

Finale di partita per il principio del *ne bis in idem*? Breve nota alle sentenze *bpost* e *Nordzucker e a.*

Patrizia De Pasquale (Professore ordinario di diritto dell'Unione europea – LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima/Bari) – 22 aprile 2022

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I criteri di operatività del principio *ne bis in idem*. – 3. I fatti all'origine delle controversie. – 4. Le sentenze della Corte. – 5. Conclusioni.

1. Il principio del *ne bis in idem*, per la sua complessa struttura, era destinato a mantenere vivo il dibattito nella dottrina e ad animare il confronto tra Corti nazionali ed europee (sullo sviluppo del principio nel diritto dell'Unione, v. per tutti W. B. VAN BOCKEL (ed.), *Ne bis in idem in EU law*, Cambridge, 2016; nella letteratura interna, 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.).

I suoi stessi elementi sono cioè causa della sua controversa sorte ed oggetto di numerosi tomi e sentenze che ne hanno offerto delucidazioni ed interpretazioni, non di rado di segno opposto, contribuendo a creare un quadro abbastanza confuso.

La scarsa chiarezza che aleggia intorno al principio è dovuta altresì alla sua natura, oggi intesa sia in senso processuale sia in senso sostanziale. Profili che, come ben noto, hanno confini ed ambiti applicativi parzialmente diversi.

Invero, il principio si è affermato prima nella sua veste processuale poi, nel tempo, è divenuto garanzia, anche e soprattutto, sostanziale. In tale trasformazione, il divieto è stato ridimensionato da assoluto a, per così dire, “temperato”, in quanto scatta soltanto in assenza di una *sufficiently close connection* (stretta connessione temporale e sostanziale con il primo procedimento) e la sanzione complessivamente irrogata non risulti proporzionata. Di talché, il principio, da regola eminentemente processuale che preclude in ogni caso il secondo procedimento e nulla afferma sul cumulo delle sanzioni, è diventato paradigma sostanziale diretto a preservare la proporzionalità della sanzione.

Più in particolare, si rammenta che nell'accezione processuale, il *ne bis in idem* è una sorta di semaforo rosso: una volta che una decisione è passata in giudicato, non è possibile che possa esserci, per uno stesso fatto, un nuovo procedimento nei confronti di un imputato, prosciolto o condannato.

Il *ne bis in idem* sostanziale, invece, si pone a presidio del diritto fondamentale (espressamente sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti

fondamentali dell'Unione europea) a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto, qualora l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è suscettibile ne esaurisca il contenuto di disvalore da un punto di vista sia oggettivo che soggettivo (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 *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 7, n. 2, 2013, p. 574 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.). Un baluardo di sicurezza, dunque, per colui che, essendo stato sottoposto ad un processo penale conclusosi con provvedimento irrevocabile, gode dell'incontrovertibile certezza (salvo casi eccezionali che costituiscono una deroga alla regola generale) che non potrà essere assoggettato ad un'ulteriore iniziativa giudiziaria per il medesimo accadimento, neppure se diversamente considerato.

2. Senza ripercorrere la lunga storia del principio nell'ordinamento dell'Unione europea, si rammenta che essa è stata segnata da antinomie giurisprudenziali, talvolta molto profonde, determinate dal confronto tra Corte di giustizia e Corte EDU sia sull'elemento del *bis*, ovvero sulla preesistenza di una decisione definitiva, sia sul concetto di *idem*, quale identità del "fatto", ovvero del "reato" o del "bene giuridico protetto" (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.; v. anche 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1515 ss.).

Ai fini delle sentenze in commento, occorre soffermarsi sulle questioni relative all'*idem* e, in particolare, sui criteri che sovrintendono la sua operatività. Infatti, alcuni di essi, che costituiscono la sinusoide interpretativa dei tempi e dei metodi di applicazione del divieto di *bis in idem*, hanno subito interventi di raffinamento proprio grazie ai *dicta* delle Corti europee.

In generale, è pacifico che gli indici sui quali il divieto viene "testato" riguardano tanto la corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale), quanto la coincidenza delle circostanze di tempo, di luogo e di persona.

Nondimeno, a fronte di "assestamenti" ermeneutici perlomeno apparenti, lo scenario si complica con riguardo alle fattispecie *antitrust*, nelle quali viene considerato elemento imprescindibile il criterio dell'"interesse giuridico da tutelare" (*idem crimen*), (sentenze della Corte del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Wilhelm e a.*; del 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporation e a.*, punto 97, con commento di G. MONTI, *Managing decentralized antitrust enforcement: Toshiba*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, n. 1, 2014, p. 261 ss.; del 25 febbraio 2021, causa C-857/19,

Slovak Telecom; nonché sentenza del Tribunale del 26 ottobre 2017, causa T-704/14, *Marine Harvest c. Commissione*, punto 308).

Il criterio risulta, però, recessivo nell'applicazione del principio in tutte le altre questioni. Così, con riferimento allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia – cioè nelle ipotesi di applicazione dell'art. 54 della CAAS e della decisione quadro 2002/58 – la Corte ha considerato esclusivamente l'identità dell'autore e del fatto, accordando importanza all'*idem factum*, ovvero ad un'interpretazione del “fatto” inteso in senso materiale o naturalistico (sentenza della Corte del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*).

Al pari, il criterio non è presente 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, già con la sentenza *Åkerberg Fransson* (26 febbraio 2013, causa C-617/10) la Corte di giustizia aveva stabilito che l'art. 50 della Carta 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), al fine di mitigare la pena che sarà inflitta in sede penale. Così, pur confermando i criteri cc.dd. *Engel* (sentenza della Corte EDU del 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, la Corte abbandona la regola tassativa dell'interruzione del procedimento ancora pendente quando ne sia divenuto definitivo un altro avente ad oggetto lo stesso fatto ed introduce una distinzione tra procedimenti consecutivi e procedimenti paralleli, basandosi essenzialmente sulla loro scansione temporale.

Con la giurisprudenza *Menci* (sentenza della Corte del 12 settembre 2017, causa C-524/15; nonché del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a.*; in stessa data, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*) - sulla scia di quanto affermato dalla Corte EDU nella causa *A e B c. Norvegia* (15 novembre 2016, ricc. nn. 24130/11 e 29758/11) - la Corte ha avuto modo di precisare che il cumulo di procedimenti e di sanzioni è giustificato qualora: 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; sia limitata la severità del complesso delle sanzioni imposte a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti (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 *dirittounioneeuropea.eu*, 31 ottobre 2017; B. NASCIMBENE, [Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 2 maggio 2018).

Pertanto, la cornice entro cui il principio è chiamato a produrre i suoi effetti è stata finora diversamente stratificata ed ancorata a due diversi parametri; ovvero, per le questioni relative alla disciplina della concorrenza è stato chiesto di tener in giusta considerazione anche l'interesse giuridico tutelato; per tutte le altre fattispecie, il divieto è stato legato al criterio

dell'identità della persona e dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete, inscindibilmente collegate tra loro (sentenza *van Esbroeck*, cit., punto 36; sentenze della Corte del 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini e a.*, punto 54; del 28 settembre 2006, causa C-150/05, *van Straaten*, punto 48; del 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, punto 26; del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, 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 *Common Market Law Review*, vol. 48, n. 5, 2011, p. 1687 ss.; del 29 aprile 2021, causa C-665/20 PPU, X, punto 71).

3. In questo mosaico di regimi paralleli si collocano le sentenze *bpost e Nordzucker e a.*

La prima vede protagonista la società *bpost*, storico fornitore di servizi postali in Belgio, sanzionata in successione da due autorità belghe. Precisamente, nel 2011, l'autorità nazionale di regolamentazione settoriale dei servizi postali (l'Institut belge des services postaux et des télécommunications) ha ritenuto che il sistema di sconti applicato dalla *bpost*, durante l'anno precedente, fosse discriminatorio nei confronti di taluni clienti. Tale decisione è stata annullata dai giudici nazionali, a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta dalla Cour d'appel de Bruxelles, in quanto la Corte di giustizia aveva rilevato che la fattispecie non costituiva una discriminazione ai sensi della normativa relativa al settore postale. Successivamente, però, la *bpost* veniva nuovamente sanzionata dall'autorità nazionale garante della concorrenza per abuso di posizione dominante, a causa dell'applicazione dello stesso sistema di sconti, dal gennaio del 2010 al luglio del 2011.

La *bpost* ha contestato la legittimità di questo secondo procedimento, invocando il principio del *ne bis in idem*. A tal riguardo, 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 operato un rinvio pregiudiziale, chiedendo, in estrema sintesi, se la legittimità del procedimento dinanzi all'ANC debba essere valutata alla luce della definizione di *idem* sviluppata nella giurisprudenza in materia di concorrenza (sentenza *Toshiba*, cit.) o se occorra esaminarla alla luce della clausola concernente le limitazioni dei diritti e del criterio stabilito nella giurisprudenza *Menci*. In sostanza, 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, prima dall'autorità tedesca garante della concorrenza poi da quella austriaca, la violazione dell'articolo 101 TFUE, apparentemente sulla base degli stessi fatti. La vicenda ha coinvolto l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), investita in appello dall'autorità austriaca 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. Specificatamente, il procedimento è fondato su una conversazione telefonica, nel corso della quale i rappresentanti delle due imprese avevano discusso del mercato austriaco dello zucchero. Conversazione già menzionata, dall'autorità tedesca, in una decisione diventata definitiva. La Corte suprema austriaca ha sollevato taluni quesiti pregiudiziali. Con il primo, identico a quello posto nella causa *bpost*, la Corte di giustizia è stata interrogata sul valore da attribuire al criterio dell'interesse giuridico tutelato. Inoltre, è stato chiesto 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.

4. Le sentenze della Corte di giustizia ([22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost*](#) e [causa C-151/20, *Nordzucker*](#)) risultano importanti soprattutto perché superano la dicotomia di criteri destinata ad offrire regimi di tutela diversificati, in violazione dell'art. 50 della Carta (per un primo commento, v. 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).

Accogliendo cioè il suggerimento, venuto in passato da taluni Avvocati generali, di eliminare il criterio dell'interesse giuridico tutelato, la Corte ristabilisce un'unità di parametri (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 [dirittounioneuropea.eu](#), 30 giugno 2019; conclusioni Tanchev, del 26 settembre 2019, alla causa *Marine Harvest*, C-10/18 P).

In particolare, il giudice di Lussemburgo espressamente ricorda 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 tutelato, (punto 34, *bpost*; punto 39, *Nordzucker*). E, precisa 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" (punto 35, *bpost*; punto 40, *Nordzucker*).

È importante notare che la Corte riporta sì ad *unicum* la valutazione, facendo riferimento alla nozione di "interesse generale", ma senza assorbirla - come consigliato invece dall'Avv. gen. Bobek ([conclusioni del 2 settembre 2021](#)) - in quella di "interesse giuridico tutelato".

Il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte è condivisibile. Infatti, sebbene la distinzione presenti talvolta confini piuttosto labili, è pur vero che

non tutti gli interessi generali ricevano necessariamente una protezione giuridica. Altrimenti detto, la soddisfazione di interessi di carattere generale costituisce lo scopo del diritto, ma non di certo la sua essenza; e perciò la protezione di interessi generali può avvenire senza l'attribuzione di un diritto giuridicamente tutelato.

Purtuttavia, si tratta di una linea di demarcazione molto sottile che la Corte non contribuisce a chiarire, soprattutto quando definisce un obiettivo di interesse generale in considerazione di due normative che perseguono obiettivi legittimi distinti.

Così, nella causa *bpost*, essa osserva che la normativa settoriale ha per oggetto la liberalizzazione dei servizi postali, mentre la disciplina antitrust “persegue l'obiettivo, indispensabile per il funzionamento del mercato interno, di garantire che la concorrenza non sia falsata in tale mercato” (punto 46, *bpost*). Trattandosi, dunque, di due distinti interessi generali, essi ben possono essere oggetto di procedimenti diversi, ma, come stabilito dalla sentenza *Menci*, è necessario evitare un cumulo sanzionatorio sproporzionato. Ciò vale a dire – come già ricordato – che, nei casi in cui è eccezionalmente ammesso il doppio procedimento, occorre tener conto della sanzione precedentemente irrogata, in modo che gli oneri derivanti, a carico degli interessati, dal cumulo siano limitati “a quanto strettamente necessario e che il complesso delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse” (punto 51, *bpost*).

Nella causa *Nordzucker*, la Corte sostiene poi che il cumulo di procedimenti e di sanzioni da parte di due autorità nazionali garanti della concorrenza è giustificato qualora i procedimenti e le sanzioni riguardino “scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata” (punto 52, *Nordzucker*).

Al di là di tali precisazioni (obiettivi distinti o complementari), nell'esaminare le condizioni che giustifichino il cumulo di procedimenti e di sanzioni, la Corte ripropone ed estende al settore *antitrust* i criteri *Menci*. E, riscontrandone la sussistenza nella fattispecie che ha dato origine alla causa *bpost*, fornisce precise indicazioni al giudice nazionale, al quale spetta verificare se sono concretamente soddisfatti. La Corte puntualmente sottolinea che la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le autorità interessate sembrano assicurati dall'art. 14 della legge belga, del 17 gennaio 2003, relativa allo *status* dell'autorità di regolamentazione dei settori delle poste e telecomunicazioni. Inoltre, ritiene che possa considerarsi soddisfatto il requisito della connessione temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti e tra le decisioni adottate ai sensi della normativa settoriale e del diritto della concorrenza, avendo le due autorità preso le loro decisioni in date ravvicinate (rispettivamente, il 20 luglio 2011 e il 10 dicembre 2012). Infine, rileva che, quantunque l'ammenda inflitta nell'ambito del secondo procedimento sia superiore a quella imposta a chiusura del primo procedimento, con una decisione definitiva, ciò non implica una sproporzione del cumulo di procedimenti e di sanzioni, dal momento che i “due procedimenti possono costituire risposte giuridiche complementari e

connesse, ma nondimeno distinte, di fronte al medesimo comportamento” (punto 57, *bpost*).

Di egual tenore, a parte le specificità del caso, è la sentenza *Nordzucker*, quasi scontata dopo aver letto quella relativa al caso *bpost*. In essa, la Corte ha osservato che la restrizione alla concorrenza non può essere valutata in astratto, ma deve essere esaminata con riferimento al territorio, al mercato del prodotto e al periodo in cui il comportamento in questione ha avuto tale presunto oggetto o effetto (punto 41, *Nordzucker*). Pertanto, il giudice del rinvio è tenuto a stabilire se l’autorità tedesca intendeva accertare l’esistenza dell’intesa e sanzionarla, sulla base delle conseguenze anticoncorrenziali sul territorio austriaco.

Nella fattispecie, sembra evidente – nota la Corte – che le due autorità nazionali abbiano agito ai sensi dell’art. 101 TFUE e delle corrispondenti disposizioni di diritto nazionale e, dunque, abbiano perseguito lo stesso obiettivo di garantire che la concorrenza nel mercato interno non fosse falsata. Per cui un cumulo di procedimenti e di sanzioni che “non perseguono scopi complementari vertenti su aspetti differenti del medesimo comportamento (...), non può, in ogni caso, essere giustificato ai sensi dell’articolo 52, paragrafo 1, della Carta” (punto 57, *Nordzucker*).

Infine, la Corte afferma che il principio del *ne bis in idem* può applicarsi a un procedimento di attuazione del diritto della concorrenza, quantunque l’impresa partecipi al programma nazionale di clemenza per essere stata perseguita nell’ambito di un altro procedimento, e, quindi, possa soltanto essere accertata un’infrazione a quel diritto.

5. Le due sentenze hanno il pregio di ribadire alcuni punti fermi nel discorso sul divieto di *bis in idem*, che possono utilmente indirizzare il giudice nazionale nella sua, non semplice, opera di interpretazione. Al contempo, proprio l’aver lasciato, ancora una volta, all’apprezzamento del singolo giudice precedente, oltre la dimostrazione della complementarità tra obiettivi, la verifica della sussistenza di una connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta fra i procedimenti in questione, costituisce il loro principale limite. Evidenti sono, infatti, i pregiudizi in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria e certezza del diritto, ancor più gravi perché riguardanti un diritto fondamentale, quale quello al *ne bis in idem*.

È significativo che la Corte di Lussemburgo riferisca la condizione di “*bis*”, ovvero che una decisione giudiziaria abbia statuito in via definitiva sui fatti sottoposti ad un secondo procedimento, pure all’esigenza che sia stata pronunciata previa una valutazione nel merito della causa (sentenza del 5 giugno 2014, causa C-398/12, *M*, punti 28 e 30). E che continui a ricondurre il concetto di *idem factum* al fatto storico in sé considerato e non alla sua qualificazione giuridica.

Altro punto fisso, ormai non revocabile in dubbio, è quello secondo cui il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico non costituisce *tout court* una violazione del *bis in idem*; ma una semplice limitazione di tale diritto, purché rispetti i requisiti dettati, dall’art. 52, par. 1

della Carta e, dunque, sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Ancora più importante è che la Corte abbia esteso la deroga al *ne bis in idem* all'ipotesi di procedimenti sanzionatori formalmente amministrativi, ma sostanzialmente penali, di competenza, in *bpost*, l'uno, dell'autorità garante della concorrenza, l'altro, dell'autorità di settore; in *Nordzucker*, tutti di autorità garanti della concorrenza di due Stati membri.

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. Per tal via, il giudice dell'Unione ammette la possibilità di un cumulo di sanzioni di natura afflittiva, erogate al termine di due procedimenti che soddisfino (come nei casi di specie) soltanto due dei tre criteri enunciati più volte: qualificazione dell'illecito nel diritto nazionale; natura dell'illecito e grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (v., in tal senso, sentenze della Corte del 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*, punto 37, nonché la sentenza *Menci*, cit., punti 26 e 27. In dottrina, 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).

Per inciso, 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.

Infine, va notato che, in una prospettiva futura, la soluzione offerta dalle sentenze potrebbe non essere risolutiva. Si fa riferimento alla possibile applicazione del principio a fattispecie che nascono dall'utilizzo delle piattaforme digitali, come noto, soggette a quadri normativi potenzialmente sovrapponibili; ovvero, il *Digital Markets Act*, la disciplina *antitrust* dell'Unione e le regole di concorrenza nazionali, comprese quelle specifiche sui mercati digitali (sul DMA e le relative ricadute sul mercato unico, v. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market 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).

In realtà, per evitare duplicazioni di procedimenti e contrasti di difficile soluzione, la Commissione ha espressamente riconosciuto la complementarità del DMA rispetto al diritto della concorrenza, con la motivazione che le discipline proteggono interessi giuridici diversi (considerando 10 della

[proposta di regolamento della Commissione relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale - legge sui mercati digitali](#)). Ma, l'abbandono del criterio dell'interesse giuridico protetto comporta che, nelle ipotesi in cui un'impresa sia soggetta a due procedimenti separati (DMA e diritto nazionale della concorrenza), ciascuno portato avanti da un'autorità diversa, la limitazione del *ne bis in idem* è giustificata soltanto se tali 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. Complementarietà che, peraltro, è valutabile soltanto *ex post*; cioè nel momento in cui un giudice è chiamato a stabilire se le due autorità hanno effettivamente coordinato i loro procedimenti e se la sanzione eventualmente inflitta nel primo procedimento è stata presa in considerazione nella valutazione della seconda sanzione.

Le due sentenze non invertono, quindi, il *trend* che ha trasformato il principio del *ne bis in idem* da *test ex ante*, definito normativamente, a *test correttivo ex post*, che opera sulla base di criteri circostanziali e accidentali precisati dalla giurisprudenza. E che non impedisce la possibilità di duplicazione di procedimenti e di sanzioni.

Neppure si discostano da un approccio casistico e atomizzato, lasciando il giudice privo di una soluzione uniforme dei problemi derivanti in tali ipotesi. Come si è già avuto modo di rilevare, il principio del *ne bis in idem*, interpretato alla luce di un maggiore o minore nesso materiale e temporale tra due procedimenti sanzionatori, ed ora della complementarietà degli obiettivi, presenta così 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 (P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci*, cit.).