozione di "lavoratore subordinato" è una nozione di diritto dell'Unione, che l'ALC ha ripreso, e che presuppone la fornitura, per un certo periodo di tempo, di prestazioni a favore di un'altra persona e sotto la sua direzione, in un rapporto di



OATI

Ordine degli Avvocati del Canton Ticino

subordinazione e percependo in cambio una retribuzione. Al contrario, deve essere qualificato come lavoratore autonomo colui il quale esercita tale attività in assenza di un qualsivoglia rapporto di subordinazione. Ritenuta l'assenza, nel caso concreto, del vincolo di subordinazione, la situazione del signor Wächtler – cittadino tedesco che si è stabilito in Svizzera per esercitarvi un'attività lavorativa non subordinata nell'ambito di una sua società - ricade nella sfera di applicazione dell'art. 12 §1 All. 1 ALC che contempla un diritto di soggiorno/stabilimento in Svizzera per esercitarvi un'attività indipendente senza ostacoli e discriminazioni fondate sulla nazionalità (art. 15 e 9 All. 1 ALC: parità di trattamento).

Ora, la libera circolazione dei lavoratori autonomi è ostacolata se un cittadino di una parte contraente subisce uno svantaggio nel proprio paese d'origine per il semplice fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione: *in casu*, Wächtler ha infatti subito uno svantaggio fiscale rispetto agli altri cittadini tedeschi che come lui amministrano società ma mantengono il proprio domicilio in Germania; tale differenza di trattamento fiscale costituisce uno svantaggio finanziario di natura tale da dissuaderlo dal fare effettivo uso del proprio diritto di stabilimento derivante dall'ALC.

Questo trattamento differenziato non può nemmeno essere giustificato alla luce dell'art. 21 §3 ALC, che riserva alle parti contraenti la facoltà di adottare misure volte a garantire l'imposizione, il pagamento o il recupero effettivo delle imposte o a prevenire l'evasione fiscale, poiché simili misure devono ad ogni modo rispettare il principio della proporzionalità: la possibilità per il contribuente di differire il pagamento dell'imposta, eventualmente combinata con la richiesta di garanzie volte ad assicurarne l'effettiva riscossione, avrebbe consentito alla Germania di esercitare comunque la propria giurisdizione tributaria sulle plusvalenze senza limitare oltre il necessario la libertà di circolazione del signor Wächtler.

(Per un altro recente caso di applicazione dell'ALC da parte della CGUE in relazione ai regimi fiscali nazionali, ed in particolare alla *exit tax*, si veda la sentenza CGUE, causa C-355/16, *Picart*. Sul tema, si veda anche Francesca Amaddeo, *Le exit tax e la compatibilità con la libera circolazione delle persone tra UE e Svizzera*, in: NF 4/2019, p. 202 ss.)

FdR. Lugano, novembre 2019