



Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio *ne bis in idem*

DI PATRIZIA DE PASQUALE*

Sommario: 1. Premessa. - 2. I diversi criteri di operatività del principio di *ne bis in idem*. - 3. Le sentenze *bpost* e *Nordzucker e a.* - 4. *Segue*: le possibili conseguenze (negative) delle due pronunce. - 5. Conclusioni: natura del principio e proporzionalità delle sanzioni.

1. Premessa.

Come ben noto, la lunga storia del principio di *ne bis in idem* – riconosciuto dall’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dall’art. 4 del Protocollo 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonché, nell’ordinamento italiano, dall’art. 649 c.p.p. – è stata caratterizzata da profonde antinomie giurisprudenziali, che hanno visto a confronto la Corte di giustizia, la Corte EDU, e, non di rado, le Corti nazionali¹. Confronto che, con toni accesi, ha riguardato entrambi gli elementi che compongono il principio in parola, ovvero il *bis* e l’*idem*. Anzi, sono proprio tali elementi causa della controversa sorte del principio ed oggetto di numerosi tomi² e sentenze che ne hanno

* Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima-Bari. Il testo costituisce il frutto della rielaborazione e dell’arricchimento di alcune riflessioni già pubblicate in BlogDUE il 22 aprile 2022, sotto il titolo “Finale di partita per il principio del *ne bis in idem*? Breve nota alle sentenze *bpost* e *Nordzucker e a.*”.

¹ V. P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 289 ss.; A. SCARPA, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di Cassazione*, Roma, 19 febbraio 2020, in *cortedicassazione.it*.

² In dottrina, in via generale, v. B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 maggio 2018; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 923 ss.; LH. G. SCHERMERS, *Non Bis In Idem*, in F. CAPOTORTI, C. D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS, R. KOVAR (sous la direction de), *Du droit international au droit de l’intégration: liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 601 ss.; W. B. VAN BOCKEL (ed.), *Ne bis in idem in EU law*, Cambridge, 2016. V. anche L. BIN, *Anatomia*

offerto delucidazioni ed interpretazioni, spesso di segno opposto, contribuendo a creare un quadro abbastanza confuso.

Quantunque non si intenda qui ripercorrere l'accidentato cammino del principio nell'ordinamento dell'Unione europea, occorre però rammentare che esso è a presidio del diritto fondamentale a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto, già consacrato in un giudicato. Pure non va dimenticato che, per quanto riguarda l'elemento del *bis*, è oramai pacifico che la condizione che una decisione giudiziaria abbia statuito in via definitiva, sui fatti sottoposti ad un secondo procedimento, debba considerare anche l'esigenza che sia stata pronunciata previa una valutazione nel merito della causa³. Ed è altrettanto condiviso – come meglio si dirà – l'orientamento diretto a ritenere ammissibile un secondo procedimento, sugli stessi fatti, in presenza di uno stretto nesso materiale e temporale con il primo.

Per quanto riguarda, invece, l'elemento dell'*idem*, sul quale si è concentrato il dibattito più vivace, esso è stato interpretato, nel corso del tempo, sia come identità del “fatto” (storico e materiale)⁴, sia come corrispondenza di “reato” (ipotesi normativa astratta strutturata nei suoi elementi costitutivi)⁵ o, ancora, come medesimezza del “bene giuridico da tutelare” (*idem crimen*)⁶.

È ben evidente che la diversa interpretazione data al *bis* e all'*idem* ha condizionato l'operatività del principio nelle fattispecie in cui è stato richiamato. E, a cascata, ha impresso allo stesso principio una nuova configurazione. Infatti, dapprima esso si è affermato nella sua accezione processuale, rappresentando il canone di ripartizione della giurisdizione penale tra gli Stati membri dell'Unione; poi, nel tempo, è divenuto garanzia, anche e soprattutto, sostanziale, con implicazioni non di poco conto sul cumulo della sanzione.

2. I diversi criteri di operatività del principio *ne bis in idem*.

La questione dei criteri che sovrintendono l'operatività del principio è tornata di recente sotto i riflettori, grazie a due sentenze della Corte di giustizia, del 22 marzo scorso; ovvero i casi *bpost* e *Nordzucker e a.*⁷

Per meglio comprendere la svolta che le due pronunce hanno impresso ad un orientamento di per sé “variegato”, appare necessario ricordare lo scenario nel quale esse si collocano e, dunque, delineare più dettagliatamente i criteri dettati dalla Corte di giustizia per valutare la corretta attuazione del principio, in quanto essa «ha graduato l'intensità della garanzia di *ne bis*

del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3, 2020, p. 98 ss. e la dottrina penalistica ivi citata.

³ Corte giust., 5 giugno 2014, causa C-398/12, *M*, ECLI:EU:C:2014:1057, punti 28 e 30.

⁴ Sulla base di tale approccio, il requisito dell'*idem* è soddisfatto qualora i due procedimenti riguardano gli stessi fatti, a prescindere dalla questione se il secondo procedimento verta su un illecito diverso eventualmente discendente dagli stessi fatti.

⁵ Questo approccio è diretto a valutare se il secondo procedimento riguardi non soltanto gli stessi fatti, ma anche lo stesso illecito. Così, qualora esso verta su un illecito diverso, il secondo procedimento è ammesso.

⁶ Cfr. P. RIVELLO, *La nozione di fatto ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *RIDPP*, 2014, p. 1515 ss.

⁷ Corte giust., 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost*, ECLI:EU:C:2022:202 e, in stessa data, causa C-151/20, *Nordzucker*, ECLI:EU:C:2022:203. Per un primo commento, M. SOUSA FERRO, *Analysis: “Bpost and Nordzucker: More Ashes on the Fire of Ne Bis in Idem in EU Antitrust Law”*, in *eulawlive.com*, 31 March 2022; P. HARRISON, M. ZDZIEBORSKA, B. WISE, *Ne Bis in Idem: The Final Word?*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 7 April 2022.

in idem in funzione della *policy area* volta per volta interessata, dando a lungo vita a un mosaico frammentario di tutele, non esente da critiche»⁸.

Partendo dal settore *antitrust*, che ha mantenuto nel tempo una sua autonomia nell'applicazione del principio in esame, legandola a parametri più stringenti rispetto a quelli elaborati nelle altre aree⁹, si ricorda che la Corte l'ha assoggettata alla triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato. Più precisamente, il principio vietava di sanzionare, più di una volta, un soggetto per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico¹⁰. Calando questa interpretazione del principio nel settore della concorrenza, in un primo momento, la Corte aveva affermato che «il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di intese considerano le intese sotto aspetti diversi»¹¹; poi aveva chiarito che le due normative si occupano della libertà competitiva sotto profili diversi, in quanto garantiscono interessi giuridici distinti¹².

Il presupposto, poco chiaro e affatto condivisibile, era che la disciplina dell'Unione europea e quella nazionale in materia di concorrenza perseguivano interessi giuridici diversi. Prospettiva che si scontra con l'inevitabile interconnessione tra i mercati che ha portato ad attribuire all'Unione, in materia di concorrenza, una competenza esclusiva (art. 3, lett. b), TFUE). Peraltro, la Corte non ha avvertito l'esigenza di mutare il suo orientamento neppure dopo l'adozione del reg. 1/2003 e le ulteriori evoluzioni e raffinamenti della politica in questione (ad es., dopo l'emanazione della direttiva ECN+)¹³. Infatti, il giudice dell'Unione ha continuato a ritenere che quando un'intesa, ai sensi dell'art. 101, o lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE, possono pregiudicare il commercio tra Stati membri, il diritto della concorrenza dell'Unione sia il solo diritto applicabile ad esclusione delle legislazioni nazionali in materia. E, dunque, era possibile disciplinare un solo e unico caso tanto attraverso le norme di diritto dell'Unione in materia di concorrenza quanto attraverso

⁸ M. COPPAI, G. COLANGELO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in *giustiziainsieme.it*, 13 aprile 2022.

⁹ «[...] il principio del ne bis in idem si applica nei procedimenti diretti all'irrogazione di ammende in materia di diritto della concorrenza, indipendentemente dalla qualificazione di tali ammende come ammende di natura penale o non penale. Inoltre, in materia di diritto della concorrenza, in cui le ammende sono inflitte dalla Commissione, l'esistenza di una "sentenza" che infligge un'ammenda non è necessaria. [...] è sufficiente che esista una "decisione" precedente non più impugnabile. Pertanto, la sola esistenza di una decisione della Commissione che infligge un'ammenda, che non sia stata contestata nei termini e che, quindi, non sia più impugnabile, è sufficiente per far sì che il principio del ne bis in idem possa essere applicato. Tuttavia, il termine «definitiva» che emerge dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali ha rilievo anche nel diritto della concorrenza, come risulta dall'espressione «precedente decisione non più impugnabile» (Trib., 26 ottobre 2017, causa T-704/14, *Marine Harvest c. Commissione*, punto 12).

¹⁰ Peraltro, la Corte ha utilizzato il criterio dell'interesse giuridico tutelato pure a casi di imprese perseguite e sanzionate in un Paese terzo: 29 giugno 2006, causa C-289/04 P, *Showa Denko/Commissione*, ECLI:EU:C:2006:431, punti da 52 a 56; in stessa data, causa C-308/04 P, *SGL Carbon/Commissione*, ECLI:EU:C:2006:54, punti da 28 a 32; 10 maggio 2007, C-328/05 P, *SGL Carbon/Commissione*, ECLI:EU:C:2007:277, punti da 24 a 30.

¹¹ Corte giust., 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Wilhelm e a.*, ECLI:EU:C:1969:4, punto 3.

¹² Corte giust., 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporation e a.*, ECLI:EU:C:2012:72, punto 97 (con commento di G. MONTI, *Managing decentralized antitrust enforcement: Toshiba*, in *CMLR*, vol. 51, n. 1, 2014, p. 261 ss.); 25 febbraio 2021, causa C-857/19, *Slovak Telecom*, ECLI:EU:C:2021:139; nonché *Marine Harvest c. Commissione*, cit., punto 308.

¹³ Su cui si veda P. DE PASQUALE, *L'European Competition Network tra rafforzamento della collaborazione e vecchi vincoli: l'attuazione in Italia della direttiva ECN+*, in *DPCE online*, n. 2, 2021, p. 2163 ss.

l'equivalente legislazione nazionale (c.d. doppia barriera)¹⁴. Di talché, il principio del *ne bis in idem* non impediva all'autorità nazionale garante della concorrenza di dare attuazione alla normativa *antitrust* statale¹⁵.

Nonostante l'ostinazione a mantener saldo il criterio dell'interesse giuridico da tutelare, anche contro il parere di taluni avvocati generali che più volte avevano suggerito di eliminarlo¹⁶, soprattutto a seguito dell'introduzione nell'ordinamento dell'Unione dell'art. 50 della Carta, la Corte di giustizia non lo ha concretamente utilizzato, in quanto le fattispecie sulle quali è intervenuta riguardavano sempre, a suo avviso, fatti distinti; di conseguenza, neppure si è premurata di dettarne le modalità di valutazione.

Il criterio del bene giuridico da tutelare è risultato, però, recessivo nella valutazione del rispetto del principio di *ne bis in idem* in tutte le altre fattispecie. Così, con riferimento allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali e, quindi, di qualificazione giuridica della condotta o dell'interesse giuridico da tutelare ha indotto la Corte a considerare esclusivamente la corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, inteso in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale), e la coincidenza delle circostanze di tempo, di luogo e di persona¹⁷. In tal senso essa ha operato nelle ipotesi di applicazione dell'art. 54 della CAAS (Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen) e delle disposizioni equivalenti della decisione quadro 2002/584 sul mandato di arresto europeo.

Al pari, il criterio dell'interesse giuridico da tutelare non è mai venuto in rilievo nelle cause relative ai reati tributari, sottoposti, in molti ordinamenti, tra cui il nostro, al c.d. doppio binario sanzionatorio (amministrativo e penale). Al riguardo, occorre ricordare che la Corte di giustizia, già con la sentenza *Åkerberg Fransson*¹⁸, aveva cambiato prospettiva e aveva aperto la strada ad un'interpretazione "flessibile" del divieto, di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali¹⁹, stabilendo che tale disposizione non vieta l'ipotesi di convergenza di potestà sanzionatoria dell'amministrazione e della giurisdizione penale riguardo ad un medesimo comportamento, purché il giudice penale sia messo in condizione di tenere conto della previa esistenza di una sanzione amministrativa (ma sostanzialmente punitiva)²⁰, al fine di mitigare la pena che sarà inflitta in sede penale.

¹⁴ *Toshiba Corporation e a.*, cit., punto 83.

¹⁵ *Ibidem*, punto 96.

¹⁶ V. conclusioni Kokott, dell'8 settembre 2011, alla causa *Toshiba*, cit.; conclusioni Wahl, del 29 novembre 2018, alla causa *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, C-617/17 (su cui si veda il commento di A. ROSANÒ, E. SALMINI STURLI, *L'ultima legal suasion dell'AG Wahl in tema di ne bis in idem applicato alla concorrenza e un'occasione mancata per la Corte di giustizia*, in *Osservatorio europeo DUE*, 30 giugno 2019); conclusioni Tanchev, del 26 settembre 2019, alla causa *Marine Harvest*, C-10/18 P.

¹⁷ Corte giust., 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, ECLI:EU:C:2006:165.

¹⁸ Corte giust., 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105. V. altresì 27 maggio 2014, C-129/14 PPU, *Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586, punti 55 e 56.

¹⁹ In tema, v. S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *DUDI*, vol. 7, n. 2, 2013, p. 574 ss.; N. M. MAIELLO, *Alla ricerca dell'identità perduta: la Cassazione ribadisce la natura 'relativa' del ne bis in idem*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 6, 2019, p. 1318 ss.; nonché il commento all'art. 50 CDFUE di R. D'AMBROSIO, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1015 ss.;

²⁰ In tal modo, la Corte aveva confermato i criteri cc.dd. *Engel* (Corte EDU, 23 novembre 1976, ricc. nn. 5100/71 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72) per la qualificazione della sanzione formalmente amministrativa come sostanzialmente penale (qualificazione dell'illecito nel diritto nazionale; natura dell'illecito e grado di severità

Questo orientamento ha trovato conferma nella giurisprudenza *Menci*²¹, che la Corte ha elaborato sulla scia di quanto affermato dalla Corte EDU nella causa *A e B c. Norvegia*, ancorché seguendo un percorso argomentativo parzialmente diverso²². Difatti, dopo un atteggiamento un po' altalenante sulla nozione dell'*idem*²³, la Corte EDU convergeva sul concetto di "*identical facts or facts which are substantially the same*"²⁴ e rendeva più elastica quello di *bis*, ammettendo doppi binari sanzionatori sempreché legati da un collegamento sufficientemente stretto. Essa cioè negava rilevanza al *bis*, in presenza di una *close connection in substance and time*, declassificando il secondo procedimento a un mero prolungamento del primo.

Nella giurisprudenza *Menci*, la Corte di giustizia ha, invece, spostato l'attenzione dalla nozione di *idem* e dai criteri summenzionati alla clausola di limitazione dei diritti, di cui all'art. 52, par. 1, della Carta. In questa prospettiva rovesciata, essa ha chiarito che una limitazione al divieto di *ne bis in idem*, di cui all'art. 50 della Carta, possa essere giustificata soltanto se conforme al dettato dell'art. 52, par. 1, della stessa. Altrimenti detto, le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge, devono rispettare il contenuto essenziale di tali diritti e libertà, e, in considerazione del principio di proporzionalità, devono essere necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Ha poi concluso che «la qualificazione giuridica, in diritto nazionale, dei fatti e l'interesse giuridico tutelato non sono rilevanti ai fini della constatazione della sussistenza di uno stesso reato, considerato che la portata della tutela conferita all'articolo 50 della Carta non può variare da uno Stato membro all'altro»²⁵.

Alla luce di tali precisazioni, la duplicazione di procedimenti e di sanzioni non va più esaminata in considerazione del significato attribuito al *bis* e all'*idem*, bensì sulla base delle condizioni di deroga fissate in modo tassativo; e, quindi, risulta legittima qualora i due procedimenti: siano rivolti a perseguire un obiettivo di interesse generale; abbiano scopi complementari; siano coordinati in modo da limitare a quanto strettamente necessario l'onere supplementare (soprattutto probatorio); sia limitata la severità del complesso delle sanzioni imposte a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti.

della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere), ma aveva abbandonato la regola tassativa dell'interruzione del procedimento ancora pendente quando sia divenuto definitivo l'altro avente ad oggetto lo stesso fatto ed aveva introdotto una distinzione tra procedimenti consecutivi e procedimenti paralleli, basandosi essenzialmente sulla loro scansione temporale.

²¹ È fatto riferimento alla sentenza *Menci* del 20 marzo 2018, causa C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197; in stessa data, vedi anche causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*, ECLI:EU:C:2018:193 e cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, ECLI:EU:C:2018:192. Sulle vicende, v. P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto di ne bis in idem non è ancora finita*, in *Osservatorio europeo DUE*, 31 ottobre 2017; A. GALLUCCIO, *La grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 marzo 2018.

²² Corte EDU, 15 novembre 2016, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*. V. anche 16 aprile 2019, ric. n. 72098/14, *Bjarni Armannsson c. Islanda* (con nota di A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul bis in idem*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 maggio 2019).

²³ Infatti, la Corte EDU, nella sentenza del 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, ric. n. 25711/94, punto 26, ha abbandonato la nozione di "*same conducts*", utilizzata in *Gradinger c. Austria* (28 settembre 1995, ric. n. 15963/90, punto 55), in favore di quella di "*same offence*".

²⁴ Corte EDU, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, punto 82.

²⁵ *Menci*, cit., punto 36.

In tale trasformazione, il divieto, di cui all'art. 50 della Carta, è stato dunque ridimensionato da assoluto – diretto ad evitare duplicazioni di procedimenti e sanzioni – a, per così dire, “temperato”, in quanto scatta soltanto in assenza di una *close connection*: ovvero, di una stretta connessione temporale e sostanziale tra il primo ed il secondo procedimento e la sanzione complessivamente irrogata non risulti proporzionata.

3. Le sentenze *bpost* e *Nordzucker e a.*

La giurisprudenza sinteticamente esaminata disegna, dunque, un quadro diversificato dei parametri che reggono l'operatività del principio *ne bis in idem* che possono essere distinti tra quelli riferibili alle questioni attinenti alla disciplina della concorrenza, che accordano rilievo anche all'interesse giuridico tutelato; e i canoni applicati nelle altre fattispecie che, se rispettati, possono eccezionalmente giustificare una deroga al divieto di *bis in idem* e che, nella sostanza, riguardano l'identità della persona e dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete, inscindibilmente collegate tra loro, e la proporzionalità della sanzione²⁶.

In questo mosaico di regimi paralleli si collocano le recenti sentenze *bpost* e *Nordzucker e a.*²⁷ che risultano importanti soprattutto perché superano la dicotomia di criteri destinata ad offrire regimi di tutela diversificati, in palese violazione dell'art. 50 della Carta.

Il primo caso vede protagonista la società *bpost*, storico fornitore di servizi postali in Belgio, sanzionata in successione da due autorità belghe; dapprima, dall'autorità nazionale di regolamentazione settoriale dei servizi postali e successivamente dall'autorità nazionale garante della concorrenza, per abuso di posizione dominante.

La *bpost* ha contestato la legittimità di questo secondo procedimento, invocando il principio del *ne bis in idem*²⁸. E la Cour d'appel de Bruxelles - dinanzi alla quale la controversia è nuovamente pendente dopo che il secondo annullamento è stato cassato dalla Cour de Cassation - ha sollevato rinvio pregiudiziale, chiedendo, in estrema sintesi, se la legittimità del procedimento dinanzi all'ANC debba essere valutata guardando alla definizione di *idem* sviluppata nella giurisprudenza in materia di concorrenza o se occorre esaminarla alla luce della clausola concernente le limitazioni dei diritti e del criterio stabilito nella giurisprudenza *Menci*. In altri termini, se considerare o meno l'interesse giuridico tutelato, come richiesto anche dalla Commissione, intervenuta in qualità di *amicus curiae*.

Nella seconda causa, *Nordzucker e a.*, due società tedesche, produttrici di zucchero e detentrici di una posizione dominante sul relativo mercato, si sono viste contestare, in rapida successione dall'autorità tedesca garante della concorrenza poi da quella austriaca, la violazione

²⁶ Sentenza *van Esbroeck*, cit., punto 36; Corte giust., 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini e a.*, ECLI:EU:C:2006:610, punto 54; 28 settembre 2006, causa C-150/05, *van Straaten*, ECLI:EU:C:2006:614, punto 48; 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, ECLI:EU:C:2007:444, punto 26; 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, ECLI:EU:C:2010:683, punto 39 (con nota di J. W. OUWERKERK, *Case C-261/09, Criminal proceedings against Gaetano Mantello, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 16 November 2010*, in *CMLR*, vol. 48, n. 5, 2011, p. 1687 ss.); 29 aprile 2021, causa C-665/20 PPU, *X*, ECLI:EU:C:2021:339, punto 71.

²⁷ Per un esame più dettagliato dei fatti v. P. DE PASQUALE, *Finale di partita per il principio del ne bis in idem? Breve nota alle sentenze bpost e Nordzucker e a.*, in *BlogDUE*, 22 aprile 2022.

²⁸ Va osservato che, in Italia, una fattispecie come quella sorta nel caso *bpost*, sarebbe risolta alla luce dell'art. 27, co. 1 bis, del codice del consumo, ai sensi del quale la competenza a perseguire una pratica commerciale scorretta, spetta in via esclusiva, all'autorità garante della concorrenza e del mercato, che deve semplicemente acquisire il parere dell'autorità di regolazione competente.

dell'articolo 101 TFUE, apparentemente sulla base degli stessi fatti. Specificatamente, i procedimenti erano fondati su una conversazione telefonica, nel corso della quale i rappresentanti delle due imprese avevano discusso del mercato austriaco dello zucchero. Conversazione menzionata, dall'autorità tedesca, in una decisione diventata definitiva.

La vicenda è giunta davanti alla Corte suprema austriaca, investita in appello dall'autorità garante della concorrenza del procedimento diretto a far dichiarare che la *Nordzucker* aveva violato il diritto dell'Unione in materia di intese, nonché il diritto della concorrenza austriaco e ad ottenere l'irrogazione di un'ammenda per la medesima infrazione alla *Südzucker*, l'altro produttore tedesco di zucchero. Al pari della Corte belga, la Corte suprema dell'Austria si è avvalsa dell'art. 267 TFUE per rinviare la questione al giudice dell'Unione, ponendo taluni quesiti di egual tenore. In particolare, essa ha interrogato la Corte di giustizia sul valore da attribuire al criterio dell'interesse giuridico tutelato e se il principio *ne bis in idem* precluda procedimenti paralleli o successivi in materia di concorrenza in altri Stati membri per quella che sembra essere, almeno in parte, la medesima condotta.

Con due sentenze (quasi) gemelle, la Corte di giustizia ha esteso i criteri *Menci* alle fattispecie relative alla politica di concorrenza, rendendo univoci i parametri per l'operatività del principio *ne bis in idem*.

Infatti, essa ha sgombrato il campo ad ogni ulteriore dubbio, ricordando che, per garantire un'uniforme applicazione dell'art. 50 della Carta, nella constatazione dell'*idem*, la sua giurisprudenza nega rilevanza alla qualificazione giuridica in diritto nazionale dei fatti e all'interesse giuridico tutelato²⁹. Ed ha precisato che ciò vale anche nel settore del diritto della concorrenza dell'Unione, nei limiti in cui «la portata della tutela conferita a tale disposizione non può, salvo disposizione contraria del diritto dell'Unione, variare da un settore di quest'ultimo a un altro»³⁰.

L'aspetto di maggior pregio delle due sentenze è aver esteso la deroga al *ne bis in idem* all'ipotesi di due procedimenti sanzionatori formalmente amministrativi, ma sostanzialmente penali. Ne consegue che il divieto di *bis in idem* opera tra sanzioni penali; tra sanzioni formalmente penali e formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali; e, d'ora innanzi, anche tra sanzioni formalmente amministrative, come quelle delle autorità indipendenti, ma sostanzialmente penali.

Va notato, però, che la Corte riporta sì ad *unicum* la valutazione, prevedendo che la deroga al divieto deve rispettare talune condizioni, tra cui quella che il secondo procedimento persegua un obiettivo “di interesse generale”, ma senza assorbire in tale nozione quella di “interesse giuridico tutelato”, come, invece, suggeriva l'avvocato generale Bobek nelle sue conclusioni³¹. Invero, la lettura offerta dal giudice dell'Unione è condivisibile, in quanto la scienza del diritto insegna che, sebbene la distinzione tra interesse generale e interesse giuridico tutelato presenti talvolta confini piuttosto labili, è pur vero che la soddisfazione di interessi di carattere generale costituisce lo scopo del diritto e non di certo la sua essenza; più chiaramente, all'interesse generale non corrisponde sempre l'attribuzione di un diritto giuridicamente tutelato. Pertanto, non sembra corretta l'affermazione secondo cui l'interesse giuridico da tutelare «da solo,

²⁹ Punto 34, sentenza *bpost*; punto 39, sentenza *Nordzucker*.

³⁰ Punto 35, sentenza *bpost*; punto 40, sentenza *Nordzucker*. Cfr. *supra* nota 25.

³¹ Conclusioni presentate il 2 settembre 2021.

consente di decidere, su un piano normativo, in modo chiaro ed ex ante, le ragioni per le quali una determinata condotta è perseguita in procedimenti paralleli o successivi, consentendo di stabilire se lo stesso presunto autore sia punito due volte per gli stessi motivi»³².

Nondimeno, la questione è meno limpida di quella che potrebbe apparire ad una prima e frettolosa lettura. Difatti, taluni dubbi sorgono nel momento in cui la Corte definisce un obiettivo di interesse generale in considerazione di due normative che si prefiggono obiettivi legittimi distinti. Sembra allora naturale chiedersi se essa abbia fatto rientrare dalla finestra ciò che aveva cacciato dalla porta o, come sostenuto dall'avv. generale Bobek, «Al pari di un piccolo camaleonte, [l'interesse giuridico tutelato] ha semplicemente assunto colori diversi»³³. Altrimenti detto, la complementarità tra scopi perseguiti cela, di fatto, un altro modo di intendere il criterio in discussione?

La risposta non è agevole proprio in considerazione della soluzione dettata dalla Corte nelle due ultime pronunce. In effetti, essa risulta di facile applicazione nella causa *bpost*, ove la normativa settoriale ha per oggetto la liberalizzazione dei servizi postali, mentre la disciplina *antitrust* persegue, come risaputo, l'obiettivo di tutelare le dinamiche competitive nel mercato considerato. Avendo cioè i due procedimenti ad oggetto distinti interessi generali, al giudice nazionale resta soltanto da valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio in rapporto alla gravità delle infrazioni commesse.

Al contrario, la questione si presenta più complessa – e riporta in auge il dilemma sulla scomparsa o meno dell'interesse giuridico da tutelare – nella causa *Nordzucker*, in quanto le due autorità della concorrenza hanno a cura lo stesso interesse generale (garantire la libertà di concorrenza) e, quindi, la duplicità di procedimenti e di sanzioni può essere giustificato soltanto qualora riguardino «scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata»³⁴. Il giudice del rinvio è tenuto, dunque, a stabilire se l'autorità tedesca intendeva accertare l'esistenza dell'intesa e sanzionarla, sulla base delle conseguenze anticoncorrenziali sul territorio austriaco³⁵.

4. Segue: le possibili conseguenze (negative) delle due pronunce.

La poca chiarezza nella distinzione tra interesse generale e interesse giuridico da tutelare è destinata, invero, a generare problemi ed a nutrire ancora il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Sia perché abbraccia altresì la condizione della proporzionalità, in quanto la Corte ritiene che la duplicazione di procedimenti è proporzionata se questi perseguono «*obiettivi di interesse generale distinti*»³⁶, in modo da porsi in rapporto di stretta

³² *Ibidem*, punto 132.

³³ Invero, secondo l'avvocato generale, «L'unico settore del diritto dell'Unione in cui la nozione di interesse giuridico tutelato è effettivamente scomparsa è quello di cui all'articolo 54 della CAAS e alla decisione quadro 2002/584. Di converso, nel diritto della concorrenza, la rilevanza dell'interesse giuridico tutelato è stata ribadita a più riprese. Persino gli avvocati generali che hanno suggerito di abbandonare l'interesse giuridico tutelato come criterio distinto sono finiti con il suo contenuto in concreto sovrapposto ad un'«identità dei fatti» definita in senso ampio. Parimenti, nella sentenza Menci, la discussione sulla diversità degli interessi giuridici tutelati è stata semplicemente trasferita nell'analisi dei diversi obiettivi di interesse generale e della complementarità degli scopi perseguiti» (*ibidem*, punto 128).

³⁴ Punto 52, sentenza *Nordzucker*

³⁵ Se, invece, il cumulo di procedimenti e di sanzioni non perseguisse scopi complementari vertenti su aspetti differenti del medesimo comportamento, non potrebbe essere giustificato ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta. In tal senso, v. punto 57, sentenza *Nordzucker*

³⁶ Punto 49, sentenza *bpost*.

complementarietà, anche (e soprattutto) ai fini sanzionatori. Sia perché non consente di risolvere *ab origine* la duplicazione di procedimenti e di sanzioni che potrebbero nascere dall'utilizzo delle piattaforme digitali, come noto, soggette a quadri normativi potenzialmente sovrapponibili, di elaborazione nazionale ed europea; ovvero, alla disciplina *antitrust* dell'Unione e alle regole di concorrenza nazionali, comprese quelle specifiche sui mercati digitali. *Corpus* normativo composito che si è arricchito, nel dicembre 2020, della proposta di regolamento del *Digital Markets Act* (DMA)³⁷.

Proprio al fine di evitare duplicazioni di procedimenti e contrasti di difficile soluzione, la Commissione – come già detto, favorevole a mantenere le fattispecie *antitrust* ancorate ad un regime diverso – ha espressamente riconosciuto la complementarità del DMA rispetto al diritto della concorrenza convenzionale, con la motivazione che le discipline proteggono «*interessi giuridici diversi*»³⁸.

L'abbandono di tale criterio ha “rimescolato le carte” – almeno di quelle sui tavoli che si occupano di competitività – e aperto la strada al proliferare di ipotesi in cui un'impresa sia soggetta a due procedimenti separati (ad es. DMA e diritto nazionale della concorrenza), ciascuno portato avanti da un'autorità diversa. Cosicché, spetterà al giudice nazionale, eventualmente investito della problematica, risolverla alla luce dei criteri *Menci* e verificare che i due procedimenti perseguono, al fine di raggiungere un obiettivo legittimo di interesse generale, obiettivi complementari relativi, a seconda dei casi, ad aspetti distinti dello stesso comportamento illecito.

A bene vedere, l'assenza di una precisa definizione di interesse giuridico da tutelare e di una specificazione dei contorni sfuggenti di “complementarietà tra scopi” (*rectius*, come va inteso e “misurato” il nesso materiale e temporale) rende opportuno sospendere ogni ulteriore considerazione, sperando che, in un futuro non lontano, la Corte chiarisca anche questi elementi.

Un secondo profilo di incertezza, di portata più generale, riguarda il ruolo che il principio di *ne bis in idem* è oramai chiamato a svolgere e che ha trovato conferma negli ultimi arresti: non più *test ex ante*, definito normativamente e destinato ad evitare *ab origine* duplicazioni di procedimenti, ma *test* correttivo *ex post*, che opera sulla base dei criteri precisati dalla giurisprudenza.

A ciò si aggiunga che l'aver lasciato, di nuovo, alla discrezionalità del singolo giudice precedente, la verifica delle condizioni che rendono possibile una deroga al divieto pone maggiormente in evidenza i pregiudizi in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria e certezza del diritto; pregiudizi ancor più gravi dal momento che interessano un diritto fondamentale, quale quello al *ne bis in idem*. Vale a dire che la valutazione della corretta operatività del principio di *ne bis in idem*, sulla base delle suddette condizioni, presenta così

³⁷ Proposta di regolamento della Commissione, del 15 dicembre 2020, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale - legge sui mercati digitali, COM(2020) 842 final. Per un commento, v. G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2021, p. 323 ss.; v. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Markets Act*, in AA. VV., *Quaderni AISDUE*, n. 2, Napoli, 2021, p. 189 ss.; C. SCHEPISI, *L'enforcement del Digital Markets Act: perché anche i giudici nazionali dovrebbero avere un ruolo fondamentale*, in *aisdue.eu*, 17 gennaio 2022; C. MASSA, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza*, in *aisdue.eu*, 29 dicembre 2021.

³⁸ Considerando 10 e art. 1, par. 6 della proposta di regolamento sul DMA, cit.

tanti elementi di incertezza e di complessità da affievolire arbitrariamente il diritto delle persone a non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti.

5. Conclusioni: natura del principio e proporzionalità delle sanzioni.

Il lungo ed articolato percorso giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo relativo al principio del *ne bis in idem*, sinteticamente illustrato, ha profondamente inciso sulla stessa natura del principio che, come già segnalato, da regola eminentemente processuale che preclude in ogni caso il secondo procedimento e nulla afferma sul cumulo delle sanzioni, è diventato canone sostanziale diretto a preservare principalmente la proporzionalità di queste.

Il divieto, di cui all'art. 50 della Carta, è divenuto, cioè, una tutela *ex post* contro il carattere sproporzionato delle sanzioni combinate o cumulate.

In realtà, la grande attenzione al criterio della proporzionalità della sanzione trova riscontro in una giurisprudenza costante diretta ad assicurare il rispetto dell'art. 49, par. 3 della Carta. In particolare, la Corte ha chiarito che «le misure amministrative o repressive consentite da una normativa nazionale non devono eccedere i limiti di ciò che è necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti» da una determinata normativa³⁹. Ciò va inteso nel senso che una misura sanzionatoria risulta sproporzionata qualora non persegua l'obiettivo legittimo di effetto dissuasivo.

Ancora più importante è che la Corte abbia ritenuto il criterio di proporzionalità della sanzione – stabilito da singole direttive, ovvero fondato sull'art. 49, paragrafo 3, della Carta – dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri. Con la conseguenza che il giudice penale, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sarà tenuto a disapplicare discipline legislative nazionali contrastanti, seppur «nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate»⁴⁰; sì da non estendersi all'intera disposizione che prevede l'infrazione, per la quale lo stesso diritto dell'Unione richiede normalmente che siano previste sanzioni «efficaci e dissuasive», oltreché proporzionate.

Più precisamente, la Corte ha stabilito che il divieto di imporre sanzioni non proporzionate ha natura chiara e incondizionata, e, dunque, non richiede l'emanazione di alcun atto delle istituzioni dell'Unione e non attribuisce agli Stati membri la facoltà di condizionarne o di restringerne la portata. Soprattutto perché la trasposizione del requisito di proporzionalità delle sanzioni lo priverebbe del suo carattere incondizionato, impedendo ai singoli interessati

³⁹ V. a titolo esemplificativo, Corte giust., 5 luglio 2007, causa C-430/05, *Nttonik e Pikoulas*, ECLI:EU:C:2017:985, punto 54; 25 febbraio 2010, causa C-562/08, *Müller Fleisch*, ECLI:EU:C:2010:93, punto 43; 9 marzo 2010, cause riunite C-379/08 e C-380/08, *ERG e a.*, ECLI:EU:C:2010:127, punto 86; 9 febbraio 2012, causa C-210/10, *Urbán*, ECLI:EU:C:2012:64, punti 24 e 53; 16 luglio 2015, causa C-255/14, *Robert Michal Chmielewski*, ECLI:EU:C:2015:475; 19 ottobre 2016, causa C-501/14, *EL-EM-2001*, ECLI:EU:C:2016:777 punti 37 e 39. E altresì la già citata *Menci*: «Riguardo al principio di proporzionalità, quest'ultimo richiede che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti» (punto 46).

⁴⁰ Corte giust., 8 marzo 2022, causa C-205/20, *NE*, ECLI:EU:C:2022:168, con nota di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *sistemapenale.it*, 26 aprile 2022.

«di invocare, se del caso, il divieto di adottare sanzioni sproporzionate imposto da tale requisito»⁴¹.

Questo orientamento è, di certo, destinato ad avere un'ampia eco, giacché suscettibile di estendersi all'intera materia "punitiva", così come definita dalla stessa giurisprudenza di Lussemburgo, sulla scia degli insegnamenti della Corte EDU, ovvero alla luce dei cc.dd. criteri *Engel* (qualificazione dell'illecito nel diritto nazionale; natura dell'illecito e grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere). E, per quanto qui di interesse, a rendere molto più stringenti i requisiti da rispettare per derogare legittimamente al divieto di *bis in idem*, nella parte in cui essi richiedono la puntuale verifica della proporzionalità del cumulo delle sanzioni.

⁴¹ *Ibidem*, punto 26.