

SEMINARIO DI AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE PER I MAGISTRATI DELLE
COMMISSIONI TRIBUTARIE DELLE REGIONI ABRUZZO E MOLISE

dott. Giuseppe Santoro

Consiglio di presidenza della giustizia tributaria

IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE COSTITUZIONALE ED IL RINVIO
PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

A) PREGIUDIZIALE COSTITUZIONALE

Il controllo di costituzionalità ha la funzione di verificare che una legge sia compatibile con la Costituzione.

Va premesso che, ai sensi dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953, questo controllo «esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del parlamento». La Corte, quindi, non ha il compito di valutare l'opportunità, la convenienza della legge, ossia le scelte politiche del Parlamento.

I tipi di vizi che danno luogo a contrasto di una legge con una norma costituzionale sono tre:

- a) *vizio formale*, che si ha nel caso in cui non siano state rispettate le norme costituzionali relative al procedimento di formazione della legge (ad esempio, una legge sia stata votata in un testo difforme dalla Camera e dal Senato);
- b) *vizio materiale o sostanziale*, che è il più comune e che si ha quando una legge viola direttamente una norma o un principio costituzionale (ad es. una legge tributaria non rispetta il principio stabilito nell'art. 53 della Costituzione secondo cui il sistema tributario si informa a criteri di progressività);
- c) *vizio di incompetenza*, che si ha quando una legge regionale invade materie riservate alla competenza dello Stato, o viceversa.

Il parametro di controllo è invece costituito dalla Costituzione e da tutte le norme di rango costituzionale approvate con il procedimento previsto dall'art. 138 della Costituzione. Vi sono però alcune norme, le c.d. «norme interposte», che, sebbene non

abbiano rango costituzionale, *integrano il parametro* di costituzionalità perché sono richiamate da disposizioni costituzionali quali specifiche condizioni di validità di determinate leggi. Ad es., l'art. 76 Cost. dispone che il decreto legislativo deve rispettare i principi ed i criteri direttivi indicati nella legge di delegazione. In tal caso le norme delle legge di delegazione, pur avendo il rango di norme di legge ordinaria, fungono da norme interposte, perché la loro violazione da parte del decreto legislativo comporta una violazione indiretta dell'art. 76 della Costituzione. Allo stesso modo, lo Statuto di una regione ordinaria (che non è legge costituzionale) può divenire parametro delle leggi delle singole regioni, in quanto l'art. 123 Cost. pone lo Statuto quale atto fondamentale dell'autonomia regionale.

Ai sensi dell'art. 134 della Costituzione la Corte Costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale «delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni».

Devono quindi sussistere due presupposti : a) che vengano censurati leggi o atti aventi forza di legge; b) che questi atti siano dello Stato o delle Regioni.

In base al secondo presupposto, è stato escluso il sindacato su atti che non siano riferibili all'ordinamento italiano, come ad es. le fonti comunitarie, che appartengono all'ordinamento della Unione europea.

La legge costituzionale n. 1 del 1948 predispone due sole vie di accesso al giudizio della Corte Costituzionale: quella del procedimento *in via incidentale* (o di *eccezione*) e quella del procedimento *in via di azione* (o *principale*). Secondo la prima via, la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata da una delle parti o di ufficio nel corso di un giudizio e davanti ad una autorità giurisdizionale; secondo l'altra via, è data facoltà unicamente allo Stato ed alle Regioni (ed alle province autonome di Trento e di Bolzano) di presentare *direttamente* un ricorso di costituzionalità avverso le leggi emanate rispettivamente dallo Stato o dalle Regioni (o da altra regione). Ciò significa che in Italia il controllo di costituzionalità è di tipo successivo e concreto, nel senso che interviene su leggi e atti legislativi già in vigore, che già producono i loro effetti.

La legge incostituzionale, pur essendo viziata, si presume valida ed è applicabile fino a quando non venga dichiarata illegittima dalla Corte.

In sede di approvazione della Costituzione, infatti, fu scartata la proposta di dar modo ai cittadini di impugnare direttamente dinanzi alla Corte costituzionale le leggi (o gli altri atti) che ritengano lesivi dei loro diritti costituzionalmente protetti (come avviene invece in altri ordinamenti, ad esempio in Austria, in Germania, in Spagna). La mancata previsione della possibilità di un ricorso diretto da parte dei cittadini, anche se limitato ad alcune ipotesi (ad esempio a tutela dei soli diritti fondamentali) trova la sua ragione nella preoccupazione per le gravi, negative ripercussioni che potrebbero aversene sul

meccanismo di accesso alla Corte e sulla funzionalità della Corte stessa. Allo stesso modo, è stato escluso un potere diffuso dei giudici di disapplicare la legge incostituzionale, come accade ad esempio negli Stati Uniti d'America.

Nel nostro ordinamento, quindi, la via generale di accesso al processo costituzionale è quella incidentale o in via d'eccezione, che consiste in una questione sollevata da una delle parti o rilevata d'ufficio dal giudice «nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale» (art. 23 l. 87/1953). Il giudice che dubiti della costituzionalità di una legge che sia applicabile al caso in decisione, non può disapplicarla ma può solo sospendere il processo e sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale. E' quindi necessario che vi sia un giudice che prospetti il dubbio di costituzionalità ed introduca il processo costituzionale, ossia che funga da «portiere» per l'accesso alla Corte, secondo la nota e fortunata immagine di Calamandrei.

L'unica via concessa al cittadino che dubiti della costituzionalità di una legge è quella di promuovere un giudizio nel corso del quale possa sollevare la relativa eccezione. La legge incostituzionale, prima dell'intervento della Corte, è obbligatoria come ogni altra legge e i cittadini possono disobbedirvi, ma a proprio rischio e pericolo. E' stato fatto l'esempio di una legge secondo cui gli abitanti di una certa città debbano pagare le tasse in misura doppia rispetto a tutti gli altri cittadini: la violazione del principio costituzionale di eguaglianza è palese e, tuttavia, la legge è efficace e applicabile fino all'intervento (eventuale e successivo) della Corte Costituzionale; i cittadini di quella città dovranno pagare la maggiore imposta, pur ritenendola ingiusta, fino al momento in cui la legge non sarà dichiarata incostituzionale. Un cittadino che voglia disobbedire alla legge lo farà a proprio rischio e pericolo perché, nel caso in cui la Corte non dichiari la legge incostituzionale, dovrà anche pagare le sanzioni per il ritardo; se invece obbedisce alla legge pagando, una volta che sarà stata dichiarata l'incostituzionalità, potrà chiedere la restituzione di quanto non dovuto.

Dispone l'art. 23 della legge n. 87 del 1953 che «Nel corso di un giudizio dinanzi all'autorità giurisdizionale, una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione viziata da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate. L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla soluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini e i motivi dell'istanza ..., dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e sospende il giudizio in corso. La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata anche

d'ufficio dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio, con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a) e b) ...». Il successivo art. 24 precisa che il provvedimento che respinge la questione di legittimità costituzionale sollevata da una parte deve essere motivato e che l'eccezione può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo.

La questione di legittimità costituzionale può sorgere **in qualsiasi giudizio, dinanzi ad una qualsiasi autorità giurisdizionale**; deve esser **rilevante** ai fini della definizione del giudizio stesso e **non manifestamente infondata**. La **ordinanza** che la solleva **deve dar conto** di entrambi questi elementi. Dopo che è stata emessa ordinanza di rimessione il giudizio *a quo* resta **sospeso** in attesa della decisione della Corte. Non vi sono preclusioni interne al giudizio *a quo* nel senso che la questione di legittimità (salvo il caso che sia intervenuta una sentenza di rigetto della Corte) è riproponibile anche nel medesimo grado di giudizio: ciò in considerazione del potere-dovere del giudice di promuovere d'ufficio la questione, potere il cui esercizio ben può essere sollecitato anche dalle eccezioni delle parti.

Il giudice che solleva la questione viene chiamato giudice *a quo*. Ma chi può essere giudice *a quo* ?

Si è detto che la questione di legittimità costituzionale deve essere sollevata nel corso di un giudizio. E' perciò necessario che ricorrano i requisiti soggettivi ed oggettivi della giurisdizione.

Secondo una opinione, i requisiti sufficienti per sollevare la questione di costituzionalità potrebbero ricorrere anche in via alternativa, bastando cioè o la qualità di giudice o l'esercizio obiettivo della giurisdizione. Questa tesi non è stata però seguita dalla giurisprudenza costituzionale, che nel tempo è venuta aderendo ad un indirizzo maggiormente rigoroso, precludendo agli stessi organi giurisdizionali di rivolgersi alla Corte nel caso in cui l'attività posta in essere sia di natura amministrativa.

La realtà è che non è semplice stabilire quando si abbia la figura del giudice e quando si abbia giurisdizione.

Per quanto riguarda la figura del giudice, la linea che si è andata affermando è quella che deve ritenersi giudice ogni organo, anche non incardinato in un ordine giudiziario, il quale: 1) sia legittimato a decidere definitivamente sulla interpretazione ed applicazione di una norma; 2) sia in posizione di radicale «terzietà»; 3) giudichi nel contraddittorio degli interessati.

Per quanto riguarda la giurisdizione, il suo carattere essenziale viene rinvenuto non tanto nel «giudicato» (che può mancare in certi settori dell'ordinamento o in alcuni ordinamenti) quanto piuttosto nel non riconoscere alcuna autorità sopra di sé per quel che attiene alla interpretazione ed applicazione della legge.

Un cenno merita la legittimazione a sollevare la questione di legittimità da parte

delle Commissioni tributarie. In un primo tempo le Commissioni tributarie furono considerate come vero e proprio «giudice» e non solo ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale (cfr. sentt. 12, 41, 42/1957; 81/1958; 123/1963; 103/1964). Successivamente, però, esse furono considerate un organo amministrativo, con l'effetto di negare loro la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità (sent. 10, 41,42, 43, 44/1969; 123/1970; 53, 116/1971; 61/1972). Dopo la riforma, peraltro, le Commissioni tributarie sono state di nuovo considerate come «giudice speciale» e quindi legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale (sent. 287/1974; 214, 214/1976, ecc.). La legittimazione delle Commissioni tributarie è ora pacificamente riconosciuta.

Può essere interessante ricordare la sent. n. 111/1998 che ha riconosciuto legittimazione a sollevare la questione anche al presidente di Commissione tributaria. Ha infatti affermato questa sentenza che *«dal momento che legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale è il singolo giudice monocratico, anche se appartenente ad organo collegiale, con riferimento a questioni concernenti disposizioni che il giudice stesso deve applicare per l'adozione di provvedimenti rientranti nell'ambito della propria competenza; e che nel sistema del processo tributario sono attribuiti al presidente delle commissioni tributarie specifici poteri, tra cui anche quello di dichiarare l'estinzione del processo con previsione di reclamo alla commissione, che viene deciso dal collegio, il presidente della commissione tributaria centrale è legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma, che è chiamato ad applicare, concernente la dichiarazione di estinzione del processo per mancata presentazione dell'istanza di trattazione»*.

Non ha invece ovviamente rilievo lo *status* della persona che ricopre l'ufficio giudiziario, che può essere anche un magistrato onorario (ord. 265/1998).

Va ricordato che la Corte ha ritenuto far parte della essenza stessa della giurisdizione il contraddittorio tra le parti.

Va infine sottolineato che la Corte Costituzionale è pervenuta a delineare, ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale, una nozione ampia di giurisdizione, così ampliando anche i canali di accesso al suo giudizio. E' stato infatti riconosciuto carattere giurisdizionale, ad esempio, alla volontaria giurisdizione, al controllo degli atti da parte della Corte dei Conti, al giudizio di parificazione del bilancio consuntivo da parte della Corte dei Conti, alla funzione giurisdizionale del Commissario per gli usi civici, alla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, ed ai Consigli delle Magistrature speciali in sede disciplinare.

Prima di investire la Corte della questione di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* deve effettuare due importanti verifiche, per accertare che «il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale» e che la questione «non ... sia manifestamente infondata» (art. 23, 2°

comma, l. n. 87 del 1953).

Questi controlli - normalmente chiamati di «rilevanza» e di «non manifesta infondatezza» - servono per verificare che la norma di cui si dubita sia inerente al giudizio e che la questione sollevata sia plausibile.

Più in particolare, con il requisito della *rilevanza* si vuole evitare che il giudizio ordinario possa divenire una occasione per trasformare l'impugnativa incidentale in una forma di ricorso principale, sollevando questioni che esulano dai motivi e dagli interessi dibattuti nel giudizio *a quo* e trasformando così in astratto un controllo di tipo concreto. In questo senso la questione di costituzionalità è incidentale, in quanto nasce come "incidente" in un processo. Si dice perciò che il processo costituzionale italiano è concreto, perché deve prendere spunto da una ipotesi concreta di applicazione della norma.

Va però osservato che manca una delimitazione precisa e sicura di quando una questione sia rilevante. In via generale si richiede che l'applicazione della norma di dubbia costituzionalità deve presentarsi come ragionevolmente indispensabile per la decisione della controversia concreta, a livello sostanziale (incidendo sul merito della decisione), oppure a livello processuale (riguardando il rito del processo). Per intenderne meglio la portata, può ricordarsi che una questione di legittimità costituzionale può essere rilevante anche se verte su una norma non più in vigore al momento della decisione, ma comunque applicabile al caso concreto. Questo avviene con le norme abrogate: il legislatore le ha rese inefficaci per il futuro, ma esse restano comunque applicabili ai fatti verificatisi al tempo della loro vigenza.

La Corte Costituzionale ha esercitato sin dall'inizio un controllo di «esistenza» e di «non manifesta arbitrarietà» o di «non manifesta implausibilità» della motivazione del giudice *a quo* sulla rilevanza. Il controllo della Corte non può essere più penetrante perché in tal caso vi sarebbe una invasione della sfera di competenza riservata al giudice *a quo*. Si tratterebbe infatti di stabilire quale sia la norma effettivamente applicabile al caso e ciò implica giudizi sulla ricostruzione del fatto e sulla interpretazione delle norme giuridiche riservati al giudice. D'altra parte, la mancanza di qualsiasi controllo potrebbe comportare che la Corte debba decidere su questioni sollevate solo pretestuosamente e quindi l'elusione del principio della incidentalità del giudizio costituzionale.

Può darsi che la rilevanza o meno della disposizione impugnata dipenda dalla esattezza della interpretazione prospettata dal giudice *a quo*. La Corte in via generale attribuisce un rilievo particolare al c.d. «diritto vivente», ossia alla interpretazione consolidata della giurisprudenza, non solo ai fini del giudizio finale ma anche al fine di valutare la rilevanza della questione sollevata. Qualora invece manchi una interpretazione consolidata, la Corte solitamente accetta, ai fini della rilevanza, la interpretazione proposta dal giudice *a quo*, purché sia «plausibile».

Il giudice *a quo* deve dare una puntuale motivazione della rilevanza della questione. E ciò non solo per dar modo alla Corte di verificare la sussistenza di questo requisito ma anche perché la parte che sia eventualmente lesa dalla sospensione del giudizio *a quo* deve sapere che non si tratta di una semplice manovra dilatoria avallata dal giudice. Nella motivazione il giudice deve anche descrivere il caso della vita, ossia la «fattispecie concreta» venuta al suo esame, alla quale inerisca la norma impugnata. Negli ultimi tempi la Corte richiede solitamente che la motivazione sulla rilevanza esprima anche il requisito della «certezza», nel senso che il giudice *a quo* deve esprimere un convincimento positivo sulla rilevanza, essendo inammissibili questioni che si fondano su una rilevanza eventuale, ipotetica o che dipenda da scelte interpretative di cui il giudice non si assuma la responsabilità. Questo requisito della «certezza» si collega alla inammissibilità di questioni meramente interpretative, alternative, eventuali.

La mancata motivazione sulla rilevanza costituisce oggi di per sé motivo di inammissibilità della questione. Nei primi tempi, invece, la Corte in questi casi emanava di solito una ordinanza di restituzione degli atti al giudice *a quo* per nuovo esame sulla rilevanza. Analogamente sono dichiarate inammissibili le questioni motivate senza riferimento al caso all'esame del giudice *a quo* o motivate *per relationem*, con riferimento ad esempio ad eccezioni di parte, ad ordinanze già emesse da altri giudici o dallo stesso giudice, e così via, nonché le questioni che non contengano una adeguata descrizione della fattispecie all'esame del giudice *a quo*.

Va ricordato che la *rilevanza* della questione è un dato oggettivo processuale, che non ha nulla a che vedere e che non deve essere confuso con l'*interesse sostanziale* di una delle parti, anche quando sia questa a sollevare la questione stessa. In altre parole, una parte ben può sollevare una questione di legittimità costituzionale e ben può il giudice ritenerla rilevante anche se la stessa parte non abbia un interesse sostanziale a sollevarla perché dal suo accoglimento non trarrebbe alcun vantaggio processuale.

Generalmente vi sono due modi in cui viene definita la rilevanza, o come **influenza** (della decisione della Corte sul giudizio *a quo*) ovvero come **applicabilità** (della norma della cui costituzionalità si dubita nel processo principale). La prima definizione è la più rigorosa ed apparentemente la più corretta. Tuttavia, se la rilevanza fosse intesa in modo ristretto, molte questioni non potrebbero essere considerate rilevanti, con la conseguenza che molte leggi finirebbero per essere sottratte al sindacato di legittimità costituzionale perché, pur essendo incostituzionali, risulterebbero *comunque* applicabili nel giudizio *a quo*.

La questione di costituzionalità è una questione pregiudiziale nel giudizio *a quo*, che non può essere deciso senza la decisione della questione stessa. Ma nel giudizio *a quo* la eccezione di costituzionalità di una norma (sostanziale o processuale) comunque

applicabile coesiste, in genere, con altre *eccezioni*, anche pregiudiziali o preliminari, *anteriori, equiordinate o successive* rispetto ad essa. Ad esempio, nel giudizio in cui viene eccepita la incostituzionalità della norma che disciplina il rapporto sostanziale possono essere sollevate anche eccezioni di difetto di giurisdizione, difetto di competenza del giudice, non ritualità della domanda, prescrizione, decadenza, o altro. Si dice che, in termini logici, la questione di costituzionalità occupa il posto, nell'ordine delle questioni da affrontare, occupato dalla norma cui inerisce. In pratica, però, si rileva come sia assurdo pretendere che il giudice decida con sentenza parziale o non definitiva tutte le questioni che in ordine logico sono anteriori a quella di costituzionalità. Una tale soluzione renderebbe in pratica ingovernabile il processo, perché le questioni pregiudiziali e preliminari, anche solo pretestuose, proponibili sono innumerevoli ed esigere che siano decise con sentenza significa sottrarre al giudice il governo del processo e permettere ogni manovra dilatoria od ostruzionistica delle parti. Inoltre, anche rispetto ad una sentenza non definitiva le parti possono riservarsi l'impugnazione al definitivo, con la conseguenza che l'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità potrebbe essere davvero ininfluenza nel giudizio ove nel grado successivo le altre eccezioni prioritarie fossero accolte. Ad esempio, se si agisce contro una imposizione tributaria sollevando questione di legittimità costituzionale della norma che istituisce il tributo, se in grado di appello sarà accolta l'eccezione di decadenza dell'azione, la domanda sarà rigettata anche se nel frattempo sia stata dichiarata incostituzionale la norma sostanziale istitutiva del tributo. Pertanto, in genere, la Corte non esige il rispetto di un rigido ordine logico nel proporre la questione di legittimità costituzionale ed in genere richiede che il giudice, nella motivazione sulla rilevanza, si soffermi anche sulla opportunità di sollevare la questione prima di decidere ulteriori pregiudiziali o preliminari e che la sua valutazione non sia arbitraria. La motivazione sul punto, peraltro, deve essere la «minima necessaria» a dimostrare una «plausibile» effettiva applicabilità della norma perché una motivazione diffusa potrebbe violare l'esigenza di non anticipare il giudizio. In ogni modo, si ritiene in via generale che la questione di legittimità costituzionale non è certamente una questione secondaria e va quindi risolta, per quanto è possibile, in via preliminare, tra le questioni pregiudiziali.

Per quanto però riguarda i rapporti tra **questione di legittimità costituzionale** e **questione comunitaria**, la Corte ritiene invece che debba essere risolta per prima quest'ultima. Ossia, nel caso in cui il giudice si trovi di fronte a norme che siano oltre che di dubbia costituzionalità anche di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario, va esperita per prima la c.d. «pregiudiziale comunitaria», cioè la richiesta di interpretazione alla Corte di giustizia. Sul punto, con le ordd. 244 del 1994 e 38 del 1995 la Corte ha affermato che «*la compatibilità della norma indubbiata con le direttive comunitarie che regolano la materia, costituisce profilo che, attenendo alla operatività della*

norma medesima, investe la rilevanza della relativa questione di legittimità costituzionale, onde - ai sensi dell'art. 23, l. n. 87 del 1953 - il giudice 'a quo' deve farsi carico di tale profilo e motivare sul punto, pena l'inammissibilità della questione sollevata». (nello stesso senso ord. n. 249/2001 e 85/2002). Ad esempio, nel caso dell'ordinanza 224/95, la Corte dichiarò manifestamente inammissibile una questione di costituzionalità della legge 31.10.1988, n. 471, nella parte in cui consentiva ad alcuni laureati in medicina non specializzati in odontoiatria di optare per l'iscrizione all'albo degli odontoiatri, perché nelle ordinanze di rinvio non vi era alcuna motivazione sulla compatibilità della norma impugnata con le direttive CEE nn. 686 e 687 del 25 luglio 1978 che limitavano la possibilità di accesso alla professione di dentista da parte dei medici non specialisti.

E' bene ricordare che, accanto al requisito della rilevanza, la Corte ormai ne richiede un altro, ossia che il giudice, prima di emanare l'ordinanza, abbia esperito ogni possibile tentativo di configurare una «interpretazione adeguatrice», cioè conforme a Costituzione, della disposizione in esame. La Corte richiede la presenza di questa condizione quasi sempre ed ormai in modo stabile. Quando riscontra che manca un *diritto vivente*, ossia una interpretazione consolidata della disposizione da parte della giurisprudenza, specie della giurisprudenza di legittimità, la Corte costituzionale ritiene che vi sia non una semplice facoltà, ma un vero e proprio *dovere* del giudice *a quo* di tentare di dare alla disposizione da applicare una interpretazione conforme a Costituzione, che eviti il giudizio di costituzionalità. E qualora il giudice ometta questo tentativo di giungere ad una interpretazione adeguatrice, la Corte è solita sanzionare questa mancanza con una dichiarazione di infondatezza della questione, o di manifesta infondatezza, o anche di inammissibilità. Alcune volte, anzi, la Corte esige dal giudice *a quo* una interpretazione conforme non solo alla Costituzione, ma anche «all'evoluzione del sistema normativo». In ogni caso non è consentito al giudice *a quo* proporre una interpretazione che sia eventualmente in contrasto con il *diritto vivente* conforme a Costituzione. La Corte addirittura ritiene che, qualora una interpretazione meramente letterale conducesse ad un sicuro conflitto con i valori costituzionali, il giudice ha il dovere di compiere una interpretazione estensivo-analogica, fondata sul canone ermeneutico prevalente, cioè sul principio di supremazia costituzionale, che renda la disposizione conforme a Costituzione.

L'ordinanza di rimessione deve indicare le disposizioni impugnate e le disposizioni costituzionali che si assumono violate. La Corte Costituzionale è particolarmente rigorosa su questo punto. Devono essere precisate le disposizioni di legge da cui effettivamente si desumono le norme applicabili nel giudizio *a quo*. Se vengono indicate disposizioni inappropriate la questione viene ritenuta inammissibile a meno che si tratti di un mero errore materiale. Analogamente, devono essere indicate, a pena di

inammissibilità, le disposizioni di livello costituzionale e le disposizioni «interposte» che si assumono lese.

Devono inoltre essere indicati, sempre a pena di inammissibilità, i «profili» della questione di legittimità costituzionale, ossia sotto quali aspetti le norme impugnate si ritengono in contrasto con le norme parametro.

Occorre infine che il giudice ritenga la questione «non manifestamente infondata», ossia che sussista il requisito della *non manifesta infondatezza*, espressione questa con cui si indica una forma di controllo particolare, come si desume anche dalla struttura lessicale della formula, composta da una duplice negazione: non manifesta infondatezza.

Secondo l'opinione più tradizionale, non si deve pensare che in questo controllo il singolo giudice *a quo* possa o debba compiere una verifica sulla eventuale fondatezza della questione di costituzionalità, sostituendosi alla Corte. Il potere del giudice *a quo* si limita ad una valutazione sommaria della questione, per rilevare che esiste, a prima vista, almeno un dubbio plausibile di costituzionalità. E' un controllo finalizzato ad escludere le questioni prive di un minimo di serietà e di ponderazione, sollevate solo a fini dilatori. Si è fatto l'esempio di un processo per omicidio, in cui l'imputato, per allungare i tempi della condanna, sollevi una questione di costituzionalità sulla mancata previsione che ...la giuria del processo possa essere scelta dallo stesso imputato! La questione sarebbe anche rilevante (riguarda le norme sulla formazione della giuria in quel processo), ma è palesemente priva di ogni minima fondatezza, dovendo il giudice essere terzo e imparziale, come ribadito nell'art. 111, 2° comma, Cost. Si tratta quindi di un filtro predisposto per evitare l'afflusso alla Corte di questioni pretestuose, e ciò sia per non sovraccaricare la Corte di lavoro inutile sia per stroncare manovre dilatorie nel giudizio *a quo*. Allo stesso tempo si tratta di un filtro leggero, in modo da non sottrarre al giudizio della Corte tutte le questioni effettivamente meritevoli di essere valutate. Si può ricordare a questo proposito come nei primi anni di funzionamento della Corte costituzionale si ebbero una serie di abusi da parte di alcune magistrature, con dichiarazioni di manifesta infondatezza di questioni di legittimità costituzionale invece estremamente serie, che in tal modo venivano sottratte al loro giudice naturale, e cioè alla Corte.

Questa forma di controllo costituisce, comunque, un elemento di sindacato diffuso che va ad inserirsi nel sistema di controllo accentrato delineato dalla nostra Costituzione, in quanto al giudice *a quo* è comunque assegnato un potere di filtro.

Approfondendo un po' l'argomento, peraltro, possiamo renderci conto che, di fronte ad una eccezione di illegittimità costituzionale, il giudice ha tre diverse possibilità: a) può essere pienamente convinto della «non illegittimità» della norma di legge che deve applicare; b) può soltanto limitarsi a «dubitare» della sua legittimità; c) è, al contrario, convinto della sua «illegittimità». Nel primo caso il giudice emette una ordinanza di

rigetto, la quale deve essere «adeguatamente» motivata, con la quale dichiara la «manifesta infondatezza» della questione di legittimità costituzionale. Deve sempre essere tenuto presente che il giudice non dichiara mai la «legittimità» della legge, ma solo la sua «non illegittimità», così come del resto fa la Corte costituzionale. Nella seconda ipotesi, quando cioè il giudice abbia un dubbio sulla legittimità della legge che deve applicare, si trova in una posizione per così dire scomoda, perché non può *applicarla*, proprio per l'incertezza che ha sulla sua legittimità, ma non può nemmeno *disapplicarla*, perché questo potere gli è precluso in un sistema di sindacato accentrato come il nostro. Di conseguenza il giudice, per definire il giudizio, ha il *dovere*, ed anche il *potere*, di sospendere il processo in corso e di rivolgersi alla Corte attraverso una ordinanza con cui esprime lo stato di incertezza in cui si trova, dichiarando la «non manifesta infondatezza» della questione. Nella terza ipotesi, in cui il giudice è convinto della incostituzionalità, dovrà ugualmente limitarsi, nonostante il suo convincimento, a trasmettere alla Corte una ordinanza con la quale dichiara solo di presumere la «non manifesta infondatezza» della questione.

In realtà, la tesi secondo cui il giudice doveva limitarsi ad un controllo meramente superficiale della non manifesta infondatezza ed a compiere solo una sommaria delibazione della questione per non invadere il campo della Corte Costituzionale, è stata ormai abbandonata sia dalla dottrina sia dalla stessa Corte. Si è infatti osservato che anche il giudice comune ha una capacità di valutazione di natura decisoria e discrezionale, tanto che ha il potere di determinare l'oggetto del giudizio di costituzionalità nonché il potere di formulare un giudizio sulla *validità* della legge tutte le volte che rigetta una questione di legittimità costituzionale o semplicemente si limita ad applicare la legge, confermandone così in modo indiretto la legittimità. La Corte Costituzionale, da parte sua, sempre più spesso non si accontenta più che l'ordinanza di rimessione esprima un «dubbio» di costituzionalità, ma a volte *esige* dal giudice *a quo* la indicazione della soluzione del problema di costituzionalità (specie quando venga richiesta una sentenza c.d. additiva) e non ritiene ammissibili questioni *contraddittorie* (come ad esempio nel caso che venga sollevata una doppia e contestuale questione pregiudiziale: costituzionale e comunitaria: ord. 85/2002), o *generiche* o *perplesse* (in cui non è ragionevolmente oggettivo il dubbio di costituzionalità); o che propongono *interpretazioni ipotetiche* o questioni *alternative* (ossia che non pongono un preciso *petitum*), o questioni *meramente interpretative* (ossia che richiedano alla Corte di stabilire la esatta interpretazione delle disposizioni impugnate, interpretazione che deve essere invece effettuata dal giudice *a quo*, salvo poi il controllo della Corte).

Si è giunti addirittura al punto che la Corte ha preteso che il giudice *a quo* esterni in modo inequivoco il suo pieno *convincimento* sulla illegittimità della norma impugnata, pena l'inammissibilità della questione (sent. 1/2002). I giudici, quindi, se non possono certamente sostituirsi alla Corte Costituzionale, debbono compiere un esame non

meramente deliberatorio ma approfondito della «non manifesta infondatezza». Del resto, se così non fosse, non avrebbe senso ed una vera utilità la loro funzione di «filtro», di «portieri» che danno ingresso alla Corte, e non si spiegherebbe perché la motivazione della ordinanza di rigetto deve esser adeguata e non solo sommaria e nemmeno si capirebbe perché le ordinanze di rimessione non possono essere motivate *per relationem*. Abbiamo visto che il giudice deve motivare sulla non manifesta infondatezza.

Deve ricordarsi che l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale è *necessaria*, nel senso che, qualora sussista un ragionevole dubbio di costituzionalità, il giudice non può limitarsi a sospendere il processo che pende dinanzi a lui in attesa che la Corte decida la questione eventualmente sollevata in un altro giudizio. Infatti, se così facesse, il giudice priverebbe le parti della possibilità di costituirsi nel giudizio di costituzionalità e quindi inciderebbe sul loro diritto di difesa.

La cancelleria del giudice *a quo* deve notificare l'ordinanza di rimessione al Presidente del Consiglio dei ministri (o al Presidente della Giunta regionale per le questioni sollevate nei confronti di una legge regionale), alle parti del giudizio *a quo*, ed al pubblico ministero (quando nel processo sia obbligatorio il suo intervento), e deve comunicarla ai Presidenti delle due Camere (o al Presidente del Consiglio regionale). In mancanza delle notifiche la questione di legittimità costituzionale è inammissibile, sebbene l'ordinanza sia stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. L'ordinanza deve infine essere trasmessa alla Corte, unitamente al fascicolo di causa, inclusivo anche dei fascicoli di parte.

Si è detto che il vizio materiale o sostanziale consiste nel fatto che una determinata disciplina non è conforme con una qualche norma o principio costituzionale. Devono ricordarsi, a questo proposito, due aspetti di notevole rilievo. Da un lato, la Corte costituzionale non può sindacare le scelte politiche del legislatore. Non possono quindi costituire oggetto del giudizio di costituzionalità le norme che sono frutto della discrezionalità legislativa. Da un altro lato, però, l'esercizio della discrezionalità legislativa non è senza limiti, ma deve comunque rispettare il limite generale della c.d. *ragionevolezza*. La Corte costituzionale, infatti, ha ritenuto che dall'art. 3 Cost. derivi non solo il principio di uguaglianza, ma un più generale **principio di ragionevolezza** e coerenza logica delle leggi, di razionalità delle scelte legislative. La Corte si è quindi ritenuta competente ad effettuare questo giudizio di ragionevolezza, compiendo un controllo assai incisivo su congruenza e adeguatezza delle disposizioni, che talora sfiora i limiti preclusi della discrezionalità del legislatore.

Si possono ricordare alcuni esempi nella specifica materia tributaria. Per quanto concerne l'insindacabilità delle scelte legislative, la sent. 285/2004 ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Commissione tributaria

provinciale di Torino in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., dell'art. 3, comma 7, secondo periodo, prima parte, d.l. 31 maggio 1994, n. 330 (convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 27 luglio 1994, n. 473), perché avrebbe assimilato irragionevolmente, con efficacia retroattiva, a tutti gli effetti, le posizioni dei contribuenti che avevano stipulato un mutuo fondiario prima del 1989 (consapevoli della totale detraibilità degli interessi pagati) e quelli che lo avevano stipulato dopo tale data (conoscendo i limiti di detraibilità degli interessi). Ha infatti ritenuto la Corte che *«rientra nella discrezionalità del legislatore la modifica della previgente disciplina senza che i beneficiari di un pregresso regime agevolativo possano vantare alcun diritto a mantenere indefinitamente il vantaggio precedentemente loro accordato, non sussistendo, in quanto non protetta dall'ordinamento, una aspettativa alla intangibilità del beneficio ricevuto»* e che sarebbe *«erroneo ritenere che un beneficio fiscale (nella specie, quello della totale deducibilità dal reddito complessivo degli interessi passivi pagati sui mutui) previsto dalla pregressa disciplina normativa di settore non possa giammai subire modificazioni in negativo per l'affidamento creato nei contribuenti, di tal che al legislatore sarebbe impedito di effettuare nuove valutazioni al fine di ripartire più equamente il carico fiscale»*.

Un altro esempio di sentenza di rigetto perché non è stato ravvisato un esercizio manifestamente irrazionale della discrezionalità legislativa, è dato dalla sent. 375/2002, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 57, comma 2, secondo periodo, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui, nell'ambito del condono fiscale previsto, sospendeva in via preventiva e per un limitato periodo di tempo, i termini degli accertamenti tributari anche con riguardo alle situazioni non condonabili. Ritenne infatti la Corte che la norma trovava una *«ragionevole giustificazione nell'esigenza di fronteggiare il sensibile aggravio di lavoro che prevedibilmente sarebbe derivato agli uffici finanziari dalle attività connesse al condono, con conseguenti rischi di disservizio e di decorrenza degli ordinari termini; né, sotto altro profilo, tale scelta viola il principio di uguaglianza, poiché in base al principio di polisistematicità dell'ordinamento tributario, rientra nella discrezionalità del legislatore»*.

Dello stesso genere è la sent. 328/2002, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 82, comma 2, d.p.R. 22 dicembre 1986, n. 917, nella parte in cui, non contenendo correttivi volti ad ovviare alle conseguenze delle variazioni del potere di acquisto della moneta, avrebbe determinato, secondo il giudice *a quo*, la sottoposizione a tassazione di plusvalenze fittizie. La Corte ha affermato che *«la disciplina normativa dei presupposti e dei criteri di applicazione del tributo, in relazione agli effetti della svalutazione della moneta, è insindacabile dalla Corte, con il solo limite della irragionevolezza e manifesta arbitrarietà e, di regola, non viola il principio di capacità contributiva per il solo fatto che la fluttuazione del valore della moneta modifichi gli effetti dell'applicazione di un'imposta»*. Con la stessa sentenza, tuttavia, ha ritenuto

costituzionalmente illegittimo l'art. 82, comma 2, ultimo periodo, del medesimo d.p.R. 22 dicembre 1986, n. 917, come modificato dall'art. 11, comma 1, lettera g), della legge 30 dicembre 1991, n. 413, nella parte in cui non prevedeva che, per i terreni acquistati per effetto di successione o donazione, il valore dichiarato nelle relative denunce ed atti registrati, od in seguito definito e liquidato, assunto quale prezzo di acquisto ai fini della determinazione della plusvalenza tassabile, fosse rivalutato in base alla variazione dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati affermando che è *«ingiustificatamente contraddittorio e lesivo dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, che il legislatore abbia previsto, al fine di neutralizzare gli effetti dell'inflazione monetaria, solo per le plusvalenze realizzate mediante cessione dell'immobile a titolo oneroso, un criterio di rivalutazione del prezzo iniziale del bene, in quanto, l'esigenza di purgare tali effetti, si pone negli stessi termini anche per le altre plusvalenze»*.

In un altro caso la Corte ha ritenuto illegittima la norma denunciata perché la scelta del legislatore era manifestamente irragionevole: con la sent. 345/2003, ha dichiarato illegittimo l'art. 2, comma 5, del dl 23 gennaio 1993, n. 16, convertito nella l. 24 marzo 1993, n. 75, nella parte in cui limitava l'agevolazione fiscale ai fini ICI solo agli immobili di interesse storico o artistico appartenenti a "privati proprietari" ai sensi dell'art. 3 della legge 1° giugno 1939, n. 1089 e successive modificazioni, con esclusione di quelli appartenenti ad enti pubblici o persone giuridiche private senza fini di lucro di cui all'art. 4 della legge 1° giugno 1939, n. 1089 (ora art. 5 del d. legislativo 29 ottobre 1999, n. 490) affermando che *«la distinzione delle fattispecie di immobili sopra individuate non è tale da giustificare un diverso trattamento fiscale. Essa, pertanto, rappresenta un discrimine manifestamente irragionevole rispetto all'applicazione di un beneficio fiscale, che trova il suo fondamento oggettivo nella peculiarità del regime giuridico dei beni di cui si tratta»*.

Altro esempio è dato dalla sent. 520/2002, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 22, commi 1 e 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, nella parte in cui nel processo tributario non consente, per il deposito degli atti ai fini della costituzione in giudizio, l'utilizzo del servizio postale. Ha affermato la Corte che *«confermando l'esigenza - rilevante anche sul piano costituzionale ed espressa, dallo stesso legislatore, proprio con riferimento al processo tributario - di evitare irragionevoli sanzioni di inammissibilità in danno del soggetto che si intende tutelare e considerando in via generale, sulla base di giurisprudenza di legittimità, il deposito degli atti e del fascicolo di parte ai fini della costituzione in giudizio come attività materiale e come formalità meramente esecutiva priva di qualsiasi contenuto volitivo autonomo - rispetto alla quale ragionevolmente, in mancanza di specifiche esigenze, dovrebbe essere irrilevante il soggetto che materialmente proceda alla consegna -, appare del tutto privo di qualsiasi razionale giustificazione assoggettare nel processo tributario il deposito del ricorso e degli atti relativi ai fini della costituzione delle parti ad una unicità di forma consistente nella presentazione 'breui manu'. L'esclusione dell'utilizzo del servizio postale a questi fini non sarebbe, peraltro, in linea con l'ammissibilità di questo per le*

comunicazioni e le notifiche specie della parte pubblica, quando l'intero sistema dei processi civili, amministrativi e contabili ammette l'uso di mezzi telematici ed informatici proprio per la costituzione in giudizio e la presentazione di atti e documenti».

Ancora la sent. 468/2002, che - incidendo su una norma di favore - ha dichiarato illegittimo l'art. 128 del regio decreto-legge 4 ottobre 1935, n. 1827, convertito nella legge 6 aprile 1936, n. 1155, nella parte in cui non consente - entro i limiti stabiliti dall'art. 2, comma primo, numero 3, del d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180 - la pignorabilità per crediti tributari di pensioni, indennità che ne tengano luogo, ed assegni corrisposti dall'INPS, fino alla concorrenza di un quinto, valutato al netto di ritenute affermando che *«così come per i crediti alimentari, non sussiste, infatti, ragione alcuna - riguardo a tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, e facenti carico, fin dalla loro origine, al pensionato - perché i titolari di pensioni INPS godano, in punto di pignorabilità o di sequestrabilità, di un trattamento di favore rispetto ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni e, conseguentemente, ai professionisti che percepiscono assegni dalle rispettive Casse di previdenza».*

Analogamente, la sent. 332/2002 ha dichiarato incostituzionale l'art. 19, primo comma, del decreto-legge 30 settembre 1982, n. 688, convertito nella legge 27 novembre 1982, n. 873, nella parte in cui prevede che sia l'attore in ripetizione a dover provare che il peso economico dell'imposta non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti. La Corte ha infatti ritenuto che *«la norma, invece di prevedere che la domanda debba essere respinta qualora l'amministrazione convenuta provi che il peso economico dell'imposta è stato trasferito dal 'solvens' su altri soggetti, ha operato, a carico del 'solvens' stesso, una inversione legale dell'onere della prova, lesiva del generale canone di ragionevolezza, garantito dall'art. 3 della Costituzione, attribuendo all'amministrazione finanziaria una posizione di particolare privilegio in sede probatoria del tutto ingiustificata, ove si consideri che quest'ultima è l'accipiens di un pagamento non dovuto che, in quanto tale, dovrebbe essere, in base ai principi generali, restituito».*

B) PREGIUDIZIALE COMUNITARIA

Il secondo tema di questa nostra conversazione attiene alla pregiudiziale comunitaria. L'espressione sembra contraddittoria alla luce dei principi che, solo fino a qualche decennio fa, eravamo abituati ad applicare senza eccezioni. Ed infatti è il concetto stesso di pregiudiziale, quale prima abbiamo definito, che sembra antitetico rispetto a regole e principi che provengono da un altro ordinamento, ma questo è il

punto focale della questione, e cioè che l'ordinamento comunitario si integra ormai nei vari ordinamenti interni dei paesi facenti parte della Comunità (oggi Unione Europea).

Un breve cenno storico gioverà a dare ragione di come si è pervenuti all'ormai inconfutabile dato che talune norme dell'ordinamento comunitario sono direttamente applicabili nei singoli Stati componenti la Comunità e rendono disapplicabili le eventuali norme interne in contrasto con esse.

Nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale si determinò in Europa una sorta di fervore per così dire "cooperativo europeistico" tendente a creare forme istituzionali di cooperazione fra gli Stati europei: sorsero così nel campo della difesa la NATO e la UEO (Unione Europea Occidentale), nel campo politico sorse il Consiglio d'Europa e si diede vita alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, elementi questi, tutti, che hanno costituito la base per una più stretta solidarietà tra gli Stati europei.

Nel maggio 1950 il ministro degli esteri francese Schumann lanciò l'idea di una cooperazione più impegnativa di quella già in atto fra gli Stati europei che comportasse precise limitazioni della sovranità dei singoli Stati a favore di una istituzione dotata di poteri incisivi e vincolanti nei confronti degli Stati che vi avrebbero aderito. I negoziati, iniziati a Parigi fra sei Stati (Belgio, Olanda, Lussemburgo, Francia, Germania, Italia) portarono alla firma, il 18 aprile 1951, del trattato di Bruxelles istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) nella quale era prevista una Alta Autorità dotata di poteri decisionali autonomi ed indipendente dai singoli Stati. Si affaccia così per la prima volta un concetto nuovo, quello della sovranazionalità dell'organizzazione. Ma la definitiva acquisizione di tale concetto si ebbe solo nel 1957 con la firma dei Trattati di Roma istitutivi della Comunità per l'energia atomica (EURATOM) e della Comunità Economica Europea (CEE).

(Nel corso degli anni ottanta venne progressivamente rafforzato il processo di integrazione europea e si pervenne all'Atto Unico europeo che completò il mercato unico e condusse infine all'approvazione il 7 febbraio 1992 del Trattato di Maastricht con il quale gli Stati membri, nel frattempo aumentati, si impegnarono ad avviare una unione politica e ad instaurare una effettiva unione monetaria. Infine nel dicembre 2001 è stata approvata dal Consiglio la "dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Europa" nella quale vengono indicati gli obiettivi che devono essere raggiunti dall'Unione Europea. Infine il Consiglio Europeo ha approvato il 18

giugno 2004 il progetto di Costituzione Europea che avrebbe dovuto entrare in vigore dopo la ratifica da parte di tutti gli Stati membri nel frattempo ulteriormente aumentati. Il NO ai referendum tenutisi in Francia e nei Paesi Bassi ne ha però bloccato definitivamente la ratifica.

*Con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 sono state introdotte sostanziali novità al Trattato istitutivo della Comunità e con il Trattato di Amsterdam, ratificato dall'Italia il 16 giugno 1998 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999 sono stati modificato il Trattato sull'Unione Europea ed i Trattati istitutivi delle Comunità Europee introducendo, fra l'altro una nuova numerazione degli articoli. Ulteriori modifiche sono state apportate con il Trattato di Lisbona entrato in vigore l' 1 dicembre 2009 che non ha però ulteriormente modificato la numerazione degli articoli. Poiché molta della dottrina e giurisprudenza, tuttora utilizzabili si riferiscono al periodo anteriore al Trattato di Amsterdam, e considerato che le modifiche, anche successive, non hanno sostanzialmente interessato il tema della nostra conversazione, ho preferito, nel citare gli articoli del Trattato, **richiamare la vecchia numerazione riportando solo fra parentesi il numero relativo all'articolo corrispondente del Trattato di Amsterdam ed ovviamente ponendo in evidenza le novità apportate col Trattato di Lisbona**).*

Compito della Comunità economica europea (CEE) doveva essere quello di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune ed il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri ed uno sviluppo armonioso delle attività economiche nella Comunità previa eliminazione di tutti gli ostacoli agli scambi commerciali come ad esempio le barriere doganali: obiettivo finale era, però, quello di una unione sempre più stretta fra i popoli europei. Viene istituita una cintura doganale esterna in modo da creare un territorio doganale che si sostituisce al territorio dei paesi membri.

Le tre Comunità avevano una struttura istituzionale separata: unici organi che le stesse avevano in comune erano la Corte di Giustizia e l'Assemblea parlamentare mentre Consiglio e Commissione (questa nella CECA era denominata Alta Autorità) erano inizialmente autonome e distinte per ciascuna Comunità. Solo con il Trattato di Bruxelles del 1965 si pervenne alla fusione degli esecutivi con una sola Commissione, un solo Consiglio ed un solo bilancio per le tre Comunità.

Due sono gli aspetti significativi del Trattato di Roma: l'aver superato i particolarismi dei singoli Stati creando una entità sovranazionale e l'aver fondato l'istituzione di tale entità su quattro libertà fondamentali: 1) libera circolazione delle

merci; 2) libera circolazione delle persone e relativo diritto di stabilimento; 3) libera circolazione dei capitali; 4) libertà di concorrenza mediante l'adozione di una disciplina intesa ad evitare la distorsione del mercato. La limitazione di sovranità dei singoli Stati membri consisteva nell'abdicazione a trattare autonomamente le questioni sottese all'esercizio delle dette libertà consentendo che gli organismi comunitari regolassero in via normativa le relative materie.

Se osserviamo il complesso sistema giuridico costituito dall'ordinamento comunitario, rileviamo che le sue strutture non sono dissimili da quelle di ogni ordinamento statale; ed infatti si constata la presenza delle tre funzioni che sono tipiche degli ordinamenti statali: normativa, esecutiva e giurisdizionale. Per quanto attiene alla funzione normativa ed a quella giurisdizionale, di notevole rilievo ed assoluta novità è il fatto che alcune esplicazioni di queste spiegano i loro effetti, non solo nei confronti dei singoli Stati membri, ma direttamente all'interno degli ordinamenti di questi. Su questa peculiarità e come ciò sia stato reso possibile nel nostro ordinamento torneremo.

La funzione giurisdizionale è esercitata nell'ordinamento comunitario dalla Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia, secondo l'art. 164 (del Trattato CEE (oggi art. 220)), "assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati" e tende ad attuare la integrazione fra ordinamento comunitario ed ordinamenti statali. Essa ha in effetti svolto una notevole funzione propulsiva, ma si ha però la netta sensazione che la realtà dei fatti ha superato di gran lunga quelle che erano le aspettative degli stessi compilatori e redattori dei trattati delle comunità perché la Corte di giustizia in realtà si è investita di un ruolo di supplenza normativa di fronte ad una parziale inerzia degli organismi comunitari protrattasi per diverso tempo, che possiamo assimilare a quella che è praticamente la funzione che ha svolto la Corte Costituzionale quando si parla di giurisprudenza manipolativa della corte: in conclusione, la giurisprudenza della Corte di Giustizia è stata importantissima in questo processo di integrazione; essa, infatti si è imposta alle riottose giurisprudenze degli Stati membri costringendole ad una applicazione corretta e, soprattutto, uniforme del diritto comunitario.

Ora ponendo l'attenzione sull'argomento in esame, che è appunto quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, vorrei subito porre in evidenza che anche il rinvio non sfugge alla stessa logica, cioè si ha la sensazione che i redattori dei trattati non si

resero conto dell'importanza che questo istituto avrebbe avuto. In realtà se si guardano le altre norme che prevedono altri strumenti di ricorso alla Corte di Giustizia, articoli 169 (226) e 170 (227) sul ricorso per l'inadempimento degli Stati, l'art. 173 (230) sul ricorso in annullamento si ha proprio la sensazione, forse anche perché gli autori dei trattati erano pervasi ancora a quel tempo da concetti di diritto internazionale che poi in parte la comunità ha superato, che questo rinvio pregiudiziale, relegato nell'articolo 177 (234), non fosse stato valutato in tutta la sua importanza.

Tornando al tema del rinvio pregiudiziale, giova premettere qualche breve considerazione storica.

Quando entra questo istituto del rinvio pregiudiziale nell'ordinamento comunitario? Compare per la prima volta nell'art. 41 del regolamento CECA osservando il quale però ci rendiamo subito conto che i compilatori del trattato avevano d'occhio ben altra cosa, avevano d'occhio cioè la salvaguardia, le guarentige di questo organismo piuttosto che l'interesse del singolo, infatti, se leggiamo l'articolo, recita esattamente così: "Soltanto la corte è competente a giudicare a titolo pregiudiziale della validità delle deliberazioni dell'Alta autorità e del consiglio qualora una controversia proposta avanti un tribunale nazionale metta in causa tale validità". Già da come è formulato l'articolo si ha la precisa sensazione che al singolo non ci si pensava per niente, ma, d'altra parte, era difficile che il trattato CECA potesse sollevare questioni che interessassero i singoli nell'ambito degli ordinamenti nazionali perché le questioni attinenti alla problematica del carbone e dell'acciaio erano ristrette proprio al circoscritto ambito della comunità, le autorità degli altri stati avevano ben poco da fare, quindi questa norma è rilevante solo per il suo effetto storico, per il fatto di essere stata l'antecedente logico dell'art. 177 (234) del quale dovremo occuparci, e tanto ciò è vero che ci sono stati, sembra, solo un paio di casi di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 41 del trattato della CECA.

Veniamo invece all'articolo 177 (234) del trattato CEE (così come modificato dall'art. 218 del Trattato di Lisbona) che recita testualmente, comma primo: "La Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione del presente trattato; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità"; comma secondo: "Quando una questione del genere è sollevata

dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, demandare alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla questione"; terzo comma: "Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte di Giustizia"; quarto comma (aggiunto dall'art. 218): "Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti ad un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte di giustizia dell'Unione Europea statuisce il più rapidamente possibile". Certo la novità più saliente dell'articolo 177 (234) del Trattato CEE rispetto all'articolo 41 del Trattato CECA è che non limita il rinvio ai profili riguardanti la validità dell'atto ma lo estende all'interpretazione dello stesso e dei trattati. Va, però, sottolineato come l'articolo è congegnato per evidenziare che c'è stato un mutamento di prospettiva, che, cioè, fra l'un trattato e l'altro era già accaduto qualche cosa. La norma in esame si palesa evidentemente congegnata, a differenza dell'art. 41 del Trattato CECA, nella prospettiva della tutela dell'interesse del singolo.

Ma, qual'è la funzione del rinvio pregiudiziale così come è concepito dall'art. 177 (234)?

Certo, indubbiamente è sottesa la volontà di voler aiutare i giudici nazionali, perché la tematica del diritto comunitario è una tematica che involge una visione complessiva degli ordinamenti di tutti gli Stati membri, tematica che non è detto che i singoli giudici conoscano e, quindi, c'è stata indubbiamente questa ottica di collaborazione: la Corte che naturalmente ha sott'occhio quanto avviene in tutti gli Stati, fornisce la sua collaborazione al giudice nazionale perché applichi il diritto comunitario in modo conforme a quello che è l'orientamento di tutti gli Stati della Comunità. E quindi senz'altro questa è una delle funzioni principali. Però indubbiamente c'è anche la funzione, che è, d'altra parte, il risvolto della medaglia di quello che abbiamo detto, cioè di indirizzare, di tendere verso la uniformità del diritto comunitario, in altri termini già dai trattati emergeva il fine di giungere a passi più o meno brevi alla realizzazione di questa uniformità del diritto comunitario.

Il presupposto del rinvio pregiudiziale è dunque che venga applicato all'interno dei singoli Stati della Comunità il diritto comunitario perché proprio perché si tratta di una pregiudiziale il presupposto di questa è che penda davanti ad un giudice nazionale una controversia nella quale si dibatta dell'applicazione di una norma di diritto comunitario. La questione sottende l'altra, oggi pacifica, ma che ha dato luogo in passato a non poche querelles, della diretta applicazione di alcune norme comunitarie all'interno dei singoli Stati. La maggior parte delle disposizioni dei Trattati istitutivi sono state ritenute dalla Corte di Giustizia direttamente applicabili negli Stati membri: così le norme attinenti alla libertà di circolazione delle merci, quelle attinenti alla non discriminazione in campo fiscale, quelle della pari dignità dei cittadini, quelle in materia di diritto di stabilimento, di diritto del lavoro, di prestazioni e servizi. Ma, oltre a questa ampia sfera di norme degli stessi Trattati direttamente applicabili, l'art. 189 (249) del Trattato istitutivo CEE, nell'individuare le fonti normative della Comunità, prevede espressamente la diretta applicabilità negli ordinamenti interni dei "regolamenti comunitari", esso, così come modificato dall'art. 235 del Trattato di Lisbona, recita infatti testualmente "Per esercitare le competenze dell'Unione le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale: esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere (omissis). La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti". Per quanto attiene alle direttive va precisato che le stesse vengono attuate anno per anno con la così detta legge comunitaria, ma che la Corte di Giustizia le ha sempre ritenute direttamente applicabili nei singoli ordinamenti allorché pongano obblighi con un contenuto precettivo chiaro e preciso tale da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati, abbiano carattere incondizionato e creino diritti a favore dei singoli chiaramente individuabili nel loro contenuto. Il Trattato di Lisbona ha poi introdotto gli artt. Da 249° a 249D che disciplinano la procedura legislativa da adottare, le modalità di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, ecc. Premesse queste brevi notazioni, risulta evidente che, se norme comunitarie si applicano direttamente nei singoli Stati membri, queste incideranno su situazioni giuridiche dei

soggetti dei vari Stati e che, pertanto, possano sorgere controversie nel corso delle quali si possa sollevare la pregiudiziale.

(La Costituzione europea aveva ridisegnato le fonti normative comunitarie stabilendo anche una gerarchia fra di esse: legge europea, legge quadro europea, regolamento europeo e regolamento europeo delegato. A seguito dello stop alle ratifiche imposto dai NO ai referendum in Francia e Paesi Bassi il relativo progetto è stato definitivamente abbandonato, ma molte delle norme in esso previste sono, come detto, state trasfuse nel Trattato di Lisbona).

E' un dato di fatto che a causa della presenza delle dette norme comunitarie immediatamente applicabili negli ordinamenti interni e per il costante aumentare di regolamenti e direttive diventa sempre più frequente il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia la cui funzione è, come si è detto, da un lato quella di rendere più agevole ai giudici nazionali l'interpretazione delle norme comunitarie, di agevolarli nel loro compito, e, dall'altro, quella di assicurare la conformità dell'interpretazione nell'applicazione del diritto comunitario essendo evidente che, poiché ogni Stato ha i suoi principi interni di diritto e la sua normativa, una stessa norma comunitaria potrebbe essere interpretata in uno Stato in un modo ed in un altro Stato in modo diverso. Quello che si intende anzitutto assicurare con il rinvio pregiudiziale è la uniforme interpretazione, e quindi la uniforme applicazione, del diritto comunitario all'interno dei singoli Stati membri.

In quali processi può porsi la pregiudiziale?

Questioni di diritto comunitario possono sorgere in ogni tipo di processo. Certo esse si porranno più frequentemente nei giudizi civili, in particolare in quelli in cui vengano in esame le questioni attinenti alla libera concorrenza, e nei giudizi tributari in cui vengano in esame questioni attinenti alla non discriminazione fiscale o agli effetti distorsivi della fiscalità, ma ben potranno porsi anche in giudizi amministrativi o addirittura penali.

Qual è l'oggetto del rinvio pregiudiziale? Abbiamo esaminato prima la norma ed abbiamo individuato praticamente due oggetti del rinvio pregiudiziale: a) l'interpretazione del Trattato CEE e delle norme comunitarie derivate, che è la novità rispetto all'art.41 del Trattato CECA; b) i problemi di validità degli atti che costituiva anche oggetto del rinvio pregiudiziale dell'art. 41.

Esaminiamo prima, per un momento, la questione dei rinvii per interpretazione. Possono essere oggetto di questo rinvio, come abbiamo osservato, anzitutto le norme del Trattato e delle convenzioni, quindi le norme derivate, cioè i regolamenti, le direttive principalmente, ma non esclusivamente, quando direttamente applicabili, addirittura le decisioni e, comunque, ogni atto della Comunità che sia suscettibile di produrre effetti giuridici, di incidere su situazioni giuridiche soggettive. Va precisato che, in base ai due protocolli del 3 Giugno 1971, il rinvio pregiudiziale, proprio quello dell'art. 177 (234), è stato esteso alle due Convenzioni importanti del '68, riguardanti l'una la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, e l'altra il mutuo riconoscimento delle società e delle persone giuridiche.

E' stato sottoposto alla Corte di Giustizia il problema se poteva essere oggetto di interpretazione attraverso il rinvio pregiudiziale un Accordo Internazionale, posto in essere dalla stessa Comunità perché, infatti, la Comunità ha a sua volta, indipendentemente da quella dei singoli Stati, personalità giuridica ed internazionale e quindi può porre in essere accordi e trattati con Stati al di fuori della Comunità e con altri enti di carattere internazionale. La Corte ha dato risposta affermativa ritenendo che potesse essere usato lo strumento della pregiudiziale nella interpretazione dei trattati internazionali: naturalmente è chiaro che l'interpretazione data dalla Corte avrà carattere vincolante solo all'interno della Comunità e non si potrà pretendere che vincolati dalla stessa siano anche gli Stati terzi contraenti con la Comunità.

Altro problema che è stato posto alla Corte è quello se potesse esserle sottoposta la interpretazione da dare a determinati principi non scritti che fossero posti a fondamento della Comunità stessa o comunque del diritto internazionale. La Corte ha dichiarato che la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte garantisce l'osservanza, quindi anche i principi fondamentali possono costituire oggetto del rinvio pregiudiziale.

Ora, va spesa qualche parola sul rinvio pregiudiziale vertente sulla validità degli atti delle Istituzioni Comunitarie, questione che, nel Trattato CECA, era l'unico oggetto possibile del rinvio pregiudiziale. Naturalmente la questione della validità non si potrà proporre nei confronti del Trattato. Essa è possibile solo nei confronti delle norme derivate.

Va premesso che una stessa norma comunitaria può essere valida se interpretata in un determinato modo, ed essere invece ritenuta invalida se interpretata in un altro modo. Si può verificare, un po', quello che si verifica nel nostro ordinamento quando la Corte Costituzionale afferma che una certa norma è costituzionalmente illegittima nei limiti in cui non consente questo o quell'altro ed è interpretata in questo o in quell'altro modo. Proprio per questo motivo, è invalso l'uso, quando si effettua un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di sollevare contemporaneamente sia la questione di interpretazione che la questione di validità della norma.

Circa i criteri di valutazione che devono essere utilizzati dalla Corte per decidere della validità di un atto va osservato che la Corte ha usato criteri molto ampi, per cui un atto può essere dichiarato invalido, non solo per incompatibilità con norme dell'ordinamento comunitario, ma altresì con i principi generali del diritto comunitario ed addirittura con i principi generali del diritto internazionale. Va evidenziato un altro particolare: se la corte ritiene valido un atto, non fa mai affermazioni categoriche, ma si limita a dire che l'atto interpretato in un certo modo è valido, evita, cioè, di prendere una posizione netta per lasciare sempre la possibilità di una eventuale impugnazione del medesimo atto, sotto il profilo della validità, ma da un punto di vista diverso; se invece ritiene di dichiarare l'invalidità dell'atto, tale dichiarazione non circoscrive i suoi effetti al procedimento nel quale è stata sollevata la pregiudiziale, ma, secondo l'insegnamento della Corte stessa, spiega i suoi effetti erga omnes. Una volta dichiarata l'invalidità dell'atto, l'atto è caducato nei confronti di tutti.

Come può essere posta la questione pregiudiziale? Abbiamo detto che può essere avanzata in qualsiasi procedimento purché la questione venga posta davanti ad un giudice. E si deve trattare di un giudice inserito nell'apparato pubblico: la Corte ha sempre insistito su questo punto. Essa ha sempre rifiutato di decidere di questioni pregiudiziali che le fossero rimesse da arbitri privati; ogni volta che dei collegi arbitrali hanno tentato di sollevare la questione davanti alla Corte di Giustizia, la Corte si è rifiutata di rispondere. Per quanto riguarda tutti gli altri giudici inseriti nell'apparato pubblico, siano essi nella magistratura ordinaria, vadano dal giudice di pace alla cassazione o per la magistratura amministrativa, il TAR, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, le Commissioni Tributarie, non c'è problema: trattandosi di giudici inseriti

nell'apparato pubblico, la Corte ha sempre preso in esame le questioni pregiudiziali da loro rimesse; così anche, ad esempio, quelle rimesse dal giudice penale.

Non si può sindacare davanti alla Corte la legittimità sotto il profilo comunitario delle norme degli stati membri. Ed allora si è fatto ricorso all'espedito di interrogare la Corte, se il diritto comunitario, può essere interpretato nel senso di essere compatibile con un'applicazione quale quella descritta dalla legge. In questo modo la Corte esprimendo il suo parere viene di fatto a sindacare la legge senza però interferire nei singoli ordinamenti interni. E' poiché è ormai pacifico, dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 1984 che il Giudice degli Stati membri è obbligato a disapplicare le norme del proprio ordinamento che fossero incompatibili con il diritto comunitario, ecco che, praticamente, una volta che la Corte si è pronunciata sulla pregiudiziale, ove dovesse dichiarare l'incompatibilità fra il diritto comunitario ed una soluzione corrispondente a quella della norma interna, le conseguenze poi discendono da se, e sono quelle della disapplicazione della norma interna.

Altra questione, ma eccede dai limiti di questa nostra breve relazione, è quella di come possa essere compatibile la disapplicazione di una norma nel nostro ordinamento che è un ordinamento rigido, però sta di fatto che ormai siamo di fronte al giudicato della Corte Costituzionale la cui posizione è quella che tutti sappiamo e quindi è inutile indugiare su questo punto.

L'art. 177 (234) pone la facoltà o l'obbligo della pregiudiziale, ed ora vedremo questo distinguo su cosa si fonda, quando il giudice rileva che la questione è rilevante per la decisione che deve prendere. In sostanza la norma stabilisce che deve essere valutata dal giudice nazionale quella che comunemente dal diritto comunitario viene chiamata la pertinenza della questione. Io vorrei fare un parallelo con la Pregiudiziale Costituzionale già nota al nostro ordinamento e della quale ci siamo prima occupati. Il giudice, quando viene sollevata un'eccezione d'incostituzionalità, deve valutare che la stessa non sia manifestamente infondata e che la medesima sia rilevante ai fini del decidere. Quello che in relazione alla eccezione della illegittimità costituzionale nel nostro ordinamento, è la rilevanza ai fini del decidere, praticamente trasposto nell'istituto della pregiudiziale comunitaria è la pertinenza ai fini del decidere. In realtà si deve trattare di una questione la cui decisione sia indispensabile per pervenire alla decisione del caso sottoposto al giudice nazionale. Naturalmente questa

valutazione di pertinenza la deve fare il giudice nazionale ed anzi la Corte, più volte sollecitata, perché è capitato soprattutto in Francia che il governo, costituitosi nel giudizio pregiudiziale, sollevasse delle riserve circa la pertinenza della questione e sollecitasse dalla Corte la decisione sulla pertinenza della questione, si è sempre rifiutata, anche quando si trovava davanti a questioni non del tutto pertinenti o di fronte ad un ventaglio di soluzioni proposte non tutte pertinenti, di prendere posizione sulla pertinenza della questione perché ha sempre sostenuto che la valutazione della pertinenza della questione deve essere rimessa al giudice nazionale che ha fatto luogo al rinvio.

Circa il modo e la forma della proposizione del rinvio e del quesito da porre alla Corte, vi è ampia libertà. La Corte ha ammesso qualsiasi sistema di proposizione del rinvio, e quindi assistiamo a seconda dello Stato dal quale proviene la questione, i sistemi più complessi. E' capitato che qualche giudice si sia limitato addirittura semplicemente a trasmettere gli atti e nonostante questo la Corte li ha esaminati ed ha estrapolato dagli stessi la questione di compatibilità con il diritto comunitario che si doveva rilevare. Per contro, molti giudici italiani non si limitano ad esporre il fatto e la questione che sottopongono, espressa in un particolare quesito, ma addirittura formulano la loro opinione in proposito. Va comunque sottolineato che l'art. 20 dello Statuto della Corte, recepito in Italia con la legge 204/58 di ratifica ed esecuzione, statuisce all'art. 3 che "gli organi della giurisdizione ordinaria o speciale emettono ordinanza con la quale, riferiti i termini e i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispongono la immediata trasmissione degli atti alla Corte di giustizia e sospendono il giudizio in corso". Nonostante la presenza della detta norma, la Corte è stata sempre, come detto, piuttosto elastica tollerando che i giudici nazionali operino il rinvio nei modi più vari a seconda dei vari ordinamenti. Nel nostro il giudice redigerà un'ordinanza motivata con la quale rimetterà gli atti alla Corte di giustizia. Gli atti vengono trasmessi direttamente da giudice a giudice, o meglio da cancelleria a cancelleria, anzi la Corte ha sempre sconsigliato l'invio degli atti per tramite di autorità politiche o per tramite delle autorità diplomatico-consolari.

Adesso è il caso di accennare rapidamente alla differenza fra il secondo ed il terzo comma dell'art. 177 (234). Nel secondo comma, l'art 177 stabilisce che i giudici cosiddetti di prima istanza, cioè i giudici che non sono chiamati ad esprimere, diciamo

in ultima istanza, la decisione dello Stato da cui la questione proviene, hanno facoltà di promuovere il giudizio pregiudiziale, mentre, per il terzo comma dell'art. 177 i giudici, verso le decisioni dei quali non è possibile alcun ulteriore ricorso sono obbligati a sollevare la pregiudiziale. E qui c'è una prima distinzione fra l'art. 41 del trattato CECA e l'art. 177 del trattato CEE, perché l'art. 41 del trattato CECA faceva obbligo ad ogni tribunale nazionale, così si esprimeva, di adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale, quando si trattasse di giudicare della validità di un atto delle Istituzioni, mentre invece l'art. 177 del trattato CEE opera questo distinguo: il rinvio pregiudiziale è facoltativo per tutti i giudici meno quelli che giudicano in ultima istanza. La ragione della obbligatorietà del rinvio per i giudici che decidono in ultima istanza è da ravvisare nel fatto che, sostanzialmente, i giudici che decidono in ultima istanza sono quelli che formano la giurisprudenza in ogni singolo Stato, e quindi sono quelli che potrebbero in linea teorica determinare una discrepanza di applicazione di diritto comunitario fra uno Stato e l'altro. C'è anche una ragione di ordine pratico che è costituita da quella di evitare che la Corte fosse sommersa dai rinvii pregiudiziali anche per questioni di poco conto e dai giudici più disparati, questioni che potrebbero invece essere poi risolte in sede di impugnazione all'interno dei singoli Stati.

Qualche problema la Corte ha dovuto risolvere anche in ordine alla concreta applicazione del terzo comma dell'art. 177. Infatti nel terzo comma, che parla dei giudici di ultima istanza, non viene ripetuta quella espressione che ha riferimento alla valutazione di pertinenza, cioè non viene ripetuta l'espressione "qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto". Però la Corte di giustizia ha ritenuto sempre, ed oramai la questione è pacifica, che anche per il rinvio operato dal giudice di ultima istanza questo debba effettuare il giudizio di pertinenza e possa quindi astenersi dall'accogliere la sollecitazione delle parti ad effettuare il rinvio quando ritenga che la questione di diritto comunitario non sia pertinente ai fini del decidere. La Corte ha anche riconosciuto un altro limite all'obbligo da parte dei giudici in ultima istanza di promuovere la pregiudiziale statuendo che nel caso in cui la Corte si sia già pronunciata sulla stessa questione, il giudice di ultima istanza può astenersi dal promuovere la questione e dal rimettere gli atti. Altro analogo problema è stato dibattuto a lungo; è quello che in Francia si è chiamato la questione dell'Act Claere, cioè di cosa debba fare il giudice di ultima

istanza che si trovi di fronte a questo obbligo quando in realtà la questione sia talmente chiara, sia di tale evidenza, da non avere alcun ragionevole dubbio sulla sua interpretazione, perché l'art. 177 sembrerebbe porre l'obbligo in modo categorico e non ammettere deroghe. Dibattutasi a lungo la questione, finalmente la Corte di Cassazione Italiana ne ha rimesso la decisione alla Corte di Giustizia e la Corte di Giustizia ha assunto una posizione di una certa elasticità ammettendo la possibilità del non inoltrare da parte del giudice nazionale di ultima istanza della questione quando la stessa appunto presentasse caratteri di eccezionale evidenza purché il giudice nazionale tenga presente che egli non è solo nel diritto comunitario, non è una monade isolata, e che esistono gli altri Stati per cui la soluzione che sembra pacifica e chiara, deve essere valutata anche alla luce degli altri ordinamenti e del giudizio espresso anche in altre occasioni dalla stessa Corte e deve permanere la stessa chiarezza dopo questo ulteriore sindacato.

Altro problema che si è posto è se la decisione con la quale viene promosso il rinvio da un giudice di prima istanza sia appellabile, e si è domandato alla Corte la sorte che debba avere il rinvio in caso di impugnazione. Anche in questo caso la Corte di Giustizia ha mantenuto un atteggiamento flessibile ed ha rimesso la valutazione di questa opportunità ai singoli ordinamenti costituzionali mantenendo però l'atteggiamento di ritenersi investita del rinvio, fino al momento in cui non perviene una comunicazione ufficiale da parte di altre autorità giurisdizionali che la causa è stata sospesa o è stata estinta per un qualche motivo. In proposito, per quanto attiene alla impugnabilità della decisione di rinvio pregiudiziale nel nostro ordinamento, va osservato che la dottrina prevalente esclude tale possibilità sul presupposto che quella del rinvio pregiudiziale è una prerogativa inalienabile del giudice. Del pari la dottrina esclude che il provvedimento di rinvio possa essere impugnato a mente del disposto dell'art. 42 c.p.c. dovendosi ritenere che la sospensione del giudizio per operare il rinvio alla Corte di Giustizia non rientri nel disposto dell'art. 295 c.p.c., che si riferisce ad altra controversia, non avendo il rinvio pregiudiziale carattere contenzioso.

Quanto al procedimento innanzi alla Corte di Giustizia conseguente al rinvio basterà osservare che i singoli giudici adiscono la Corte nella loro lingua nazionale e questa determina la lingua nella quale si svolgerà il processo, allo stesso possono

partecipare solo gli Stati membri, le istituzioni della Comunità e le parti del processo nazionale. Non è ammesso l'intervento di terzi.

Circa gli effetti delle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale occorre distinguere fra sentenze emesse in materia di interpretazione di norme comunitarie e quelle emesse sulla validità degli atti comunitari.

La sentenza interpretativa vincola il giudice a quo (e quelli degli eventuali ulteriori gradi del giudizio) che è tenuto ad applicare la norma comunitaria eventualmente disapplicando quella nazionale incompatibile. In quest'ultima ipotesi la formula adottata dalla Corte di giustizia è la seguente: "l'art. x del Trattato (o il regolamento Y) va interpretato nel senso che osta all'applicazione di misure nazionali che.....", formula che in pratica, sancisce l'incompatibilità della norma nazionale con la norma comunitaria lasciando solo formalmente il giudice nazionale arbitro di tale dichiarazione con la conseguente disapplicazione.

La sentenza emessa nel rinvio pregiudiziale di validità può essere di accertamento della validità dell'atto o di accertamento della sua invalidità. La sentenza che accerta la validità dell'atto spiega i suoi effetti limitatamente al caso di specie; la formula rituale è "l'esame delle questioni sottoposte alla Corte non ha rivelato elementi suscettibili di intaccare la validità dell'atto": ciò lascia intatta la possibilità che in altro giudizio la sua validità possa essere contestata per motivi diversi. La sentenza che accerta la invalidità dell'atto ha gli stessi effetti di una sentenza di annullamento ex art. 173 (230 - 231) e, quindi, l'istituzione comunitaria che ha emesso l'atto dovrà ritirarlo o modificarlo tenendo conto dei motivi che hanno determinato la dichiarazione di invalidità.

Quanto alla efficacia temporale delle sentenze della Corte di Giustizia va detto che queste spiegano la loro efficacia ex tunc nel senso del riconoscimento dell'interpretazione riconosciuta e della validità della norma comunitaria fin dall'origine. Il principio è stato peraltro talvolta temperato bilanciandolo con esigenze di certezza del diritto: la Corte ha infatti riconosciuto l'efficacia ex nunc delle sentenze interpretative quando vengano ad interferire con i comportamenti di terzi in buona fede che avevano fatto affidamento sulla normativa nazionale prima della sentenza della Corte.

Merita un cenno la tutela cautelare in presenza di rinvio pregiudiziale. Vanno evidenziate due ipotesi: a) che una situazione soggettiva riconosciuta dal diritto

comunitario trovi ostacolo in una legge o in un atto amministrativo interni; b) che una situazione soggettiva riconosciuta dal diritto interno venga disconosciuta da un atto comunitario di cui si assume la invalidità. In entrambe le ipotesi la Corte ha riconosciuto la tutela interinale delle situazioni soggettive alle condizioni, comuni al nostro ordinamento, della sussistenza del *fumus boni juris*, del *periculum in mora*, e del bilanciamento degli interessi a confronto.

Infine, anche se, come detto, il rinvio pregiudiziale ben può essere operato anche dalle commissioni tributarie e pertanto tutti gli argomenti fin qui trattati interessano anche i giudici tributari, non sarà fuor d'opera spendere qualche parola su temi specifici di interesse della nostra materia.

Va subito detto che il numero di sentenze della Corte che hanno interessato la nostra materia è relevantissimo: in circa ventisette anni si sono avute circa 370 sentenze di cui 80 in materia di principi generali, 150 in materia di Iva, 30 in materia di imposte dirette, 110 in materia di imposte indirette e dazi. Il dato che emerge con evidenza è il rilevante numero delle sentenze riguardanti l'imposta sul valore aggiunto che sono quasi la metà del totale di quelle assunte in materia tributaria.

Esaminando le decisioni della Corte di Giustizia in materia tributaria è possibile individuare alcuni principi generali che da essa emergono che ben possono essere definiti come principi dell'ordinamento europeo in materia tributaria.

In primo luogo viene in luce il *principio di non discriminazione*.

In materia di imposte indirette la Corte di Giustizia, con riferimento al divieto fissato nell'art. 95 (90), ha riconosciuto che il principio di non discriminazione produce effetti immediati nei rapporti giuridici fra Stati membri ed i soggetti dei medesimi non essendo sottoposto ad alcuna condizione nè alla previa emanazione di alcun atto da parte della stessa Comunità o degli Stati e che tale principio è complementare a quello della abolizione delle barriere doganali di cui agli artt. 9 (23) e 12 (25) del Trattato perché serve ad "impedire le scappatoie" di natura fiscale che potrebbero occultare una politica tributaria protezionistica. Ha inoltre chiarito come non rilevi la entità della prestazione tributaria perché anche un tributo lieve può essere idoneo ad ostacolare la libera circolazione delle merci e dei servizi. La Corte ha poi chiarito che ogni discriminazione fiscale a danno del prodotto importato, indipendentemente dalla struttura della imposta adottata, può essere colpita alla luce del disposto dell'art. 95 e

che pertanto si può ravvisare discriminazione sia in relazione alla base imponibile o alla aliquota, che in relazione ad agevolazioni tributarie per i prodotti interni che a regole procedurali che impongano onerose prestazioni aggiuntive per i prodotti importati; per fare alcuni esempi, la Corte ha riconosciuto l'illegittimità di un sistema di dilazioni di pagamento delle imposte al quale erano ammesse solo le imprese nazionali, ed è arrivata addirittura a ravvisare discriminazione in una imposta che colpiva solo le autovetture al di sopra di una certa cilindrata perché tali autovetture non venivano prodotte anche nel paese di riferimento.

Sempre in ordine al principio di non discriminazione non meno rilevante è la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di imposte dirette. La prima decisione riguardante le imposte dirette risale al 1986 allorché la Corte riconobbe la incompatibilità con il Trattato di una norma francese che attribuiva un credito di imposta solamente alle società che avessero la propria sede sociale nel territorio francese e non anche alle società estere che nel detto territorio avessero una stabile organizzazione: la Corte ha affermato in tale occasione che il trattamento difforme in ordine ad un beneficio tributario costituisce una indebita penalizzazione delle imprese estere e viola sia il principio di stabilimento fissato nell'art. 52 (43) del Trattato che il principio di non discriminazione di cui al ripetuto art. 95 (90) del Trattato in quanto incompatibile con il detto principio qualsiasi disposizione nazionale che preveda un regime privilegiato in ragione della nazionalità delle imprese o della loro localizzazione nel territorio nazionale. Ancora in materia di imposizione diretta la Corte ha affermato che il criterio che ricollega alla residenza nel territorio nazionale l'eventuale rimborso dell'imposta versata in eccesso, sebbene si applichi indipendentemente dalla cittadinanza del contribuente interessato, comunque danneggia i contribuenti stranieri essendo costoro più soggetti a stabilirsi nel paese o a lasciarlo nel periodo di riferimento. Va precisato infine che la Corte ha sempre affermato che il principio in esame deve essere apprezzato in base al semplice rischio che si produca una alterazione della concorrenza e che quindi non rileva, e non deve essere provata, la effettiva sussistenza del relativo pregiudizio. Occorre rilevare peraltro che la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità da parte delle legislazioni dei singoli Stati di sottrarsi ai principi del diritto comunitario, ed in particolare delle norme sulla non discriminazione, in presenza di cause obbiettive di

giustificazione, come ad esempio la presenza di interessi pubblici nazionali, ha ammesso tale eccezionale possibilità con il limite però che tali cause non siano di natura economica o fiscale.

Viene poi in considerazione il *principio di ragionevolezza*.

La Corte, nell'applicazione del principio di non discriminazione, ha spesso dovuto mediare situazioni di conflitto di interessi adottando meccanismi di bilanciamento degli stessi. Per la soluzione di tali conflitti essa ha preferito soluzioni basate su criteri di composizione e mediazione fondati sul principio di ragionevolezza sul quale, piuttosto che sul principio di eguaglianza, ha prevalentemente verificato la rispondenza della norma nazionale sindacata rispetto alla ratio della disciplina comunitaria; in altri termini il controllo di ragionevolezza riguarda la compatibilità del fine perseguito rispetto ai principi del diritto comunitario. Ne consegue che la verifica della Corte è strettamente legata alla situazione di fatto esaminata riferendo la soluzione normativa alla specificità del caso concreto ed alle peculiarità del rapporto tributario la cui compatibilità con i principi dell'ordinamento comunitario deve essere verificata.

Altro principio adottato dalla Corte è il *principio di proporzionalità*.

Il principio di ragionevolezza di cui si è appena accennato, frequentemente assunto come parametro dalla nostra Corte Costituzionale che fa spesso ricorso al criterio della coerenza e della congruità, pur adottato in più di una occasione dalla Corte di Giustizia, non ha però nella sua giurisprudenza avuto lo stesso seguito che ha invece avuto un altro principio: il principio di proporzionalità. Questo è diretto a verificare la corrispondenza dei mezzi legislativi adottati rispetto ai fini prefigurati secondo un giudizio di efficienza strumentale della legge alla stregua di un bilanciamento di interessi contrapposti (nazionale e comunitario) secondo un giudizio di rispondenza alla ratio dell'ordinamento comunitario valutata peraltro in una prospettiva gradualistica

Il principio di proporzionalità è stato applicato dalla Corte in numerose decisioni riguardanti la materia tributaria nelle quali ha censurato misure legislative nazionali che, pur essendo dirette alla salvaguardia di un interesse pubblico, comprimevano l'interesse individuale in misura da essa ritenuta non adeguatamente proporzionata. Così ha ritenuto non compatibile con il sistema comunitario una norma che precludeva

il diritto al rimborso in caso di produzione del duplicato della fattura originale smarrita per causa non imputabile al contribuente ritenendo tale misura eccessiva rispetto all'obiettivo di evitare frodi fiscali. Così ancora ha ritenuto la non compatibilità con l'ordinamento comunitario di una normativa nazionale che precluda al contribuente la possibilità di fornire la prova di avere effettivamente sostenuto determinate spese ai fini della deducibilità fiscale ritenendo la detta norma sproporzionata rispetto all'obiettivo di prevenire l'evasione fiscale.

Come si è osservato in dottrina "il principio di proporzionalità mostra una significativa contiguità con il principio dell'effettività, vale a dire con il bisogno di assicurare che le parti del rapporto tributario, e segnatamente i contribuenti, siano messe dall'ordinamento in grado di tutelare concretamente i propri diritti, evitando in particolare che le norme nazionali pongano oneri ed adempimenti tali da rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio di facoltà o diritti".

In conclusione va rilevato che la giurisprudenza della Corte nella nostra materia, al di là di alcuni casi, peraltro circoscritti all'imposta sul valore aggiunto, in cui ha attribuito rilievo al profilo della armonizzazione delle legislazioni dei paesi membri, si è essenzialmente concretata nella affermazione di principi della fiscalità negativa: oggetto principale di essa sono state applicazioni del principio di non discriminazione e segnatamente casi in cui l'esercizio del potere tributario da parte dei singoli Stati ostacola il regime di concorrenza alterando il funzionamento del mercato comune.