

DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO EUROPEO A CONFRONTO NEL DIALOGO TRA LE CORTI.

DR. Antonio Valitutti

Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

La centralità del potere giudiziario nel sistema sovranazionale può essere compresa a fondo solo esercitando la memoria e riflettendo sulla centralità del giudice nell'odierno assetto delle fonti. Prima dell'entrata in vigore della Costituzione, il sistema delle fonti trovava fondamento normativo solo nell'art. 1 disp. prel. c.c., del '42, che richiamava – in ordine gerarchico – le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi. La legge è, dunque, l'elemento chiave del sistema delle fonti pre-costituzionale, ma nelle sue declinazioni contingenti essa spesso non si coniuga con i principi superiori di giustizia. Nel 1938 in Italia le leggi razziali eliminano con un tratto di penna i diritti civili e di libertà di oltre 40.000 persone di origine ebraica, anche se cittadini italiani.

Il 16.10.1943, soldati nazisti irrompono alle cinque del mattino nel ghetto di Roma al Portico d'Ottavia e rastrellano 1024 persone di origine ebraica, anche se cittadini italiani, di cui più di 200 bambini deportati poi ad Auschwitz. Faranno ritorno in sedici: quindici uomini, una donna, nessun bambino. Il diritto statale e la scienza giuridica più illuminata presero atto della volontà del Parlamento. I manuali furono prontamente aggiornati sulle nuova incapacità delle persone, ed il quadro formale dell'ordinamento giuridico si adeguò ad una scelta precisa della politica e dello Stato. Non così parte della magistratura, appellandosi agli scarni principi dello Statuto Albertino.

La situazione muta radicalmente con la Costituzione del '48. Il costituzionalismo ha il merito di avere coniugato la legittimazione democratica della produzione normativa (tolta al sovrano assoluto), con i principi fondamentali che devono informare di sé i contenuti delle norme. La Costituzione prefigura, invero, un catalogo di diritti fondamentali, costituenti un limite invalicabile all'esercizio del potere statale. Di conseguenza, la sovranità non appartiene più allo Stato, ma ai cittadini, ormai affrancati dalla loro condizione di sudditi, che li vedeva, secondo le generiche formule dello Statuto Albertino, titolari – al più – di libertà prefigurate come interessi legittimi, la cui soddisfazione era possibile solo con l'intermediazione del pubblico potere (assai spesso a titolo di concessione graziosa da parte del sovrano); e fatto salvo il ricorso ad una, allora embrionale, forma di tutela affidata al Consiglio di Stato.

Il passaggio dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale segna, dunque, proprio l'incontro tra forma e sostanza del diritto: aumento delle fonti di produzione, con l'inclusione nelle stesse delle norme della Costituzione, sovraordinate a tutte le altre, e tuttavia – nello stesso tempo – non più indifferenza per i contenuti, in una prospettiva di stampo squisitamente normativistico (Kelsen), ma recepimento di principi (solidarietà, eguaglianza, diritto al lavoro, libertà di espressione del pensiero, e così via) che vengono ad introdurre nello stesso diritto positivo – come è stato significativamente evidenziato – “principi di diritto giusto” (Mengoni). Accade allora che ciò che per secoli si è ricercato in un diritto non scritto – costituente il distillato di una ragione giuridica universale superiore allo *ius in civitate positum* – tale da imporsi anche agli ordinamenti statuali, diviene il contenuto dello stesso diritto positivo, ad un livello superiore a quello legislativo.

Con l'avvento della Costituzione, in altri termini, si comincia a contestare che il diritto si esprima tutto nella legge. Si inizia – per vero – a parlare di un “diritto vivente”, diverso dal diritto vigente, di una pluralità di fonti anche a carattere extranazionale; e la complessità del sistema di produzione attribuisce all'interprete poteri e responsabilità nuove. Al carattere universale dei diritti, che in tal modo si fa strada, corrisponde, invero, una globalizzazione della loro tutela, che vede al centro del sistema il giudice terzo ed imparziale. Un modello sistematico, dunque, che dà spazio all'“interpretazione adeguatrice” della norma ordinaria, capace di cogliere la sua evoluzione nel confronto con la norma costituzionale, l'ordinamento comunitario ed i vincoli derivanti dai Trattati internazionali. E', invero, proprio l'esistenza di un sistema normativo “multilivello”, caratterizzato dall'integrazione ordinamentale e da meccanismi di compenetrazione tra il diritto europeo ed il diritto nazionale, e la necessità di risolvere le antinomie normative, hanno portato al varo della l.

cost. n. 3/01, che ha modificato il titolo V della Cost., e segnatamente l'art. 117 Cost., che – nel testo novellato, al comma primo, recita: la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Orbene, il riferimento agli “obblighi internazionali” ha posto anzitutto il problema del ruolo e dell'efficacia che, rispetto alle fonti nazionali, riveste la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (in prosieguo CEDU), essendosi dottrina e giurisprudenza a lungo domandate se anche i trattati internazionali, come le fonti comunitarie, siano divenuti vincoli di validità rispetto alle leggi nazionali. La Consulta ha dato risposta al quesito con le decisioni nn. 348 e 349/07 (conf. 238, 311, 317/09), nelle quali ha affermato che l'art. 117, co. 1, Cost, il quale, nel testo introdotto dalla l. cost. n. 3/01 condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza della Corte costituzionale, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Sicché il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, presentandosi l'asserita incompatibilità tra le due come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi. Tale norma della Carta fondamentale, invero, ed in particolare l'espressione “obblighi internazionali”, colmando una lacuna prima esistente nel sistema, si riferisce alle norme internazionali convenzionali, come la CEDU, anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 Cost., che fa riferimento alle norme internazionali consuetudinarie, e 11 Cost., non essendo possibile l'inserimento della CEDU tra le limitazioni di sovranità consentite da tale norma. La Convenzione, quindi, non è assimilabile all'ordinamento comunitario, poiché non contiene norme direttamente applicabili, in grado di imporsi sul diritto nazionale tramite la sua disapplicazione, ponendosi, piuttosto, la CEDU come una “fonte interposta”, ossia come una “norma di rango sub-costituzionale”, destinata a dare contenuti al parametro costituzionale di cui all'art. 117 Cost. Pertanto, il giudice nazionale, ove rilevi la non praticabilità di un'interpretazione della norma interna conforme alla norma internazionale, non potendo disapplicare la norma interna ne' farne applicazione – avendola ritenuta in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione – deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo una questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., ovvero all'art. 10, co. 1, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta, quindi, alla Corte costituzionale – dopo aver accertato che il denunciato contrasto tra norma interna e norma della CEDU sussiste e non può essere risolto in via interpretativa - verificare se la norma della Convenzione, che – come dianzi detto – si colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale, si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione, poiché in questa, seppur eccezionale, ipotesi, deve essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato. Inoltre, sempre a giudizio della Consulta, non è in potere della Corte costituzionale sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo e sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte europea, con la conseguenza che le norme della CEDU devono quindi essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: e tuttavia, la Corte costituzionale può valutare come, ed in quale misura, il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. Ed invero, la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento di valori e di principi, che sono le ordinarie

operazioni che la Corte costituzionale è chiamata ad effettuare in tutti i giudizi di sua competenza (C. Cost. 236/11, 303/11, 150/12).

La tesi della comunitarizzazione della CEDU si affaccia, tuttavia, nuovamente a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha modificato l'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea (in prosieguo UE), stabilendo che "l'UE aderisce alla CEDU" e che "i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri fanno parte del diritto della UE in quanto principi generali". Tale novella ha – per vero – indotto una parte della giurisprudenza italiana a sostenere che, in seguito all'adesione della UE alla CEDU, disposta dall'art. 6 del trattato UE, come novellato dal trattato di Lisbona, entrato in vigore l'1.12.09, le norme della convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli stati membri dell'Unione, e quindi vengono ora ad operare nell'ordinamento italiano, in forza del diritto comunitario, ai sensi dell'art. 11 cost., con il conseguente obbligo per il giudice nazionale di interpretare le norme interne in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario, senza più dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno (TAR Lazio, 11984/10, C. St. 1220/10).

La tesi – sebbene pregevolmente argomentata – è stata, tuttavia, smentita dalla Consulta, la quale ha affermato che deve escludersi che dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario – operata dapprima dalla Corte di giustizia, indi anche dall'art. 6 del Trattato – possa farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con essa, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione. Nè ha pregio – a parere della Corte – l'argomento tratto dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta, sicché, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, allo stato, ancora improduttiva di effetti. E comunque, il richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 – secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali – ha, a giudizio della Consulta, la valenza di una disposizione che, come quella del previgente par. 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, evoca una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona. Dal che discende l'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come principi generali del diritto comunitario. Va infine escluso – ad avviso della Corte – che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea; infatti presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto (C. Cost. 80/11). Nello stesso senso, si è, peraltro, espressa anche la Corte Suprema di Cassazione., secondo la quale la Carta dei diritti fondamentali della UE, alla luce della clausola di equivalenza sancita dall'art. 52, par. 3, non ha determinato una "trattatizzazione" indiretta e piena della CEDU, la quale è predicabile solo per le ipotesi nelle quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo, e non già da norme nazionali prive di alcun legame con il diritto dell'Unione europea (cfr. Cass.S.U. 9595/12).

La centralità del ruolo del giudice si coglie, peraltro, in maniera vieppiù significativa, nel rapporto tra ordinamenti diversi, e segnatamente con l'ordinamento comunitario. Il problema dei rapporti tra ordinamenti è di facile soluzione, se si assume come esclusivo quello nazionale, ponendosi gli ordinamenti concorrenti come mero fatto, osservabile, se si vuole, solo all'esterno dell'ordinamento. Per converso, è ormai acquisizione comune quella secondo cui l'ordinamento comunitario sia in un rapporto di integrazione con quello nazionale, nel senso che, pur essendo distinti dal punto di vista genetico, confluiscono nell'ambito di un ordinamento unitario, nel quale al diritto comunitario cogente è assegnato un ruolo assolutamente preminente. Tale acquisizione risale ormai a cinquant'anni fa, essendo ravvisabile, per la prima volta, nella decisione Van Gend en Loos

n. 26 del 5.2.63, nella quale la Corte di Lussemburgo ha affermato che la Comunità Economica Europea costituisce un “ordinamento giuridico di nuovo genere” nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, alla loro sovranità. Il diritto comunitario – statuisce la Corte – indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti – a giudizio del giudice europeo – sorgono non soltanto allorchè il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il Trattato stesso impone ai singoli, agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie. Ebbene, osserva la Corte, il fatto che gli artt.169 e 170 del Trattato CE consentano alla Commissione ed agli Stati membri di convenire dinanzi alla Corte lo Stato che venga meno ai suoi obblighi, non implica che ai singoli sia precluso di azionare la violazione di tali obblighi dinanzi ai giudizi nazionali, atteso il carattere precettivo dell’art. 12 del Trattato CE, che attribuisce ai singoli diritti soggettivi che il giudici nazionali sono tenuti a tutelare.

In tal modo, la disciplina comunitaria – com’è del tutto evidente – viene assunta, non già come mero fatto, ma come valore giuridico nell’ordinamento nazionale di riferimento, addirittura fondante situazioni giuridiche ulteriori e poziori che gli ordinamenti nazionali non possono pretermettere, e che i giudici degli Stati membri sono obbligati a tutelare. In tale prospettiva, la Corte di Giustizia ha, dipoi, operato ulteriori importanti statuizioni, sempre nel senso dell’integrazione tra ordinamenti degli Stati ed ordinamento europeo, come quanto ha affermato la rilevanza degli effetti diretti della norma comunitaria anche per la pubblica amministrazione degli Stati membri (cfr. sentenza F.lli Costanzo 22.6.89, causa 1003/88; sentenza Ciola 29.4.99, causa 224/97). D’altro canto, nel senso dell’integrazione in un ordinamento unitario depongono vari elementi: 1) la costituzionalizzazione del diritto comunitario, ex art. 117 Cost.; 2) il fatto che le norme del diritto nazionale possono essere addirittura paralizzate sul piano effettuale attraverso il meccanismo della disapplicazione, per cui – se una norma comunitaria può paralizzare una norma interna, lasciandola formalmente in vita – riesce difficile negare l’integrazione tra gli ordinamenti; 3) la diretta applicabilità delle norme comunitarie, da cui nascono diritti ed obblighi, senza necessità di una norma interna di recepimento (ad eccezione delle direttive non autoesecutive).

Il giudice nell’ordinamento integrato, dunque, agisce – come si è incisivamente rilevato – come un “tessitore”, che tesse la tela normativa, articola la normativa interna e quella comunitaria, consapevole del fatto che la chiave del precetto interno risiede nella sua origine comunitaria (Scoditti). Basti considerare, in tal senso, l’istituto dell’”abuso del diritto”, che non può essere in alcun modo attinto alla stregua di un’analisi strutturale delle norme di legge del nostro ordinamento, nonostante la sua pretesa a porsi come limite alla dogmatica ed alla logica del diritto soggettivo. Posto che la titolarità di un diritto implica l’esigenza di prestabilire gli effetti giuridici che possono legittimamente scaturirne, giacchè la titolarità e l’esercizio non possono non essere complementari, alla stregua del diritto nazionale l’esercizio corretto non è abuso, quello scorretto è un “illecito” (artt. 833, 2043 c.c.), giacchè il suo esercizio eccede i limiti interni del diritto soggettivo, e non certo un abuso. In siffatta ipotesi, sarebbe, per vero, ravvisabile, secondo la civilistica italiana (Santoro Passarelli, Rescigno), più che un “abuso” – ovvero sia uno “sviamento” dell’esercizio del diritto soggettivo, secondo un inquadramento dogmatico mutuabile da elaborazioni gius-pubblicistiche (si pensi allo sviamento di potere quale vizio dell’atto amministrativo) - un “eccesso” dal diritto, che dà vita alla figura antiggiuridica dell’”illecito” Insomma, la figura è stata considerata a lungo ambigua e contraria alla logica formale, con qualche timida apertura alla valutazione dei profili concernenti la socialità dell’atto (giusta causa) da parte dei giuristi di ispirazione socialista, o a quelli attinenti alla moralità dell’atto (motivo illecito), da parte dei giuristi di ispirazione cattolica.

Ma va ora considerato l’art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali della UE, (Nizza-Lisbona), che ricalca l’art. 17 CEDU, secondo cui nessuno può esercitare un diritto o compiere un atto che miri a ledere, o a limitare, un diritto o una libertà altrui, riconosciuti dalla stessa Carta. La nozione comunitaria di abuso del diritto sembra, dunque, essere autonoma dall’illegalità dell’atto, ricollegandosi piuttosto all’”illegittimità del motivo”, che miri a conculcare situazioni di diritto o di

libertà sancite dalla Carta. Di conseguenza, si è verificata nella giurisprudenza nazionale una apertura verso la nozione in parola, essendosi affermato, ad esempio: che, in tema di fideiussione, il generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è un'espressione, svolge una funzione integrativa dell'obbligazione assunta dal debitore (nella specie, la banca), quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese, avendo ciascuna delle parti contrattuali il dovere di tutelare l'utilità e gli interessi dell'altra, nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio di altri valori (Cass. I sez. 17642/12); o che – per converso - non è ravvisabile un abuso del diritto nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi (Cass., sez. III, 8567/12). Ma, soprattutto, in materia tributaria, l'abuso del diritto è stato individuato assai di frequente nel ricorso a quelle pratiche che, pur formalmente rispettose del diritto interno o comunitario, siano mirate esclusivamente ad ottenere benefici fiscali contrastanti con la "ratio" delle norme che introducono il tributo; è nozione che trova il suo fondamento anche nell'art. 53 Cost. (Cass. sez. V, 10807/12, Cass. S.U. 30055/08, C. Giust. 21.2.08 n. 425).

In particolare, si è ritenuto che costituisca una disposizione antielusiva, diretta ad elidere il fenomeno dell'abuso del diritto, l'art. 110 d.P.R. 917/86, diretto ad ovviare al cd. "transfer pricing", ossia ad evitare, mediante la fissazione di un valore legale dei prezzi per operazioni all'interno di gruppi di società, ed in deroga al principio per cui, nel sistema di imposizione sul reddito, questo viene determinato sulla base dei corrispettivi pattuiti dalle parti della singola transazione commerciale (art. 109, del d.P.R. 917/86), che all'interno del gruppo di società (e segnatamente nei rapporti tra società "madre" estera e società "figlia" italiana) vengano effettuati trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore normale dei beni ceduti, al fine di sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori (cfr. Cass., sez. V, 22023/06, Cass. sez. V, 11226/07), o comunque a favore di situazioni che rendano fiscalmente conveniente l'imputazione di utili ad articolazioni del gruppo diverse da quelle nazionali.

In definitiva, dunque, il giudice nazionale, nel rapporto con le norme comunitarie cogenti (regolamenti, direttive, decisioni), ha due strumenti essenziali. Il primo è rappresentato dall'"interpretazione adeguatrice", che riconduce i poteri del giudice all'interno dei confini dei propri poteri costituzionalmente definiti (come per l'interpretazione costituzionalmente orientata), e non pone, dunque, problemi di deroga all'art. 101, co. 2, Cost., secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge". Tale strumento si traduce, infatti, in un'attività che rientra nell'ambito del percorso ermeneutico, istituzionalmente demandato a qualsiasi organo giudicante. Il secondo strumento è costituito dalla "disapplicazione", che è un istituto che presuppone una forma di "patologia" dell'atto, e che costituisce una deviazione dal canone della soggezione del giudice alla legge. Siffatto strumento pone, pertanto, il problema di giustificare il superamento del filtro del giudizio di legittimità costituzionale. Ebbene, il potere di disapplicazione del giudice, che dà luogo alla quiescenza e non alla nullità della norma interna, in quanto funzionale all'assolvimento degli obblighi sovranazionali, va certamente ricondotto all'art. 11 Cost., ovverosia a quelle limitazioni di sovranità cui fa riferimento detta norma, nella sua suscettibilità di porsi come generale fondamento costituzionale del complessivo fenomeno eurounitario (C. Cost. 170/84, 89/389, 41/00).

Ma anche a seguito del nuovo dettato dell'art. 117 Cost, secondo cui la potestà legislativa dello Stato e delle regioni è esercitata nel rispetto della Cost., "nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", si è ritenuto che l'avvenuta costituzionalizzazione degli obblighi internazionali e comunitari comporti, bensì, che la norma di legge confliggente sia, incostituzionale, ma che essa sia anche "anticomunitaria", ossia affetta da un vizio ancora più radicale che non può che comportarne la disapplicazione, e non un ritorno al sistema della declaratoria di incostituzionalità (C. Cost. 5.11.08 n. 415, C. Cost. 9.6.10 n. 241).

Da ultimo, in relazione ai poteri dei giudici degli Stati membri, la Corte di Lussemburgo ha ribadito che spetta al giudice nazionale, prima di procedere ad un'eventuale disapplicazione delle disposizioni interne confliggenti (nella specie, misure di razionalizzazione della finanza pubblica),

verificare, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo complesso, tanto sotto il profilo materiale quanto sotto quello procedurale, se non gli sia in nessun caso possibile giungere ad un'interpretazione del suo diritto nazionale che gli consenta di dirimere la controversia di cui al procedimento principale in modo conforme al dettato e alla finalità del diritto della UE; allorché siffatta interpretazione non sia possibile, spetterà, di contro, al giudice nazionale disapplicare, nel procedimento principale, le disposizioni interne ad esso contrarie (cfr. C. Giust. UE, 97/12).

Il ricorso alla Corte Costituzionale, ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., è, invece, obbligato laddove sia impossibile risolvere il contrasto tra normativa interna e diritto comunitario in via interpretativa, e non sia possibile attivare il rimedio della disapplicazione della norma nazionale, poiché si tratti di norma dell'Unione Europea priva di efficacia diretta, come una decisione quadro del Consiglio (nella specie decisione quadro n. 584/02, relativa al mandato di arresto europeo) (C. Cost. 12.5.10 n. 227, C. Cost. 12.1.10 n. 28).

L'esigenza di partecipazione corretta alla UE dovrebbe perfino condurre, secondo una tesi sostenuta da una parte della giurisprudenza, ad una flessione dei principi fondamentali, fatta salva l'ipotesi – del tutto marginale e remota – in cui questa stessa partecipazione dovesse essere rimessa in discussione. Si dovrebbe ritenere – secondo tale indirizzo – che anche la norma costituzionale contrastante con il diritto comunitario cogente meriti disapplicazione da parte del giudice (C. St. Ad. Gen. 1.3.01, a proposito della norma costituzionale che vietava il rientro in Italia dei maschi Savoia). Ma l'indirizzo assolutamente prevalente – cd. “teoria dei controlimiti” – è nel senso che il primato del diritto comunitario trova un “limite invalicabile nella tutela dei principi fondamentali” della Costituzione e dei diritti inalienabili della persona (C. Cost. 102/08). E tuttavia, com'è di chiara evidenza, in tali casi il sindacato cadrebbe, non sulla norma comunitaria stessa, bensì sulla legge interna di adesione al Trattato istitutivo della CE (C. Cost. n. 170/84, C. Cost. n. 389/89, C. Cost. n. 509/95).

Un ultimo problema concerne, infine, i rapporti tra giudicato nazionale e diritto comunitario. Orbene, si è affermato – al riguardo – che il diritto comunitario, così come costantemente interpretato anche dalla Corte di Giustizia (sentenza 3 settembre 2009, in causa C-2/08 e sentenza 16 marzo 2006, in causa C-234/04) non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne da cui deriva l'autorità di cosa giudicata di una decisione, nemmeno quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione, salve le ipotesi, da ritenersi eccezionali, in cui ricorrano discriminazioni tra situazioni di diritto comunitario e situazioni di diritto interno, ovvero che sia reso in pratica impossibile o estremamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario. Si è, in tal senso, affermato – da parte della Corte Suprema italiana – che le controversie in materia di IVA sono soggette a norme comunitarie imperative, la cui applicazione non può essere ostacolata dal carattere vincolante del giudicato nazionale, previsto dall'art. 2909 c.c., e dall'eventuale sua proiezione anche oltre il periodo di imposta che ne costituisce specifico oggetto, ove gli stessi impediscano – secondo quanto stabilito dalla citata sentenza della C. Giust. CE, 3 settembre 2009, in causa C-2/08 – la realizzazione del principio di contrasto dell'abuso del diritto, individuato dalla giurisprudenza comunitaria come strumento teso a garantire la piena applicazione del sistema armonizzato di imposta (Cass. 16996/12).

In conclusione può dirsi – senza tema di smentite – che il giurista del terzo millennio dovrà, giocoforza, in presenza della descritta complessità delle fonti, rifuggire da quelli che autorevole dottrina ha definito atteggiamenti da “pensiero unico”, poiché avvezzo a catalogare come “deviazione” – da respingere nel paradigma regola eccezione, o nel dualismo genere-specie – ogni diversità non riconducibile entro le linee di un collaudato schema teorico-concettuale, o ad un unico orizzonte globale di senso (Pugliatti, Scalisi). All'archetipo dell'unità, va sostituito, invero, il modello critico-interpretativo della molteplicità, nella consapevolezza che il diritto altro non è che “la sintesi del molteplice nell'uno” (Pugliatti): tanto vero che il sapere del giurista – come è ormai dato acquisito della dogmatica giuridica – è esegetico, ma soprattutto “sistemico”. Il modo giusto di leggere il presente è, invero, anche nel campo del diritto, nella proiezione verso l'avvenire, come

insegnano due grandi del '900. Einstein ci ha ricordato, infatti, che nessun problema può essere adeguatamente risolto dalla stessa cultura che l'ha prodotto; Heidegger ha insegnato che una scienza si misura non dall'ossequio ad un metodo ricevuto, ma dalla capacità di accogliere e mettere a frutto la crisi dei propri elementi fondanti. Il millenario cammino del giurista lungo nuovi itinerari normativi è, dunque, solo all'inizio.