

Corso di formazione su
“La cooperazione giudiziaria in materia penale nell’Unione europea”
Ordine degli Avvocati di Torino – 30 giugno 2015

Inquadramento istituzionale della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale

Prof. F. Costamagna

SCHEMA DELL’INTERVENTO

1. Le competenze UE in materia penale

Si tratta di un settore che, alle origini del processo di integrazione europea, era sostanzialmente escluso dalle competenze della CEE. E tuttavia, il diritto comunitario esercitava un’influenza indiretta sulle norme penali nazionali. Quanto a quest’ultimo aspetto la Corte aveva affermato la necessità per gli Stati di adottare tutte le misure necessarie per assicurare l’effetto utile del diritto UE, anche, se del caso, sanzioni penali “effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive” (Commissione c. Grecia del 1989, C-68/88). Inoltre la legislazione CE (soprattutto in materia ambientale) aveva previsto l’adozione da parte degli Stati di sanzione avente carattere penale. Con il Trattato di Maastricht (1992), la Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale diventa materia di competenza dell’UE, essendo parte del III Pilastro.

Il Trattato di Lisbona (2009) ha sensibilmente modificato la situazione, rafforzando le competenze “dirette” dell’UE in materia penale. Più che in altri settori, però, vi è la necessità di un quadro chiaro quanto al riparto delle competenze, in ossequio al principio delle competenze di attribuzione di cui all’articolo 5 TUE. Tale ultima disposizione prevede che L’Unione può agire solo nei limiti delle competenze attribuite dai trattati. Le competenze non esplicitamente attribuite all’UE spettano agli Stati.

Il Trattato di Lisbona introduce due nuove basi giuridiche per l’adozione da parte dell’UE di atti normativi riguardanti la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale: gli artt. 82 e 83 TFUE, inseriti nel Titolo V del TFUE (Spazio di libertà sicurezza e giustizia). Questo consente all’UE di entrare a pieno titolo in uno spazio tradizionalmente pensato come riservato alla competenza esclusiva degli Stati. Ed è questo il motivo che spiega le cautele che circondano il conferimento di tali competenze in capo all’UE.

1.1 L'art 82 TFUE

L'articolo mira al rafforzamento della cooperazione giudiziaria attraverso la codificazione e la valorizzazione del principio del reciproco riconoscimento. Tale principio è mutuato dalle norme in materia di mercato interno, essendo stato elaborato per la prima volta dalla Corte di Giustizia in una sentenza relativa alla libera circolazione delle merci (*Cassis de Dijon* del 1979, 120/78). Si tratta di un principio fondato sulla reciproca fiducia tra gli Stati membri, prevedendo l'obbligo per ciascuno di essi di riconoscere come validi i provvedimenti assunti dalle autorità di un altro Stato membro. È evidente come l'applicazione di tale principio nell'ambito della cooperazione penale possa, più ancora che in materia di mercato interno, sollevare dubbi e resistenze.

Il comma 1 dell'articolo in questione fa proprio il modello dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, non quello dell'uniformazione. Esso prevede, inoltre, la possibilità per Parlamento e Consiglio di adottare misure atte a:

- a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria;
- b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri;
- c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari;
- d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni.

Il comma 2 si rifà, invece, al modello dell'uniformazione, prevedendo la possibilità per Parlamento e Consiglio di adottare misure minime su alcuni aspetti specifici, laddove ciò sia necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni, nonché per rafforzare la cooperazione in materia penale. Tale intervento è possibile, però, solo nelle materie avente dimensione transnazionale. Gli ambiti in cui l'UE può intervenire ai sensi di tale disposizione sono i seguenti:

- a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri;
- b) i diritti della persona nella procedura penale;
- c) i diritti delle vittime della criminalità;
- d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

Uno degli esempi più importanti di atti adottati sulla base di tale disposizione è la Direttiva 29/2012/UE del 25 ottobre 2012, riguardante la tutela dei diritti delle vittime di reato)

Per le misure di cui al comma 2 (e non per quelle *ex* comma 1) è prevista l'azionabilità del freno di emergenza. A tal fine è sufficiente che uno Stato, il quale ritenga che il progetto di atto incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, decida di investire della questione il Consiglio europeo, imponendo la sospensione del processo legislativo in corso. Se si trova un accordo in tale ambito, il Consiglio europeo rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione. Se, invece, tale accordo non viene trovato, 9 Stati possono decidere di "andare avanti", instaurando una cooperazione rafforzata, la quale deve essere autorizzata dal Consiglio, dietro proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento.

Art. 83 TFUE

Conferisce all'UE la competenza ad adottare norme minime sostanziali ("definizione dei reati e delle sanzioni"), ma solo in "sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale". Tali sfere sono: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

È possibile che la lista venga estesa, ma, a tal fine, occorre una decisione all'unanimità del Consiglio e occorre che la nuova sfera rispetti i criteri di cui sopra (gravità e transnazionalità).

Il comma 2 prevede una competenza di tipo "derivato" prevedendo la possibilità che l'UE intervenga attraverso norme penali sostanziali quando ciò sia indispensabile per "garantire l'attuazione efficace di una politica dell'UE". Si noti come il requisito dell'indispensabilità lascia presupporre che ci si trovi di fronte ad una base giuridica utilizzabile in un numero limitato di casi (molto dipende da come verrà interpretato il termine).

Si tratta di una competenza la cui sussistenza era già stata affermata dalla Corte (vd caso *reati Ambientali*, C-176/03 del 2005), sancendo la competenza della Comunità ad adottare norme penali sostanziali quando ciò sia necessario per salvaguardare l'effetto utile delle norme in materia di tutela ambientale. Affermazione che aveva sollevato non pochi dubbi, in ragione della sua indeterminatezza.

Si tratta comunque di un intervento sussidiario, finalizzato a contribuire al raggiungimento di "altri" obiettivi. Presuppone un giudizio sul carattere indispensabile dell'azione penale. I criteri a cui deve ispirarsi questo giudizio non sono del tutto chiari: tra questi figura il principio di proporzionalità (non solo nel senso "classico", ma anche di proporzionalità della sanzione).

L'ampiezza dell'intervento in materia penale dipende dall'ampiezza della competenza "primaria" e della discrezionalità che il legislatore sovranazionale dispone in quell'ambito.

La competenza è stata esercitata portando all'adozione della Direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato. Questa si accompagna ad un'altra direttiva riguardante questa materia da un'altra prospettiva e adottata sulla base dell'art. 114 TFUE.

Altri settori di potenziale interesse sono quelli delle frodi alimentari e della tutela della proprietà intellettuale.

Il comma 3 prevede un freno di emergenza attivabile per le misure ex commi 1 e 2 e, come già all'art. 82 TFUE, la possibilità per alcuni Stati di instaurare una cooperazione rafforzata.

Vi sono, poi, altre norme che possono costituire una valida base giuridica per l'adozione di norme penali da parte dell'UE. Si veda, ad esempio, l'art. 325 TFUE per ciò che concerne la lotta contro le frodi finanziarie. La Commissione ha prospettato l'elaborazione di una disciplina antifrode esclusivamente basata su questa norma. Gli Stati membri hanno spinto per una soluzione diversa, tanto che il Consiglio ha chiesto, in prima lettura, di emendare la base giuridica dell'atto, passando all'art. 83.2 TFUE. Questo perché l'art. 325 TFUE esclude la possibilità del freno di emergenza, non prevede il carattere indispensabile dell'intervento UE e non consente l'*opt out* ai Paesi che hanno il diritto di azionarlo (Irlanda, UK, Danimarca). Il punto non è ancora stato risolto.

2. Gli atti utilizzati in materia di cooperazione penale: la direttiva

L'atto "principe" è senz'altro la direttiva, la quale, rispetto al regolamento lascia una maggiore discrezionalità agli Stati membri. La direttiva è l'atto tradizionalmente utilizzato quando l'obiettivo è l'armonizzazione delle discipline nazionali, non la loro uniformazione. Strumento "meno invasivo" ed espressione della condivisione del potere normativo tra istituzioni UE e Stati.

Normazione a due fasi: la prima a livello UE (dove si fissa l'obiettivo da raggiungere), la seconda a livello nazionale (dove si decide il mezzo da utilizzare). Gli Stati hanno un obbligo di recepimento, il quale si ritiene adempiuto se lo Stato dimostra che il suo ordinamento interno è già conforme (ma la Corte controlla che tale situazione consenta effettivamente alla direttiva di raggiungere i suoi obiettivi).

Il recepimento deve avvenire entro un certo termine fissato dalla direttiva stessa (che scatta dall'entrata in vigore della direttiva), durante questo periodo vige per gli Stati un obbligo di *stand-still*.

La scelta del mezzo è libera ma deve consentire di raggiungere l'obiettivo fissato dalla direttiva (ad. es. l'atto deve avere pari rango della norma che si deve abrogare)

Le disposizioni delle direttive non sono, di regola, dotate di diretta efficacia. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto la possibilità di riconoscere efficacia diretta (cioè possibilità per un privato di invocarle di fronte ad un giudice nazionale) alle disposizioni di una direttiva se:

- ❖ Mancato recepimento da parte dello Stato (o recepimento incompleto) entro il termine. Ha una funzione sanzionatoria, per evitare che lo Stato benefici del suo inadempimento
- ❖ Le disposizioni sono sufficientemente precise (riguarda la formulazione della norma: il precetto deve essere definito in modo che i destinatari, i quali devono essere individuati con precisione, ne possano comprendere la portata) ed incondizionate (che non necessitino di ulteriori interventi da parte degli Stati). Oppure se pongano obblighi meramente negativi o meramente riproduttivi di obblighi già contenuti nei trattati. In sostanza si riconosce diretta efficacia alle norme di una direttiva che abbiano un contenuto sufficientemente chiaro e preciso, non condizionato e subordinato all'adozione di atti ulteriori da parte della Comunità o degli Stati.
- ❖ Solo in senso verticale: le disposizioni essere invocate solo contro lo Stato che non le ha recepite (è una sorta di sanzione) e non anche nei confronti di altri soggetti privati.

3. Rapporto tra diritto dell'UE e diritto interno: il principio del primato

Il principio del primato prevede che, in caso di contrasto tra una norma di diritto UE e una norma interna, quest'ultima debba soccombere e non possa essere, quindi, applicata dal giudice interno. La Corte di Giustizia fonda il principio del primato sul trasferimento di sovranità dagli Stati membri alla UE avvenuto attraverso il Trattato.

Ma il principio non è stato subito accettato dalle Corti nazionali: emblematico il caso italiano. In origine la Corte Costituzionale applicava il principio temporale: la norma successiva prevale sulla precedente (anche se la precedente era una norma comunitaria). Questo perché il contrasto era tra una legge e l'atto di adattamento del Trattato CE ed EURATOM (vale a dire una legge): caso *Costa c. Enel* del 1964. Sempre in questa decisione la Corte Costituzionale aveva affermato che non vi era necessità di valutare la peculiarità dell'ordinamento comunitario ("non giova occuparsi del carattere della Comunità economica europea").

La Corte di Giustizia, investita del medesimo caso (1964) rispondeva in senso del tutto diverso, sottolineando come il Trattato avesse istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato con gli

ordinamenti nazionali, e i giudici nazionali non possono applicare le leggi nazionali contrastanti altrimenti viene meno l'uniformità dell'ordinamento comunitario.

Nella sentenza *Frontini* (Corte Cost, 1973) la Corte Costituzionale affermava che i due ordinamenti sono separati ed autonomi, anche se coordinati dal riparto di competenze. L'art 11 Cost era considerato "coprire" l'adattamento del Trattato UE ("offre sicuro fondamento").

Nella sentenza *Industrie Chimiche* (Corte Cost., 1975) affermava, però, che, in caso di contrasto tra un regolamento e una legge successiva, il problema dovesse essere risolto attraverso un giudizio di legittimità costituzionale, non essendo ammissibile la disapplicazione della norma interna da parte del giudice ordinario.

Caso *Simmenthal* (CGCE, 1978): La Corte ribadiva che il primato del diritto UE impone la disapplicazione del diritto interno contrastante, posto che tali norme non si formano validamente, perché, come affermato in *Costa*, la partecipazione alla CE ha comportato una limitazione definitiva dei poteri sovrani degli Stati, di fronte al quale un atto ulteriore, incompatibile con il diritto UE, sarebbe del tutto privo di efficacia (anzi la Corte dice che le norme comunitarie hanno "rango superiore rispetto alle norme interne" e impediscono "la valida formazione di nuovi atti legislativi" se incompatibili. Dice che le norme CE hanno rango superiore). Inoltre l'obbligo del rinvio costituzionale farebbe venire meno l'uniforme applicazione del diritto UE.

Nella sentenza *Granital* (Corte Cost., 1984), la Corte Costituzionale parte di nuovo dall'immagine dei due ordinamenti separati e coordinati (con rinuncia a parte della sovranità da parte dell'Italia in base all'art. 11 Cost.). Non applica più i criteri utilizzati per il contrasto tra leggi, ma utilizza il criterio della competenza. In caso di contrasto norma UE/norma interna successiva, dice la Corte Costituzionale, quest'ultima non viene in rilievo e, quindi, non è applicabile nel caso concreto ('ritrazione' del diritto interno nella misura in cui il potere dell'UE si sia estrinsecato nell'adozione di una norma avente efficacia diretta). Viene dichiarato inammissibile il ricorso costituzionale, fatti salvi i casi di conflitto con i principi fondamentali del nostro ordinamento (il d. nucleo imm modificabile della Carta costituzionale): si parla di controlimiti (vd già sent. *Frontini*). In ogni caso, si tratta di un'ipotesi piuttosto rara, se non impossibile, visto che tali principi trovano pieno riconoscimento e totale anche a livello comunitario, come ha ammesso anche la Corte Costituzionale nel caso *Fragd* del 1989.

L'obbligo di disapplicazione (termine che la Corte Costituzionale ha cominciato ad usare solo di recente) grava anche sulla PA (Sentenza *Fragd*, 1989). Come avrebbe poi affermato anche la CGUE

(Sent. *Fratelli Costanzo*, 1989). Ampliamento problematico, perché non sempre la PA ha gli strumenti per accorgersi del contrasto, né può utilizzare il rinvio pregiudiziale.

L'obbligo di disapplicazione vige anche nel caso in cui il contrasto sia con una pronuncia della CGUE (Sent. *BECA*, 1985)

Dal principio del primato la CGUE ha dedotto l'obbligo di disapplicazione anche delle norme che, pur non in contrasto, ne impediscano l'effettiva applicazione: nel caso *Factortame* (1990) ha escluso l'applicabilità di una norma inglese che vietava l'adozione di provvedimenti cautelari fino alla pronuncia definitiva dell'incompatibilità della misura con il diritto CE.

Nel caso *Lucchini* (2007) ha affermato la non applicabilità di una norma italiana (art. 2909 CC) che sancisce **l'autorità di cosa giudicata**, nei limiti in cui questo impedisce il recupero di somme erogate in violazione delle disposizioni di diritto UE. La Corte ribadisce l'importanza del principio della cosa giudicata, da cui discende il fatto che il diritto UE non impone in alcun caso il suo superamento, salvo il caso in cui sia il diritto nazionale a prevedere la possibilità di revisione. Il caso *Lucchini* era un esempio di aberrazione giuridica e di reiterata e volontaria violazione del diritto UE (in materia di aiuti di Stato) da parte dell'Italia.

Sempre la peculiarità del caso spiega la sentenza *Fallimento Olimpiclub* (2009). L'Olimpiclub S.r.l. agli inizi degli anni novanta comincia un "infinito" contenzioso con il Fisco italiano che, sulla base di periodici processi verbali di constatazione, ipotizza l'utilizzo dello schermo giuridico di un contratto di comodato da parte del contribuente al fine di eludere la normativa tributaria onde ottenere un indebito risparmio d'imposta, segnatamente detrazioni iva. Naturalmente, la questione viene dapprima sottoposta al giudizio della Commissione tributaria provinciale di Roma, competente per territorio e poi in sede di gravame di fronte a quella regionale del Lazio, con il medesimo risultato favorevole alla società privata in quanto non risultavano dimostrati intenti fraudolenti ed anzi esistevano valide ragioni economiche per legittimare l'operazione. L'amministrazione erariale ricorre allora in Cassazione ove si costituisce la curatela dell'Olimpiclub, nel frattempo fallita, tra l'altro eccependo l'esistenza di un precedente giudicato sostanziale reso tra le stesse parti e sul medesimo oggetto. In particolare, si trattava di due sentenze della Commissione tributaria regionale del Lazio, non impugnate di fronte alla Suprema Corte, perciò ormai incontrovertibili, concernenti sempre avvisi di rettifica in materia di iva, redatti dall'ente

accertatore in seguito al medesimo controllo fiscale nei confronti di Olimpiclub, ma per diverse annualità rispetto a quella da ultimo in contestazione. Da notare come, in entrambi i casi, il citato contratto di comodato fosse stato dichiarato valido, dunque pienamente efficace, stante l'indimostrata sussistenza di ipotesi elusive della normativa in materia d'iva.

Ebbene, questa volta, la Corte Costituzionale manifesta indirettamente un orientamento opposto, favorevole alla tesi dell'Erario e, purtuttavia, lamenta di avere "le mani legate" dal principio del c.d. giudicato esterno. In specie, proprio in materia tributaria, viene dato conto di un recente revirement in seno al nostro giudice di ultima istanza laddove viene abbandonato il c.d. "principio della frammentazione dei giudicati", in base al quale ogni annualità fiscale conserva la propria autonomia rispetto alle altre e, pertanto, per quanto qui più interessa, trattandosi di rapporti giuridici distinti, ciascuna decisione sugli stessi manterrebbe la propria autonomia di guisa che i rispettivi giudicati, una volta intervenuti, non potrebbero reciprocamente interferire tra loro, sebbene astrattamente incompatibili da un punto di vista logico. Ora, al contrario, il vigente sistema di diritto positivo va inteso nel senso che proprio la periodicità di alcuni tributi non vale ad escludere la possibile esistenza di elementi rilevanti, ai fini della determinazione del dovuto, che siano comuni a più periodi d'imposta, o comunque che l'accertamento giudiziale del modo di essere dell'obbligazione relativa ad un singolo periodo possa implicare anche la valutazione di una questione capace di "fare stato" nel giudizio relativo all'obbligazione sorta in un periodo d'imposta diverso. Ebbene, scrive la Suprema Corte nell'ordinanza di rimessione che tale attuale, dominante, orientamento interpretativo imporrebbe di accogliere l'*exceptio rei iudicatae* formulata da Olimpiclub impedendo così, in applicazione dell'art. 2909 c.c., al giudice della legittimità di verificare la possibilità di applicare l'iva alla fattispecie sottoposta al suo esame e con ciò, soprattutto, ostando all'applicazione dei principi di diritto comunitario in materia di contrasto all'abuso del diritto fiscale come strumento volto a garantire l'effettività del sistema europeo di recupero di un'imposta di vitale importanza per il gettito complessivo della Comunità.

La Corte risponde che:

"A tal riguardo, occorre ricordare che la Corte ha già affermato che ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la

tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck).

28 Occorre dunque esaminare più in particolare se l'interpretazione soprammenzionata dell'art. 2909 del codice civile possa essere giustificata alla luce della salvaguardia del principio della certezza del diritto, tenuto conto delle conseguenze che ne derivano per l'applicazione del diritto comunitario.

29 A tal riguardo occorre constatare, come fa peraltro lo stesso giudice del rinvio, che detta interpretazione non solo impedisce di rimettere in questione una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato, anche se tale decisione comporti una violazione del diritto comunitario, ma impedisce del pari di rimettere in questione, in occasione di un controllo giurisdizionale relativo ad un'altra decisione dell'autorità fiscale competente concernente il medesimo contribuente o soggetto passivo, ma un esercizio fiscale diverso, qualsiasi accertamento vertente su un punto fondamentale comune contenuto in una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato.

30 Una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe dunque la conseguenza che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione.

31 Ciò premesso, va concluso che ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di IVA non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività.

32 Di conseguenza, occorre risolvere la questione proposta nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.”

Mancano, però, indicazioni più precise (e generalizzabili) per casi non estremi come *Lucchini* e *Olimpiclub*. In sentenze più recenti (vd *Pizzarotti* del 10 luglio 2014, relativa alla possibilità di riconoscere gli effetti del giudicato formatosi su una situazione di aggiudicazione di un appalto pubblico in contrasto con la direttiva 2004/18/CE), la Corte ha ribadito il principio secondo cui il diritto UE non impone al giudice nazionale di superare il giudicato, a meno che il diritto interno non preveda specifiche procedure in tal senso.

Interessante anche il caso *El Dridi* (28 aprile 2011, C-61/11 PPU) in cui si è chiesto alla Corte se gli articoli 15-16 della Direttiva 2008/115/CE (sui rimpatri) ostino ad una legislazione nazionale (art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato nel 2009) che prevede l'irrogazione della pena della reclusione nei confronti di un soggetto considerato irregolare perché è rimasto nel territorio dello Stato, nonostante l'ordine di lasciarlo. La Corte risponde in senso affermativo e aggiunge che

“61 Alla luce di quanto precede, al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell’Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l’art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo (v., in tal senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punto 24; 22 maggio 2003, causa C-462/99, Connect Austria, Racc. pag. I-5197, punti 38 e 40, nonché 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 43). Ciò facendo il giudice del rinvio dovrà tenere debito conto del principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (sentenze 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I-3565, punti 67-69, nonché 11 marzo 2008, causa C-420/06, Jager, Racc. pag. I-1315, punto 59).”

In questo caso si è avuta una forma di *abolitio criminis* (pur senza alcuna previsione normativa in tal senso) e, pertanto, trova applicazione la norma di cui all’art. 2.2 cod. pen. (“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato: e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali”) nei confronti delle sentenze già emesse, essendo queste “travolte”.

Nel 2001 il principio del primato è stato recepito anche nella Costituzione italiana: l'art. 117 prevede che la potestà legislativa statale e regionale debba essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.