

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

ALESSANDRO ROSANÒ *, ENRICO SALMINI STURLI **

1. Il tema del *ne bis in idem* nell'ambito del diritto dell'Unione europea ha sempre destato grande interesse (si vedano sul punto, a titolo di esempio, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2002, p. 923 ss., B. VAN BOCKEL (ed), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 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. e B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 maggio 2018). Come noto, l'evoluzione seguita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ha condotto a una sorta di sdoppiamento del principio in parola, deli-

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino; parr. 1 e 5.

** Cultore di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Ferrara; parr. 2, 3 e 4.

neando due interpretazioni confliggenti quanto a esso e, più precisamente, quanto al requisito dell'*idem*, a seconda che si versi in materia penale o di concorrenza.

Nel primo caso, alla luce di quanto previsto dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che l'*idem* deve essere inteso quale *idem* fattuale, ossia come riferimento all'identità dei fatti materiali oggetto di valutazione, individuati quali insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro ([Corte giust. 11 febbraio 2003](#), C-187/01, *Gözütok e Brügge*, sulla quale I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 497 ss. e [Corte giust. 9 marzo 2006](#), C-436/04, *Van Esbroeck*). Rigettata così l'idea di dover attribuire rilievo all'atto, ossia alla qualificazione giuridica dei comportamenti considerati, la Corte ha costantemente confermato la propria soluzione (si vedano ad esempio [Corte giust. 28 settembre 2006](#), C-150/05, *Van Straaten* e [Corte giust. 22 dicembre 2008](#), C-491/07, *Turanský*), adottandola anche al fine di chiarire il significato del principio in parola nell'ambito della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo ([Corte giust. 16 novembre 2010](#), C-261/09, *Mantello*, sulla quale J. OUWERKERK, *Case C-261/09, Criminal proceedings against Gaetano Mantello, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 16 November 2010*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1687 ss.), nonché con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali (ad esempio [Corte giust. 27 maggio 2014](#), C-129/14 PPU, *Spasic*, sulla quale S. MONTALDO, *Ne bis in idem e sistema "multilivello" di tutela dei diritti fondamentali: i rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 669 ss.). Pertanto, ai fini

dell'applicazione in materia penale delle garanzie scaturenti dal principio del *ne bis in idem*, la Corte di giustizia richiede che le medesime circostanze di fatto siano riferibili allo stesso soggetto (conclusione questa, condivisa anche da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, seppure dopo molteplici cambiamenti interpretativi: Corte EDU (GC), *Sergey Zolotukhin c. Russia*, n. 14393/03; tuttavia, l'elaborazione più recente della Corte di Strasburgo pare mettere in discussione tale assunto; sul tema, si veda *infra* e, volendo, A. ROSANÒ, *La migliore offerta, ovvero il principio del ne bis in idem tra abusi di mercato, CEDU, diritto dell'Unione europea e diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 763 ss.).

Nel caso del diritto della concorrenza, la Corte di giustizia ha invece riconosciuto che il requisito dell'*idem* è da ritenersi integrato soltanto nell'ipotesi in cui sia dimostrata la coesistenza di tre elementi: l'identità dei fatti, l'unità del contravventore e l'unità dell'interesse giuridico tutelato ([Corte giust. 7 gennaio 2004](#), cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. / Commissione*; [Corte giust. 29 giugno 2006](#), C-289/04 P, *Showa Denko / Commissione* e [Corte giust. 29 giugno 2006](#), C-308/04, *SGL Carbon / Commissione*). L'aggiunta dell'elemento da ultimo nominato pone dei problemi perché, nell'imporre una valutazione positiva quanto all'identità del bene giuridico che si mira a proteggere nei due o più ordinamenti coinvolti (si tratti di ordinamenti nazionali diversi, o di ordinamenti nazionali e ordinamento dell'Unione europea), introduce una contraddizione nella giurisprudenza della Corte. Infatti, il medesimo requisito è interpretato in maniera diversa a seconda che si versi in materia penale o di concorrenza, e quanto alla seconda si determina un restringimento dell'ambito di applicazione del *ne bis in idem*, stravolgendo la natura di quest'ultimo e rendendolo, da strumento di garanzia, meccanismo

di repressione (sul tema, G. DI FEDERICO, *EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem*, in *European Public Law*, 2011, p. 241 ss. e R. NAZZINI, *Fundamental rights beyond legal positivism: rethinking the ne bis in idem principle in EU competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, p. 270 ss.).

Tale circostanza è stata fatta oggetto di analisi da parte degli Avvocati Generali (AG), i quali hanno criticato la Corte per l'approccio adottato in relazione al diritto della concorrenza. L'AG Sharpston, per prima, ha affermato di non essere in grado di capire «come il contenuto di un elemento essenziale di un principio fondamentale possa variare sostanzialmente a seconda che il principio *ne bis in idem* venga applicato in forza dell'art. 54 della CAAS o in generale in quanto principio fondamentale del diritto comunitario» e che, nell'ambito del diritto della concorrenza, «l'interesse giuridico tutelato, per definizione, è già stabilito dalle regole [...] comunitarie ed è uno e uno solo per l'intera Comunità» ([conclusioni dell'AG Sharpston presentate il 15 giugno 2006](#), in C-467/04, *Gasparini e a.*, punti 103 e 157). In seguito, anche l'AG Kokott si è espressa in senso contrario, ritenendo che il *ne bis in idem* vada inteso alla luce della sua natura di diritto fondamentale e, pertanto, non possa andare soggetto a una torsione ermeneutica che renda più facile punire due volte ([conclusioni dell'AG Kokott presentate l'8 settembre 2011](#), in C-17/10, *Toshiba e a.*, punti 119 e 123).

Da parte sua, la Corte di giustizia ha confermato la propria giurisprudenza, senza però offrire una risposta ai rilievi critici mossi da parte degli AG ([Corte giust. 14 febbraio 2012](#), C-17/10, *Toshiba e a.*; su questa causa, G. MONTI, *Managing decentralized antitrust enforcement: Toshiba*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 261 ss.). In *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, una causa recentemente

decisa dai giudici di Lussemburgo, il problema è tornato a porsi e anche l'AG Wahl ha sollevato dei dubbi quanto all'interpretazione fornita dalla Corte. Scopo del presente contributo è illustrare la posizione dell'AG e la pronuncia della Corte, al fine di individuare elementi idonei a sostenere un futuro *révirement*.

2. Il rinvio pregiudiziale in esame è scaturito nell'ambito dell'impugnazione di un'ammenda inflitta dall'Autorità nazionale della concorrenza polacca (di seguito "ANC") a una compagnia assicurativa, per comportamento anticoncorrenziale. Nel 2007, l'ANC aveva stabilito che l'impresa interessata avesse abusato della propria posizione dominante sul mercato delle assicurazioni collettive professionali sulla vita in Polonia, violando tanto la legge nazionale sulla tutela della concorrenza, quanto l'art. 102 TFUE. L'impresa interessata si era così vista irrogare una sanzione complessiva di circa 12 milioni di euro, comprendente due importi calcolati distintamente: il primo in relazione alla violazione della legislazione polacca in materia di concorrenza, il secondo riferito invece alla violazione delle regole dell'Unione sul punto.

Dopo aver infruttuosamente contestato la decisione dell'ANC dinanzi ai giudici di primo e di secondo grado, l'impresa interessata aveva adito la Corte Suprema polacca, sostenendo che entrambi i predetti importi riguardassero la medesima condotta e che, pertanto, essa sarebbe stata sanzionata due volte per la medesima condotta, in violazione del principio del *ne bis in idem*. Incerta sulla corretta interpretazione da attribuire al principio in parola sotto il profilo del diritto dell'Unione, il 26 settembre 2017, la Corte suprema aveva sottoposto alla Corte di giustizia due quesiti pregiudiziali, chiedendo:

(a) se fosse ammissibile un'interpretazione dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in base alla quale l'applicazione del principio del *ne bis in idem* è subordinata non soltanto all'identità dell'autore della violazione e all'identità delle circostanze di fatto, ma altresì all'identità dell'interesse giuridico protetto; e (b) se l'art. 3 del regolamento 1/2003, in combinato disposto con l'art. 50 della Carta (relativo al principio in parola), debba essere interpretato nel senso che il diritto dell'Unione europea e il diritto nazionale antitrust, applicati in parallelo da un'autorità nazionale della concorrenza di uno Stato membro dell'Unione europea, proteggono uno stesso interesse giuridico.

Nelle [conclusioni dell'AG Wahl presentate il 29 novembre 2018](#), in C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, l'AG ha ritenuto che il giudice del rinvio intendesse essenzialmente stabilire se il principio del *ne bis in idem* precluda ad un'autorità nazionale della concorrenza di infliggere a un'impresa, in un'unica decisione, un'ammenda per condotta anticoncorrenziale sulla base sia della legislazione nazionale in materia, sia delle regole dell'Unione.

Riflettendo con riferimento alla *ratio* del principio del *ne bis in idem*, l'AG ha evidenziato l'importanza sistematica di questo quale stretto corollario del principio della *res judicata* e ha ricordato che, secondo la Corte, il *ne bis in idem* deve essere rispettato nei procedimenti in cui sono irrogate ammende per violazione del diritto della concorrenza (*Toshiba e a.*, punto 94). Tuttavia, anche in materia di concorrenza, il principio in parola può essere applicato unicamente a condizione che siano soddisfatti due presupposti: in primo luogo, deve esserci una ripetizione di procedimenti (*bis*) e, in secondo luogo, il secondo procedimento deve concernere la medesima condotta anticoncorrenziale (*idem*); tali presupposti derivando direttamente dalla formula-

zione dell'art. 50 della Carta che, a sua volta, rispecchia l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU. L'AG ha inoltre rimarcato che il principio del *ne bis in idem* non rappresenta un criterio rispetto al quale deve essere valutata la proporzionalità di una sanzione nell'ambito di uno specifico procedimento e non si applica, quindi, per stabilire se sia opportuno che una condotta possa integrare più di un'infrazione o se il cumulo di sanzioni in un procedimento sia proporzionato.

L'AG è poi passato ad analizzare la giurisprudenza della Corte in relazione alle delimitazioni al campo di applicazione del principio del *ne bis in idem* in materia di concorrenza.

Dopo aver ripercorso le tappe fondamentali della giurisprudenza della Corte in merito ai tre criteri rilevanti ai fini dell'individuazione dell'*idem* nell'ambito del diritto della concorrenza, l'AG ha affermato che la giustificazione alla base della sopra ricordata giurisprudenza *Aalborg Portland* può essere individuata in *Wilhelm* ([Corte giust. 13 febbraio 1969](#), 14/68, *Wilhelm e a.*), una causa decisa nei primi decenni dell'integrazione europea, in un'epoca in cui era certamente giustificato muovere dall'assunto che la legislazione nazionale in materia di concorrenza e (quella che allora era) la normativa comunitaria operante nel medesimo ambito perseguissero obiettivi differenti e fossero pertanto destinate a tutelare interessi giuridici diversi. Inoltre, si trattava di un'epoca in cui non erano in vigore né la Carta, né il Protocollo n. 7 della CEDU, con i conseguenti deficit per quel che riguarda la tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, a parere dell'AG, nell'odierna Unione europea tale ragionamento appare problematico per due ragioni. In primo luogo, diritto nazionale della concorrenza e quello dell'Unione convergono sempre più, al punto che la rilevanza pratica del criterio dell'identità dell'interesse giuridico tutelato nell'ambito dell'esperimento dell'azione e del sanzionamento paral-

leli da parte della Commissione e delle autorità nazionali della concorrenza può essere messa in dubbio. In secondo luogo, è possibile rilevare una certa tensione tra il criterio in discussione e l'art. 50 della Carta, tensione di cui i giudici di Lussemburgo non sarebbero ignari: infatti, in *Toshiba* ([Corte giust. 14 febbraio 2012](#), C-17/10, *Toshiba e a.*), pur richiamandosi anche tale terzo criterio, è stata comunque esclusa l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in quanto i fatti alla base delle due decisioni consecutive oggetto di quella causa non erano identici, evitandosi così di dover analizzare esplicitamente l'identità di interesse giuridico tutelato, la cui sorte, secondo l'AG, è destinata ad essere oggetto di future contese.

Richiamandosi alle conclusioni dell'AG Kokott in *Toshiba*, l'AG Wahl ha sottolineato che una tutela efficace della concorrenza nell'Unione deve tener conto anche dei diritti delle imprese che operano nel mercato interno e può essere raggiunta senza ricorrere al requisito dell'identità degli interessi giuridici tutelati. Propriamente, sulla base dei due criteri dell'identità dei fatti e del contravventore, il principio del *ne bis in idem* impedirebbe a più autorità garanti della concorrenza all'interno dell'Unione europea di infliggere sanzioni per gli effetti anticoncorrenziali (reali o presunte) di medesime condotte, ove le sanzioni si riferiscano allo stesso territorio e allo stesso periodo. Tuttavia, non si vieterebbe affatto alle autorità garanti di perseguire e punire le limitazioni della concorrenza derivanti da una medesima condotta in differenti territori o in differenti periodi. In questo modo, il criterio dell'*idem* potrebbe garantire una repressione efficace dei comportamenti anticoncorrenziali nell'Unione europea e, al tempo stesso, assicurare un livello di certezza giuridica più elevato per le imprese, conforme ai requisiti dell'art. 50 della Carta. (punti 46, 48-49).

L'AG ha tuttavia concluso il proprio ragionamento sostenendo che, malauguratamente, il caso in discussione non si prestasse a chiarire la questione. Propriamente, affinché il principio del *ne bis in idem* possa trovare applicazione, oltre all'*idem* deve sussistere anche l'elemento del *bis*, che però mancherebbe nel caso *de quo*: infatti, l'ANC ha adottato un'unica decisione con cui viene inflitta un'unica ammenda, benché composta da due importi distinti, sulla base dell'applicazione concorrente della legislazione nazionale in materia di concorrenza e di quella dell'Unione. Secondo l'AG, il tema da definire nel procedimento principale, più che vertere sull'applicabilità del *ne bis in idem*, atterrebbe alla proporzionalità o meno del metodo seguito dall'ANC nell'infliggere la sanzione. Nel caso di specie, non è stata comunque individuata alcuna violazione del principio ora richiamato.

3. Da parte sua, la Corte di giustizia ([Corte giust. 3 aprile 2019, C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie](#)) ha ricordato la propria giurisprudenza (*Toshiba e a.*, punti 77 e ss., nonché i precedenti ivi citati) secondo cui, in forza del considerando 6 e dell'art. 3, par. 1, del regolamento n. 1/2003, il diritto UE e quello nazionale antitrust operano parallelamente, aggiungendo che, quando le autorità nazionali della concorrenza applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ai comportamenti abusivi vietati dall'articolo 102 TFUE, esse fanno applicazione anche di tale articolo. Ciò vale nonostante le regole dell'Unione e quelle nazionali considerino le pratiche restrittive della concorrenza sotto aspetti diversi e i loro ambiti d'applicazione non coincidano, potendo le autorità nazionali, ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 1/2003, infliggere ammende, penalità di mora o qualsiasi altra sanzione prevista dal diritto nazionale.

Secondo la Corte, di certo il principio del *ne bis in idem* deve essere rispettato anche nei procedimenti volti ad applicare ammende in materia di diritto della concorrenza e «[d]etto principio vieta, in materia di concorrenza, che un'impresa venga nuovamente condannata o perseguita per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non più impugnabile» (punto 28, sottolineatura aggiunta). Richiamando l'art. 50 della Carta, la Corte ha affermato che «[c]ome rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 21 delle sue conclusioni, tale articolo riguarda [...] specificamente la ripetizione di un procedimento conclusosi con una decisione definitiva riguardante il medesimo elemento materiale. Orbene, nella situazione in cui, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, seconda frase, del regolamento n. 1/2003, l'autorità nazionale garante della concorrenza procede ad un'applicazione parallela del diritto nazionale della concorrenza e dell'articolo [102 TFUE], è appunto assente siffatta ripetizione». Inoltre, «[...] per quanto attiene alla ratio del principio del *ne bis in idem*, occorre ricordare, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale al paragrafo 18 delle sue conclusioni, che, quale corollario del principio della *res iudicata*, tale principio ha lo scopo di garantire la certezza del diritto e l'equità garantendo che, allorché è stata perseguita e, se del caso, condannata, la persona interessata abbia la certezza che non sarà nuovamente perseguita per la medesima infrazione» (punti 32-33, sottolineature aggiunte).

La Corte ne ha tratto la conseguenza che, come osservato dall'AG nelle sue conclusioni e fatto valere dall'ANC, dal governo polacco e dalla Commissione nelle loro osservazioni, il principio del *ne bis in idem* non trova applicazione in una situazione in cui un'autorità na-

zionale della concorrenza, nell'ambito dei poteri previsti dal regolamento n. 1/2003, applica in parallelo il diritto della concorrenza nazionale e dell'Unione, infliggendo ad un'impresa, nell'ambito di una stessa decisione, una prima ammenda per la violazione del diritto nazionale ed un'ulteriore ammenda per l'inosservanza del diritto UE. Tuttavia la Corte, ribadendo il proprio costante orientamento ([Corte giust. 21 settembre 1989](#), C-68/88, *Commissione / Grecia*, punto 24 e [Corte giust. 10 luglio 1990](#), C-326/88, *Hansen*, punto 17), ha precisato che, allorché un regolamento dell'Unione non contiene alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di violazione delle sue norme o rinvia a tal proposito al diritto nazionale, il principio di leale collaborazione impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione e che *«[a] tal fine, pur mantenendo la scelta delle sanzioni, essi debbono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto dell'Unione siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme che siano analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo»* (punto 37). Pertanto la Corte ha statuito che, quando un'autorità nazionale della concorrenza si trova nella situazione di cui al procedimento principale, essa deve assicurarsi che le due ammende, imposte al fine di sanzionare, rispettivamente, una violazione del diritto nazionale della concorrenza e una violazione dell'articolo 102, considerate congiuntamente siano proporzionate alla natura dell'infrazione. Spetta poi al giudice nazionale verificare il rispetto di tale circostanza.

4. La sentenza ora riassunta solleva alcuni importanti interrogativi in merito alla *vexata quaestio* del perimetro entro cui si muove la nozione di *idem* nel dominio della concorrenza, nonostante la brevità della stessa e nonostante i quesiti sottoposti dal giudice *a quo* siano stati risolti dalla Corte sulla base del concetto di *bis*. Una attenta lettura dei punti che, sebbene non rientrino nella *ratio decidendi*, rilevano maggiormente ai fini di questa analisi, permette di scorgere il sottile equilibrio che i giudici di Lussemburgo sembrano (non) avere raggiunto quanto all'*idem* nel rendere la pronuncia in esame.

Infatti, da un lato, la Corte, nel far propria l'impostazione adottata dall'AG quanto all'assenza di quella duplicità di procedimenti necessaria a far scattare la tutela del *ne bis in idem* nel caso di specie, applica strategicamente il principio della *réponse utile*, eludendo il primo quesito sulla attualità del requisito dell'unità dell'interesse giuridico tutelato e statuendo invece sul secondo quesito, avente ad oggetto la liceità della doppia sanzione irrogata dalla ANC in una stessa decisione (punto 22). Così facendo, la Corte sembra togliersi dall'impiccio di dover prendere una netta posizione sulla perdurante rilevanza della giurisprudenza *Aalborg Portland*, nonostante un chiarimento sul punto fosse esattamente uno degli obiettivi perseguiti dal giudice *a quo* (punto 18).

Dall'altro lato, tuttavia, nel confermare la propria giurisprudenza in merito alla necessità di rispettare la guarentigia del *ne bis in idem* anche in materia di concorrenza, la Corte richiama espressamente la ricostruzione teorica svolta sul punto dall'AG Wahl nelle sue conclusioni, riferendosi però unicamente all'identità dell'"*elemento materiale*" alla base dei due procedimenti, invece di richiamare l'identità dell'interesse giuridico tutelato quale requisito necessario affinché sia integrato l'*idem* (punto 32, come evidenziato *supra*). Invero, il rinvio

della Corte alle conclusioni è relativo alla parte in cui l'AG ricostruisce l'applicabilità all'ambito della concorrenza del *ne bis in idem* in termini generali, e non alla successiva parte in cui egli critica apertamente la giurisprudenza *Aalborg Portland* e fa riferimento all'opportunità persa in *Toshiba* di conformare la nozione di *idem* nell'ambito dei procedimenti antitrust a quella utilizzata in materia penale.

Ciò nonostante, pare assai difficile immaginare che un tale richiamo alle conclusioni dell'AG Wahl e l'utilizzo della predetta espressione tesa a sottolineare unicamente la materialità della condotta alla base dei due procedimenti siano attribuibili a una mera svista. Al riguardo, si consideri il fatto che, in *Toshiba*, la Corte, lungi dal riferirsi alle conclusioni dell'AG Kokott, non aveva avuto remora alcuna a richiamare espressamente i tre requisiti dell'*idem* di cui alla sentenza *Aalborg Portland (Toshiba e a., punto 97)*. Se è dunque vero che la sentenza in commento non offre un sicuro appiglio per poter affermare che i giudici di Lussemburgo abbiano inteso cambiare il loro orientamento in materia, sembra però potersi rilevare che, quantomeno, con essa siano state poste le basi per un eventuale *révirement*, ove ritengano infine di aderire all'impostazione degli AG.

5. La ricerca di un equilibrio nell'interpretazione del *ne bis in idem* è tema che da tempo impegna le Corti europee. Come già detto in precedenza, dopo molteplici cambiamenti di impostazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo era infine giunta, con la sentenza *Zolotukhin*, a intendere il requisito dell'*idem* quale *idem* fattuale, facendo riferimento a «those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably

linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings» (punto 84). Nella medesima pronuncia, la Corte di Strasburgo aveva fatto anche una sorta di *mea culpa* per l'andamento oscillante della propria giurisprudenza pregressa, affermando che la varietà di approcci emersa in precedenza fosse stata fonte di incertezza, risultando così in contrasto con l'esigenza di assicurare un'adeguata tutela dei diritti fondamentali (punto 78).

Tale impostazione è stata in seguito confermata in numerose pronunce (si vedano, a titolo di esempio, Corte EDU, *Ruotsalainen c. Finlandia*, ricorso n. 13079/03, punti 48-56 e *Nykänen c. Finlandia*, n. 11828/11, punti 38, 42-43), ma una sentenza di qualche anno fa è parsa rimetterla in discussione. Nella causa *A e B c. Norvegia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato il problema derivante dalla duplicazione di procedimenti aventi differente natura (penale e amministrativa). Al riguardo, i giudici di Strasburgo hanno affermato che, in linea generale, il principio del *ne bis in idem* non impedisce lo svolgimento di procedimenti distinti; tuttavia, determinate condizioni devono essere rispettate. Infatti, secondo la Corte, la duplicazione è ammissibile quando i procedimenti si presentano sufficientemente e strettamente connessi sul piano sostanziale e su quello temporale. Pertanto, è necessario valutare se essi mirino a realizzare scopi complementari, attenendo in astratto e in concreto ad aspetti differenti della condotta rilevante, se la duplicazione sia conseguenza prevedibile sul piano giuridico e fattuale della medesima condotta, se i procedimenti abbiano luogo con modalità funzionali a evitare il più possibile una duplicazione quanto alla raccolta e alla valutazione delle prove e, soprattutto, se la sanzione che per prima diviene definitiva sia tenuta in conto ai fini del procedimento ancora in corso, di modo

che la reazione ordinamentale non divenga eccessiva (Corte EDU (GC), *A e B c. Norvegia*, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11).

Tale ragionamento, pur attenendo in maniera evidente al concetto di *bis*, ha delle ricadute anche per quel che riguarda l'*idem*, visto che la connessione sufficiente e stretta sul piano sostanziale e temporale deve essere accertata attraverso una verifica degli scopi complementari perseguiti dai diversi tipi di procedimento e degli aspetti differenti della condotta presa in considerazione. Si tratta indubbiamente di elementi che attengono al piano sostanziale, anziché a quello esclusivamente processuale. Tuttavia, essi paiono imporre - in maniera alquanto nebulosa, data l'assenza di chiarimenti forniti al riguardo da parte della Corte - di valutare circostanze che esulano dalla nozione di *idem* materiale, soprattutto per quel che riguarda gli scopi perseguiti.

La questione è giunta anche all'attenzione della Corte di giustizia, la quale è stata invitata dall'AG Campos Sánchez-Bordona a non variare il proprio orientamento in materia (si vedano le [conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona presentate il 12 settembre 2017](#), in C-524/15, *Menci*, le [conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona presentate il 12 settembre 2017](#), in C-537/16, *Garlsson Real Estate SA* e le [conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona presentate il 12 settembre 2017](#), in cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*; sul tema, 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 questo *Osservatorio europeo*, 31 ottobre 2017 e G. LO SCHIAVO, *The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope and restrictions*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 644 ss.). Dal canto suo, pur non dedicandosi ad un'analisi critica della sentenza *A e B c. Norvegia*, la Corte di

giustizia ha mantenuto la propria interpretazione quanto al concetto di *idem* in materia penale (per tutte, [Corte giust. 20 marzo 2018](#), causa C-524/15, *Menci*), ponendosi così dalla parte di quel *favor libertatis* che anima il divieto di *bis in idem*.

Alla luce di ciò, si ritiene che proprio tale *favor* andrebbe adeguatamente valorizzato al fine di superare definitivamente la contraddizione ermeneutica che viene a registrarsi nel passaggio da materia penale a concorrenza quando si tratta di *ne bis in idem* e diritto comunitario. Il riferimento fatto dagli AG alla circostanza che, nel caso dell'Unione europea e dei suoi Stati membri, non si potrebbe registrare una vera e propria differenza circa l'interesse giuridico protetto dato che esso, in quanto stabilito a livello sovranazionale, è lo stesso sia per l'ordinamento dell'una, sia per gli ordinamenti degli altri, gioca senza dubbio un ruolo rilevante. Eppure, ancora di più andrebbe valorizzata la *ratio* garantistica del principio qui in discussione, visto che essa risulta in evidente contrasto con la finalità "di lotta" che la Corte sembra perseguire con il suo diverso orientamento nel settore della concorrenza.

Nella causa *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, l'AG Wahl, seguendo il solco già tracciato dagli AG Sharpston e Kokott, ha fornito alla Corte elementi ulteriori per ripensare il proprio approccio alla materia. Da parte sua, la Corte parrebbe aver approfittato del fatto che il *thema decidendum* non riguardasse l'*idem*, bensì il *bis*, per introdurre nella propria giurisprudenza delle formule che non risultano pienamente coerenti con quelle adottate in precedenza quanto al *ne bis in idem* nell'ambito del diritto della concorrenza. Si tratterà allora di vedere se, in futuro, i giudici di Lussemburgo intenderanno sfruttare l'occasione per realizzare una correzione interpretativa quanto mai necessaria.