2019 VII/3

Estratto della decisione della Corte VI
nella causa A. contro Segreteria di Stato della migrazione
F-1385/2017 del 12 luglio 2019

Divieto d'entrata. Applicabilità ratione personae dell'ALC ad una frontiera, cittadina di uno Stato terzo, coniugata con un frontaliere, cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea.

Art. 1 lett. a, art. 4, art. 7 lett. e ALC. Art. 2 par. 1, art. 3, art. 7 all. I ALC.

1. Vi sono due modalità di usufruire della libera circolazione per intraprendere un'attività lucrativa dipendente: una è quella di stabilirsi nel paese che accoglie, attraversando una sola volta la frontiera (lavoratore dimorante); l'altra è quella di attraversare la frontiera del paese che accoglie ogni giorno o almeno una volta alla settimana (lavoratore frontaliere; consid. 10.1).
2. I lavoratori migranti dimoranti e i lavoratori migranti frontalieri, in quanto lavoratori dipendenti, godono sostanzialmente degli stessi diritti derivanti dalla libertà di circolazione consacrata dall'ALC (consid. 10.1).
3. La cittadina di uno Stato terzo può invocare l'ALC per fondare il suo diritto, derivato, di lavorare in Svizzera come frontiera senza un permesso di lavoro nazionale (permesso G), nella misura in cui suo marito, cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, ha fatto e fa uso, come frontaliere, del proprio diritto, originario, alla libera circolazione (consid. 11.1).

Einreiseverbot. Persönliche Anwendbarkeit des FZA auf eine drittstaatsangehörige Grenzgängerin, die mit einem EU-angehörigen Grenzgänger verheiratet ist.

Art. 1 Bst. a, Art. 4, Art. 7 Bst. e FZA. Art. 2 Abs. 1, Art. 3, Art. 7 Anhang I FZA.

1. Um im Rahmen der Freizügigkeit eine unselbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, gibt es zwei Möglichkeiten: Die eine besteht darin, sich im Aufnahmestaat niederzulassen, indem die Grenze ein einziges Mal überschritten wird (Arbeitnehmer mit Aufenthaltsstatus); die andere ist dadurch gekennzeichnet, dass

die Grenze des Aufnahmestaats täglich oder mindestens einmal in der Woche überschritten wird (Arbeitnehmer mit Grenzgängerstatus; E. 10.1).

2. Wanderarbeitnehmer mit Aufenthaltsstatus und Wanderarbeitnehmer mit Grenzgängerstatus haben als unselbstständige Arbeitnehmer bezüglich der im FZA verankerten Freizügigkeit grundsätzlich dieselben Rechte (E. 10.1).
3. Nimmt ein EU-Angehöriger sein originäres Freizügigkeitsrecht als Grenzgänger in Anspruch, kann seine drittstaatsangehörige Ehefrau im Rahmen des FZA daraus das Recht ableiten, ohne nationale Arbeitsbewilligung (Ausweis G) als Grenzgängerin in der Schweiz zu arbeiten (E. 11.1).

Interdiction d'entrée. Applicabilité ratione personae de l'ALCP à une frontalière, ressortissante d'un Etat tiers, mariée à un frontalier, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne.

Art. 1 let. a, art. 4, art. 7 let. e ALCP. Art. 2 par. 1, art. 3, art. 7 annexe I ALCP.

1. Il y a deux possibilités de se prévaloir de la liberté de circulation pour exercer une activité lucrative dépendante : la première consiste à s'établir dans le pays d'accueil en traversant une seule fois la frontière (travailleur résident) ; la seconde consiste à traverser la frontière du pays d'accueil chaque jour ou, du moins, une fois par semaine (travailleur frontalier) (consid. 10.1).
2. Dès lors qu'ils sont salariés, les travailleurs migrants résidents et les travailleurs migrants frontaliers bénéficient en substance des mêmes droits tirés de la liberté de circulation consacrée par l'ALCP (consid. 10.1).
3. La ressortissante d'un Etat tiers peut invoquer l'ALCP pour fonder son droit, dérivé, de travailler en Suisse comme frontalière sans permis de travail national (permis G), dans la mesure où son époux, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, a fait et fait usage, en tant que frontalier, de son propre droit, originaire, à la libre circulation (consid. 11.1).

Il 6 aprile 2016, il Ministero pubblico del Cantone Ticino ha condannato A. (di seguito: la ricorrente), cittadina della Repubblica popolare cinese,

residente in Italia, coniugata con un cittadino italiano e madre di tre figli, ad una pena pecuniaria per avere, da novembre 2015 a marzo 2016, esercitato un'attività lucrativa quale aiuto-cuoca e lavapiatti, a Lugano, senza essere in possesso del necessario permesso.

Venuta a conoscenza di questa condanna, la Segreteria di Stato della migrazione (SEM) ha comunicato alla ricorrente di essere intenzionata a pronunciare nei suoi confronti un divieto d'entrata in Svizzera e nel Liechtenstein, invitandola ad esprimersi in proposito.

Il 19 dicembre 2016, la ricorrente ha inoltrato le sue osservazioni alla SEM, corredate, in particolare, di copie del suo permesso di soggiorno, di durata illimitata, e del suo certificato di residenza italiani.

Il 17 gennaio 2017, preso atto delle osservazioni della ricorrente, la SEM ha pronunciato nei suoi confronti un divieto d'entrata in Svizzera e nel Liechtenstein per la durata di tre anni, ossia fino al 16 gennaio 2020, togliendo l'effetto sospensivo ad un eventuale ricorso. In sostanza, la SEM considera che l'infrazione imputata alla ricorrente costituisce una violazione dell'ordine e della sicurezza pubblici, così come intesi sia dalla legislazione federale sugli stranieri, sia dell'ALC (RS 0.142.112.681), il quale sarebbe applicabile in ragione del fatto che la ricorrente « è sposata ad un cittadino italiano ».

Il 3 marzo 2017, rappresentata dal suo legale, la ricorrente ha adito il Tribunale amministrativo federale, chiedendo, con la restituzione dell'effetto sospensivo, che la decisione impugnata sia annullata oppure riformata.

Il 9 marzo 2017, il Tribunale amministrativo federale ha accolto la domanda tendente alla restituzione dell'effetto sospensivo.

L'11 maggio 2017, la SEM ha risposto al ricorso chiedendo che sia respinto in tutte le sue conclusioni. In particolare, diversamente da quanto esposto nella decisione impugnata, la SEM nega che l'ALC sia applicabile, esprimendo l'opinione che, sebbene sia sposata con un cittadino italiano, la ricorrente non gode di un diritto originario alla libera circolazione, ma soltanto di un diritto derivato, e che, siccome suo marito è titolare di un permesso di frontaliere, il quale « non implica un diritto al soggiorno [in Svizzera] », la ricorrente non può prevalersi di alcun diritto derivato. Su questa scia, la SEM pretende che il principio di discriminazione (recte: non discriminazione) non sia applicabile « in quanto indirizzato ai cittadini che soggiornano in Svizzera », concludendo, su un piano generale, che « il coniuge del cittadino comunitario frontaliere non può prevalersi dell'ALC ».

Dai considerandi:

5. A titolo preliminare bisogna ora stabilire se l'ALC sia applicabile *ratione personae* alla ricorrente, da un lato, come cittadina di un paese terzo (« *Drittstaatsangehörige* »), ossia non avente né la nazionalità svizzera, né la nazionalità di uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo (SEE: Islanda, Liechtenstein e Norvegia), e, dall'altro lato, come membro della famiglia (« *Familienangehörige* ») di un cittadino dell'Unione europea. La questione si pone nella misura in cui il marito della ricorrente ha fatto uso e fa uso del suo diritto alla libera circolazione ai sensi dell'ALC.

5.1 Il marito della ricorrente è un cittadino italiano (cinese naturalizzato) che lavora come frontaliere in Ticino. Questo significa che egli deriva direttamente dall'ALC il diritto ad esercitare la sua attività economica in Svizzera (cfr. art. 2 par. 1 all. I ALC, cit. qui sotto). In questo senso, egli gode di un diritto originario o, altrimenti detto, di un diritto proprio a lavorare in Svizzera. Ciò posto, è necessario nel prosieguo verificare se la ricorrente, in quanto coniuge cinese di un cittadino italiano, con un permesso di soggiorno italiano di durata illimitata, possa legittimamente ricavare dal diritto originario di suo marito un diritto per sé stessa (diritto derivato) a lavorare come frontaliera in Ticino.

5.2 In proposito, nella decisione impugnata la SEM ha considerato che l'ALC è applicabile alla fattispecie in base al dato di fatto che la ricorrente « è sposata ad un cittadino italiano ». In quest'ottica si deve quindi presupporre che la decisione impugnata è stata resa tenendo conto dei principi che reggono le restrizioni del diritto alla libera circolazione ai sensi dell'ALC.

Tuttavia, nelle sue osservazioni dell'11 maggio 2017, formulate in risposta al ricorso, la SEM ha cambiato parere quanto all'applicazione dell'ALC, sostenendo che « *il coniuge dell'interessata è al beneficio di un permesso quale frontaliere. La situazione di un cittadino comunitario titolare di permesso G è sostanzialmente differente da quella di un connazionale titolare di un permesso di dimora. In primo luogo, il principio di discriminazione (...) non trova applicazione (in quanto indirizzato ai cittadini che soggiornano in Svizzera) (...) il coniuge del cittadino comunitario frontaliere non può quindi prevalersi dell'ALC e una misura di divieto d'entrata nei suoi confronti non deve quindi rispondere alle restrittive esigenze previste dall'art. 5 dell'allegato I ALC* ».

Si osservi che questo ribaltamento d'opinione non ha avuto, in definitiva, alcuna conseguenza sul contenuto della decisione impugnata, nella misura in cui la SEM non ha proceduto, come avrebbe eventualmente potuto in occasione della sua risposta al ricorso, ad un riesame della stessa (cfr. art. 58 cpv. 1 PA).

6.

6.1 L'ALC si prefigge di conferire un diritto di ingresso, di soggiorno e di *accesso a un'attività economica dipendente*, un diritto di stabilimento quale lavoratore autonomo e il diritto di rimanere sul territorio delle parti contraenti (art. 1 lett. a ALC). Il diritto di soggiorno e di accesso a un'attività economica è garantito (...) conformemente alle disposizioni dell'all. I (art. 4 ALC), come pure il diritto dei *membri della famiglia* di esercitare un'attività economica, qualunque sia la loro nazionalità (art. 7 lett. e ALC).

I *cittadini* di una parte contraente hanno il diritto di soggiornare e di esercitare un'attività economica, come dipendenti, indipendenti o prestatori di servizi, nel territorio dell'altra parte contraente, diritto comprovato dal rilascio di una *carta di soggiorno* o di una *carta speciale per i frontalieri* (art. 2 par. 1 nonché art. 6–23 all. I ALC). I *membri della famiglia* di un cittadino di una parte contraente avente un diritto di soggiorno hanno il diritto di stabilirsi con lui (...; art. 3 par. 1 all. I ALC). La carta di soggiorno rilasciata a un membro della famiglia ha la medesima validità di quella rilasciata alla persona da cui dipende (art. 3 par. 4 all. I ALC). Il *coniuge* e i figli minori di ventun anni o a carico di una persona avente il diritto di soggiorno hanno il *diritto di accedere a un'attività economica* a prescindere dalla loro cittadinanza (art. 3 par. 5 all. I ALC).

6.2 Il *lavoratore dipendente frontaliere* è un cittadino di una parte contraente che ha la sua residenza sul territorio di una parte contraente e che esercita un'attività retribuita sul territorio dell'altra parte contraente e ritorna al luogo del proprio domicilio di norma ogni giorno, o almeno una volta alla settimana. *I lavoratori frontalieri non hanno bisogno del rilascio di una carta di soggiorno* (art. 7 par. 1 e 2 all. I ALC).

6.3 Per conseguire gli obiettivi definiti dall'ALC, le parti contraenti prendono 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. Nella misura in cui l'applicazione dell'ALC implica nozioni di diritto comunitario, si tiene

conto della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia delle Comunità europee precedente la data della sua firma. La giurisprudenza della Corte successiva alla firma dell'ALC è comunicata alla Svizzera. Per garantire il corretto funzionamento dell'ALC, il Comitato misto (cfr. art. 14 ALC) determina, su richiesta di una delle parti contraenti, le implicazioni di tale giurisprudenza (art. 16 ALC).

6.4 L'ALC, in quanto trattato internazionale, deve essere interpretato in *buona fede* in base al *senso comune* da attribuire ai suoi termini nel loro *contesto* ed alla luce del suo *oggetto* e del suo *scopo* (art. 31 cpv. 1 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati [RS 0.111, di seguito: CVDT], valida per la Svizzera dal 6 giugno 1990). Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende essenzialmente il testo, il preambolo e gli allegati (art. 31 cpv. 2 CVDT). Oltre che del contesto, si tiene anche conto, in particolare, di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato (art. 31 cpv. 3 CVDT).

Nell'ottica di un'interpretazione teleologica dell'ALC è d'ausilio il principio del cosiddetto « *effet utile* » (« *Effektivitätsgrundsatz* »), sviluppato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE; dal 1° dicembre 2009, la Corte di giustizia dell'Unione europea [CGUE]) affinché le norme europee applicabili, soprattutto quelle del diritto primario, esplicino piena efficacia in conformità con il loro oggetto e il loro scopo (cfr., p. es., le sentenze della CGCE del 6 ottobre 1981 246/80 C. Broekmeulen, Racc. 1981 punto 16; e del 17 settembre 2002 C-253/00 Antonio Muñoz y Cia SA, Superior Fruiticola SA/Frumar Ltd, Redbridge Produce Marketing Ltd, Racc. 2002 I-07289 punto 28; nonché, per analogia, la sentenza del TF 2C_743/2017 del 15 gennaio 2018 consid. 4.2; cfr. anche ROLAND BIEBER et al., Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 13^a ed. 2019, § 9 n. 18 e 19).

7. Per inquadrare la questione del campo di applicazione *ratione personae* del diritto alla libera circolazione delle persone tra la Svizzera e l'Unione europea nonché tra gli Stati membri di quest'ultima, è opportuno innanzitutto richiamarsi alla dottrina.

7.1 La dottrina svizzera evidenzia, con riferimento al Preambolo dell'ALC, che « *Ziel des Abkommens ist die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU < auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen > [...]* »

(BIEBER et al., op. cit., § 12 n. 5). Quanto al campo d'applicazione personale dell'ALC, la stessa sottolinea che esso « *umfasst in erster Linie die Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten sowie der Schweiz. Drittstaatsangehörige können sich als Familienangehörige von EU-Staatsangehörigen [...] auf das FZA berufen. Zu berücksichtigen ist, dass das Abkommen die Anspruchsberechtigten in fünf Kategorien einteilt: Arbeitnehmer, Selbständige, Dienstleistungserbringer, Nichterwerbstätige sowie Familienangehörige der vier erstgenannten Kategorien* » (MARTINA CARONI et al., *Migrationsrecht*, 3^a ed. 2014, pag. 197).

7.2 Dal canto suo, la dottrina tedesca, esplicitando il senso dell'art. 45 (libera circolazione dei lavoratori) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), asserisce che « *die Freizügigkeitsrechte der Familienangehörigen leiten sich – ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit – aus den Rechten des EU-Arbeitnehmers her [...]* » e che « *Drittstaatsangehörige können sich – abgesehen von ihrer Stellung als Familienangehörige – nicht auf die Rechte nach Art. 45 berufen* » (cfr. CALLIESS/RUFFERT, *EUV/AEUUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar*, 5^a ed. 2016, n. 28 e 32 ad art. 45 TFUE). Su questa scia, la dottrina tedesca precisa che anche « *die Angehörigen von Grenzgängern, die nicht im Beschäftigungsstaat wohnen* », possono invocare la parità di trattamento (principio di non discriminazione), segnatamente in materia di vantaggi sociali (cfr. VON DER GROEBEN/SCHWARZE/HATJE, *Europäisches Unionsrecht*, 7^a ed. 2015, n. 100 e 101 ad art. 45 TFUE).

8. La dottrina ha ricavato queste conclusioni generali riferendosi, oltre che al testo e allo scopo dell'ALC e del TFUE, anche alla giurisprudenza della CGCE/CGUE.

8.1 Nella sua giurisprudenza emanata prima della sottoscrizione dell'ALC (21 giugno 1999) e, quindi, vincolante per la Svizzera (cfr. art. 16 par. 2 ALC), la CGCE ha constatato che « *la libertà di circolazione dei lavoratori [...] implica il diritto all'integrazione nello Stato ospitante, specialmente per la famiglia del lavoratore, allo scopo di evitare ripercussioni negative su detta libertà che altrimenti si produrrebbero. A questo proposito va rilevato che il beneficio della parità di trattamento, segnatamente in materia di vantaggi sociali, [...] riconosciuta da una costante giurisprudenza a favore dei familiari del lavoratore, persegue lo stesso obiettivo e costituisce un importante fattore d'integrazione nello Stato ospitante* » (sentenza della CGCE del 30 aprile 1996 C-308/93 *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank/Cabanis-Issarte*, Racc. 1996 I-2141

punto 38). La CGCE ha specificato che « *il diritto di libera circolazione [deve] essere riconosciuto < indistintamente ai lavoratori { permanenti }, stagionali e frontalieri o a quelli che esercitano la loro attività in occasione di una prestazione di servizi* » (sentenza della CGCE del 27 novembre 1997 C-57/96 Meints/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Racc. 1997 I-6723 punto 50, il cui contenuto è stato ribadito nella sentenza della CGCE dell'8 giugno 1999 C-337/97 Meeusen/Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, Racc. 1999 I-03289 punto 21).

8.2 Nella sua giurisprudenza emanata dopo la sottoscrizione dell'ALC e, dunque, di per sé non vincolante per la Svizzera, fermo restando che i tribunali svizzeri se ne ispirano, salvo motivi contrari importanti, « *per garantire il corretto funzionamento dell'ALC* » (art. 16 par. 2 ALC; cfr. DTF 144 II 113 consid. 4.1), la CGCE ha avuto modo di concretizzare la portata del diritto alla libera circolazione di un cittadino di uno Stato terzo e membro della famiglia di un cittadino dell'Unione europea.

8.2.1 In una sentenza disponibile soltanto in francese, e non pubblicata nella Raccolta della giurisprudenza della CGCE, quest'ultima ha pronunciato che « *en imposant dans sa législation l'obtention d'un permis de travail pour les ressortissants d'États tiers mariés avec des travailleurs migrants de l'Union européenne et en ne mettant pas sa législation en conformité avec le droit communautaire, le Grand-Duché de Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 11 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté* » (sentenza della CGCE del 27 ottobre 2005 C-165/05 Commissione delle Comunità europee/Granducato del Lussemburgo punto 12).

Occorre sottolineare che la sentenza Commissione delle Comunità europee/Granducato del Lussemburgo è scaturita da una cosiddetta procedura d'infrazione dei trattati, iniziata dalla Commissione europea nei confronti del Granducato del Lussemburgo, in base all'art. 226 del vecchio Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), articolo che corrisponde all'art. 258 TFUE (cfr. Tavole di corrispondenza, GU C 83/361 del 30.3.2010). Nell'ambito di tale procedura, che non presuppone necessariamente l'esistenza di un caso concreto di richiesta di tutela giurisdizionale, la CGCE ha proceduto ad un esame diretto o astratto della conformità della legislazione sul lavoro lussemburghese al diritto europeo (cfr. BIEBER et al., op. cit., § 9 n. 24).

8.2.2 In una sentenza successiva, la CGCE ha precisato che un cittadino di uno Stato terzo non ha « *il diritto di accedere ad un'attività subordinata in uno Stato membro diverso da quello in cui il suo coniuge, cittadino comunitario che si sia avvalso del proprio diritto alla libera circolazione, svolge o ha svolto un'attività subordinata* » (sentenza della CGCE del 30 marzo 2006 C-10/05 Mattern e Cikotic/Ministre du Travail et de l'Emploi, Racc. 2006 I-3162 punto 28).

8.3

8.3.1 Premesso che il lavoratore frontaliero è un lavoratore migrante (cfr. sentenza della CGCE del 18 luglio 2007 C-212/05 Hartmann/Freistaat Bayern, Racc. 2007 I-6346 punto 24 e 25, nonché consid. 6.2), la CGUE ha constatato, quanto ad eventuali specificità dello statuto di frontaliero rispetto allo statuto di lavoratore dipendente ordinario (non frontaliero), che l'ALC menziona una sola volta, all'art. 7 all. I ALC (cfr. consid. 6.2), letto in combinato disposto con l'art. 6 all. I ALC, il lavoratore frontaliero in quanto tale, e ciò per stabilire nei suoi confronti talune regole più favorevoli in materia di diritto di soggiorno rispetto a quelle fissate per altri lavoratori dipendenti (cfr. sentenza della CGUE del 21 settembre 2016 C-478/15, Radgen/Finanzamt Ettlingen, pubblicata nella Raccolta digitale [Raccolta generale] punto 34). Questa sostanziale equivalenza degli statuti di lavoratore dipendente ordinario e di lavoratore dipendente frontaliero è avvalorata da una cospicua giurisprudenza consolidata della CGCE/CGUE, in particolare relativa alla parità di trattamento dei lavoratori dipendenti frontalieri e non frontalieri in materia di vantaggi sociali (cfr., p. es., le sentenze della CGUE del 15 dicembre 2016 C-401/15, Depesme ed altri/Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, pubblicata nella Raccolta digitale [Raccolta generale] punto 53 [la nozione di « familiari » si applica anche ai lavoratori frontalieri], e del 20 giugno 2013 C-20/12, Giersch ed altri/État du Grand-Duché de Luxembourg, pubblicata nella Raccolta digitale [Raccolta generale] punto 46 [disparità di trattamento, risultante dal fatto che il requisito di residenza è richiesto agli studenti figli di lavoratori frontalieri; discriminazione indiretta], nonché la sentenza della CGCE del 24 settembre 1998 C-35/97 Commissione delle Comunità europee/Repubblica francese, Racc. 1998 I-05325 punto 40 [il diritto di libera circolazione deve essere riconosciuto indistintamente ai lavoratori permanenti, stagionali e frontalieri o a quelli che esercitano la loro attività in occasione di una prestazione di servizi]).

8.3.2 Per illustrare la giurisprudenza appena esposta della CGCE/CGUE con un caso nazionale relativamente recente, è interessante riportare una sentenza del Tribunale amministrativo federale austriaco (BVwG) del 9 febbraio 2017 (< www.ris.bka.gv.at/Bvwg/ >), e riguardante una coppia domiciliata in Germania, ossia una cittadina cinese, studentessa in Austria, sposata con un cittadino tedesco, lavoratore frontaliero in Austria. Riguardo al diritto della cittadina cinese di chiedere il parziale rimborso delle tasse d'iscrizione all'università da lei versate alla stessa stregua di una cittadina di un paese terzo, il BVwG ha considerato che « *der Ehemann der BF hat von seinem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht, indem er als deutscher Staatsbürger eine berufliche Tätigkeit in Österreich ausübt. Er verwirklicht damit einen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Dabei schadet es nicht, dass sich sein Hauptsitz weiterhin in Deutschland befindet. Auch dass die BF Grenzgängerin ist und zwar mit ihrem Mann in Deutschland lebt, beide jedoch in Österreich arbeitend bzw. studierend tätig sind, schadet nicht [...]. Das Recht auf generell gleichen Hochschulzugang besteht für Familienangehörige von UnionsbürgerInnen unabhängig von der Staatsangehörigkeit, daher ist ihre chinesische Staatsangehörigkeit unbeachtlich. Es handelt sich um ein abgeleitetes Recht, das unabhängig von der eigenen Staatsangehörigkeit ist.* » (sentenza del BVwG consid. 3.3.3 e 3.3.5).

8.4 È ancora utile puntualizzare, a scanso di equivoci, che i diritti di cui godono i familiari, titolari della cittadinanza di uno Stato terzo, di un cittadino dell'Unione europea in Svizzera in virtù della libera circolazione delle persone, si limitano a quelli definiti dall'ALC. In proposito, siccome la Svizzera non ha adottato la direttiva 2004/38/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 (direttiva sulla cittadinanza; GU L 158/77 del 30.4.2004), i diritti supplementari che questa direttiva tende a conferire ai familiari di un cittadino dell'Unione europea nell'ambito della libera circolazione tra gli Stati membri, i quali usufruiscono comunque di un determinato margine di manovra in relazione alla trasposizione dei detti diritti nei loro rispettivi ordinamenti giuridici nazionali (cfr., p. es., l'art. 13 della direttiva [mantenimento del diritto di soggiorno dei familiari in caso di divorzio, di annullamento del matrimonio o di scioglimento dell'unione registrata]), non valgono nei confronti della Svizzera (cfr. DTF 139 II 393 consid. 4.1.2; cfr. anche, per approfondire la questione, EPINEY/AFFOLTER, *Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie*, Jusletter dell'11 marzo 2019).

9. (...)

10.

10.1 Dai considerandi di diritto 6, 7 e 8 esposti in precedenza, si evince che il frontaliere è un lavoratore migrante, non necessitante di una carta di soggiorno, e che, in questa sua qualità, gode sostanzialmente dello stesso statuto di un lavoratore dipendente ordinario. Sussiste quindi una sorta di « parallelismo di forme » tra, da un lato, il marito soggiornante (dimorante) e la moglie soggiornante (dimorante), e, dall'altro lato, il marito soggiornante (frontaliere) e la moglie soggiornante (frontaliera). Infatti, i dimoranti e i frontalieri sono messi sullo stesso piano rispetto all'esercizio del diritto alla libera circolazione per intraprendere un'attività lucrativa: si può così dire che anche il frontaliere « soggiorna » nel paese in cui lavora durante il tempo dell'esecuzione del suo lavoro, e fa quindi uso del suo diritto alla libera circolazione, il criterio discriminante essendo la durata (continua o non continua) della presenza sul territorio dello Stato ospitante. Altrimenti detto, vi sono due modalità di usufruire della libera circolazione: una è quella di stabilirsi nel paese che accoglie, attraversando per così dire una sola e unica volta la frontiera (permesso di dimora UE/AELS); l'altra è quella di attraversare la frontiera del paese che accoglie ogni giorno o almeno una volta alla settimana (permesso di frontaliere UE/AELS). In entrambi i casi, gli interessati fanno uso della loro libertà di circolazione secondo le finalità previste dall'ALC (ingresso, soggiorno, esercizio di un'attività lavorativa e/o dimora). Questa interpretazione è conforme al senso comune dei termini utilizzati nel contesto dell'art. 2 par. 1 all. I ALC, in cui si parla di « *diritto di soggiornare* » e di « *diritto di esercitare un'attività economica* » per i lavoratori migranti dimoranti e i lavoratori migranti frontalieri indistintamente (cfr. consid. 6.1 e 6.4).

10.2 Di conseguenza, la distinzione teorica operata dalla SEM, nella sua risposta al ricorso (ma non nella decisione impugnata), tra lavoratori comunitari *dimoranti* in Svizzera e cittadini comunitari che lavorano come *frontalieri* in Svizzera (cfr. consid. [...] 5.2), al fine di negare l'applicazione *ratione personae* dell'ALC alla ricorrente, non è conciliabile con un'interpretazione conforme al testo, all'oggetto e allo scopo dell'ALC. Pertanto, essa costituisce una violazione del diritto federale (cfr. art. 49 lett. a PA).

L'inconsistenza della distinzione teorizzata dalla SEM significa che la ricorrente, in quanto cittadina di un paese terzo (Repubblica popolare cinese) sposata (membro della famiglia) con un cittadino dell'Unione europea

che ha fatto uso e fa uso della libera circolazione lavorando come frontaliere in Ticino, può prevalersi dell'ALC e, in linea di massima, rivendicare, a titolo derivato, gli stessi diritti che esso attribuisce, a titolo originario, a suo marito.

11. Stabilito che l'ALC si applica *ratione personae* anche alla ricorrente, bisogna ora verificare se la stessa possa senz'altro rivendicare per sé il diritto, derivandolo dall'esercizio da parte di suo marito del proprio diritto alla libertà di circolazione, di lavorare come frontaliere in Ticino. Questo diritto deve essere, in linea di principio, riconosciuto come conseguenza dell'applicazione *ratione personae* dell'ALC alla ricorrente, a meno che lo stesso ALC non contenga eventuali restrizioni particolari, *ad personam*, in relazione alla libera circolazione dei familiari, cittadini di uno Stato terzo, dei frontalieri comunitari.

11.1 In proposito si deve constatare che non sussistono restrizioni particolari del genere nell'ALC: i lavoratori migranti dimoranti e i lavoratori migranti frontalieri hanno un diritto di soggiornare e di esercitare un'attività economica in Svizzera, e i loro coniugi, indipendentemente dalla loro nazionalità, hanno lo stesso diritto di soggiornare e di accedere ad un'attività economica in Svizzera (cfr. art. 2 par. 1 e art. 3, par. 4 e 5 all. I ALC, cit. al consid. 6.1; cfr. sentenza Hartmann/Freistaat Bayern, cit. al consid. 8.3.1). Questo significa che, se il marito (titolare del diritto di libera circolazione) della ricorrente decidesse di stabilirsi (dimora) in Svizzera, la ricorrente avrebbe il diritto di seguirlo e anche il diritto di lavorare in Svizzera (ricongiungimento familiare). Parallelamente, in assenza di norme restrittive speciali nell'ALC riguardo ai coniugi, cittadini di Stati terzi, di lavoratori migranti comunitari, e alla luce della giurisprudenza della CGCE, secondo cui il fatto di esigere da un cittadino di uno Stato terzo, sposato con un lavoratore migrante (dimorante o frontaliere) dell'Unione europea, un permesso di lavoro per esercitare un'attività lucrativa nello Stato ospitante, contravviene alla libertà di circolazione dei lavoratori (cfr. Commissione delle Comunità europee/Granducato del Lussemburgo, punto 21, cit. al consid. 8.2.1), si deve ammettere che la ricorrente può invocare l'ALC anche per fondare il suo diritto (derivato) di lavorare in Svizzera come frontaliere senza un permesso di lavoro nazionale (permesso G), nella misura in cui suo marito, cittadino italiano, ha fatto e fa uso, come frontaliere (ogni giorno o almeno una volta alla settimana), del proprio diritto (originario) alla libera circolazione.

11.2 A questa conclusione si giunge anche argomentando « a maiori ad minus », in base al senso letterale e allo scopo dell'ALC, che mette sullo

stesso piano i lavoratori migranti dimoranti e i lavoratori migranti frontalieri (cfr. consid. 6.1, 6.2 e 8.3.1). Infatti, in generale, non si capisce per quale motivo il frontaliere, che fa uso della sua libertà di circolazione in modo, per così dire, meno estensivo del lavoratore migrante dimorante, non possa prevalersi del diritto all'integrazione, per sua natura limitata, nello Stato ospitante, anche senza esservi domiciliato, a favore della sua famiglia. E ciò, in particolare, sotto il profilo del diritto del suo coniuge di lavorare nel detto Stato in qualità di frontaliere o di intraprendervi degli studi, a dipendenza delle circostanze della loro vita comune (cfr. la sentenza Meints/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, punto 50; cit. al consid. 8.1, nonché la sentenza del BVwG, cit. al consid. 8.3.2). In relazione al caso concreto, queste circostanze personali concernono essenzialmente l'esistenza di due ristoranti cinesi, uno a Lugano e uno a Lucerna, di cui è proprietaria una delle figlie della ricorrente. Il principio della parità di trattamento con i lavoratori migranti dimoranti implica che non si può esigere dal marito della ricorrente che si stabilisca a Lugano o a Lucerna per permettere a sua moglie di lavorare nei ristoranti in questione e, quindi, di beneficiare del suo diritto all'integrazione ai sensi dell'ALC e della consolidata giurisprudenza della CGCE. Nel caso contrario, infatti, il marito della ricorrente, in quanto frontaliere, e, di riflesso, la ricorrente stessa, sarebbero vittime di una disparità di trattamento implicita o indiretta, fondata sul criterio del domicilio, rispetto ad un lavoratore migrante dimorante e alla sua famiglia; senza contare che, in questo modo, il marito della ricorrente, se fosse impossibilitato a trasferire il suo domicilio a Lugano o a Lucerna, ad esempio per ragioni economiche (livello delle pigioni degli appartamenti superiore a quello della regione di confine italiana), si vedrebbe tangibilmente ostacolato nell'esercizio del suo diritto originario alla libera circolazione in qualità sia di potenziale lavoratore migrante dimorante, non potendo egli trasferirsi in Svizzera, sia di lavoratore migrante frontaliere, non potendo la stessa ricorrente lavorare come frontaliere in Svizzera.

11.3 Sulla falsariga di quanto precede, si noti che negare l'applicazione *ratione personae* dell'ALC alla ricorrente, con i diritti che ne derivano per lei indirettamente, significherebbe, in definitiva, mettere quest'ultima sullo stesso piano di uno straniero di un paese terzo senza alcun legame con un cittadino di uno Stato dell'Unione europea. Ora, delineare una tale analogia non corrisponde né al senso, né allo scopo dell'ALC interpretato in conformità, segnatamente, con il principio del cosiddetto « *effet utile* », ossia della piena efficacia delle norme applicabili nel campo della libera circolazione delle persone, come ciò risulta chiaramente dalla giurisprudenza

consolidata della CGCE/CGUE nonché dalla dottrina svizzera e tedesca esposte in precedenza.