

## A 50 ANNI DALLA SENTENZA VAN GEND EN LOOS (FEBBRAIO 1963).

L'evento induce ad approfondire la riflessione 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, nel quale la legge è 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. La legge – assai spesso frutto di compromesso politico – finisce spesso col privilegiare questo o quell'interesse, in ragione della variabilità e contingenza del quadro politico di riferimento. 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, prefigurando l'esistenza di diritti fondamentali, come limite alla sovranità. Con l'avvento della Cost. si comincia a contestare che il diritto si esprima tutto nella legge. Si inizia a parlare di un diritto vivente, diverso dal diritto vigente, di una pluralità di fonti anche a carattere extranazionale; e la complessità delle fonti attribuisce all'interprete poteri e responsabilità nuove. Ma la centralità del ruolo del giudice si coglie, in maniera viepiù 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. Si ritiene, invece, che 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. In tal modo, la disciplina comunitaria viene assunta, non già come mero fatto, ma come valore giuridico nell'ordinamento nazionale. Nell'operazione sistematico-ricostruttiva che ne deriva il giudice si avvale della dell'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale in ipotesi confliggente, attività che rientra nell'ambito del percorso ermeneutico, nonchè della disapplicazione, fondato sull'art. 11 Cost., istituto che presuppone una forma di patologia dell'atto, e costituisce una deviazione evidente dal canone della soggezione del giudice alla legge.

Nel quadro di tale integrazione tra ordinamenti, si pone con particolare pregnanza – per le notevoli ricadute che ne derivano sul diritto nazionale – l'istituto dell'abuso del diritto. Trattasi, invero, di istituto che non può essere in alcun modo attinto alla stregua di un'analisi strutturale delle norme di legge, nonostante la sua pretesa a porsi come limite alla dogmatica ed alla logica del diritto soggettivo. Posto che la titolarità di un diritto – intesa come supremazia della volontà del titolare, grazie alla quale il medesimo può realizzare da solo il proprio interesse – 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 (art. 833, 2043 c.c.), e non un abuso.

Secondo la teoria classica del diritto soggettivo (Santoro Passarelli, Rescigno), posto che l'esercizio del diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera di azione della solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, gli atti emulativi e gli altri atti non corrispondenti alla buona fede, che non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento del diritto, ma un eccesso dal diritto, ossia ne sono fuori, e sono, dunque, illeciti. 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) o la moralità dell'atto (motivo illecito). 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. Applicazione diretta. Si è verificata nella giurisprudenza nazionale una apertura verso la nozione, essendosi affermato, ad es., 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. 10807/12, 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. 75, ora art. 109, del d.P.R. 917/86), che all'interno del gruppo di società 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. 22023/06, 11226/07), o comunque a favore di situazioni che rendano fiscalmente conveniente l'imputazione di utili ad articolazioni del gruppo diverse da quelle nazionali.

Il giurista del terzo millennio dovrà, giocoforza, in presenza della descritta complessità delle fonti, rifuggire da atteggiamenti da "pensiero unico", 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 (Scalisi). All'archetipo dell'unità, va sostituito, invero, il modello critico-interpretativo della molteplicità. Il modo giusto di leggere il presente è, invero, anche nel campo del diritto, nella proiezione verso l'avvenire, nella consapevolezza 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 (Heidegger). Solo in tale prospettiva la "fine del diritto" – prefigurata dal grande Carnelutti negli anni '50 – potrà cedere il passo alla trasformazione del diritto ed alla sua transizione verso nuove frontiere della giuridicità; un'evoluzione alla quale il giurista del terzo millennio non potrà di certo sottrarsi, fin quando la giustizia resterà la vera metà della città umana.