

Marco Cappai*

Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione: un possibile itinerario di studio

SOMMARIO: 1. Il piano dell'indagine – 2. *Ne bis in idem*: origine dell'istituto e sua rilevanza nel diritto amministrativo 3. Itinerario di andata (dal diritto amministrativo al diritto penale): l'emersione di un test unico per il *ne bis in idem* europeo – 3.1 Il “vecchio ordine” del *ne bis in idem* europeo; – 3.2 Il “nuovo corso” del *ne bis in idem* europeo – 3.3 (*Segue*) L'ultimo capitolo del *ne bis in idem* europeo: i casi *bpost* e *Nordzucker* – 4 Una convergenza che non lascia del tutto appagati: le ragioni (e i timori) della comunità penalistica e di quella amministrativistica – 5. Appunti per un itinerario di ritorno (dal diritto penale al diritto amministrativo): la buona amministrazione, prima del *ne bis in idem* amministrativo.

1. *Il piano dell'indagine*

Il principio del *ne bis in idem* (*double jeopardy*, nella tradizione angloamericana) vieta che lo stesso soggetto sia giudicato o punito due volte per lo stesso fatto criminoso. Esso penetra nel diritto amministrativo per mano dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo a partire dal caso *Engel*, in virtù dei quali, al ricorrere di determinati presupposti, la sanzione irrogata dalla p.A. è assimilabile, nella sostanza, a una “pena”.

Per tale via, il *ne bis in idem* di diritto europeo può assumere rilevanza sotto tre possibili forme, e segnatamente quando, per lo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto, convergono: i) due procedimenti o pene, entrambi ascrivibili al diritto penale in senso stretto; ii) due procedimenti o pene di cui uno penale in senso stretto e l'altro avente natura amministrativa, tipicamente (ma non necessariamente) per aggredire, in attuazione della medesima fonte europea, aspetti di disvalore complementari della singola condotta (c.d. doppio binario sanzionatorio); iii) due procedimenti o sanzioni di natura amministrativa a carattere

* Dottore e assegnista di ricerca di Diritto dell'economia, Dipartimento di Economia aziendale Università degli Studi Roma Tre.

repressivo, normalmente (ma non necessariamente) inseriti nella cornice di una rete amministrativa europea.

Il contributo guarda esclusivamente alla terza casistica, che può essere denominata, ai fini della presente indagine, *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo.

Dopo aver inquadrato origini e contenuto essenziale dell'istituto del *ne bis in idem* ed aver chiarito perché lo stesso assume rilevanza nel diritto amministrativo (§ 1), si prende spunto dalle recenti pronunce gemelle della Grande Sezione della Corte di giustizia sui casi *bpost*¹ e *Nordzucker*² per proporre un itinerario di studi da sviluppare lungo due direttrici, con un ideale viaggio di andata e di ritorno.

La prima direttrice è quella dell'arricchimento delle garanzie amministrative per mano della dogmatica penalistica. In questa sezione si ripercorre il lungo cammino del *ne bis in idem* europeo, tenendo conto del fondamentale contributo propulsivo della Corte Edu (§ 2). È fuor di dubbio che lo sforzo delle Corti sia stato poderoso. Nondimeno, il punto di equilibrio da ultimo raggiunto dalla Corte di giustizia in *bpost* e *Nordzucker* incontra sentimenti ambivalenti nella comunità penalistica e amministrativistica. Per un verso, si saluta con favore l'elaborazione di un test unico lungamente atteso, valido cioè indistintamente in tutti i settori del diritto europeo. Per altro verso si ammonisce, sia pure con differenti ragioni e sensibilità, sui possibili effetti indesiderati dell'arresto.

Traendo spunto da queste ultime preoccupazioni, la seconda direttrice isola la questione del *ne bis in idem* amministrativo e, limitatamente a questa specifica casistica, propone, in un'ottica complementare e non sostitutiva, di ricorrere ai principi generali del diritto amministrativo per colmare i vuoti non coperti dall'elaborazione penalistica (§ 3).

L'assunto di fondo è che, nonostante l'innegabile processo di convergenza tra diritto penale e diritto amministrativo, e la conseguenziale emersione di uno statuto unitario della sanzione afflittiva, permangono delle peculiarità, proprie dei rispettivi ambiti, che, nei casi di *bis in idem* europeo di diritto amministrativo, meritano di essere valorizzate dall'interprete.

Da cui il possibile effetto di trascinamento sull'intero diritto amministrativo europeo, laddove il *ne bis in idem* amministrativo può costituire l'occasione per edificare un più compiuto e coraggioso diritto alla buona amministrazione.

¹ Grande Sezione, 22 marzo 2022, *bpost*, C-117/20.

² Grande Sezione, 22 marzo 2022, *Nordzucker*, C-151/20.

2. Ne bis in idem: *origine dell'istituto e sua rilevanza nel diritto amministrativo*

La prospettiva storica associa il fiorire del principio di *ne bis in idem* al diritto romano e, prima, all'antica Grecia³. Nel mondo romano esso assume una duplice sfaccettatura, condensando i principi processuali della *litis contestatio* (*bis de eadem re ne sit actio*)⁴ e della *res iudicata* (*res iudicata pro veritate accipitur*)⁵. È opinione diffusa che gli antesignani storici dell'istituto presentino solo parziali punti di contatto con la declinazione odierna del principio⁶. Negli ordinamenti giuridici moderni, infatti, il *ne bis in idem* non è unicamente corollario dei principi di certezza del diritto e dell'annesso principio del rispetto per l'autorità delle decisioni giudiziarie; esso è anche (e soprattutto) espressione di un diritto fondamentale dell'individuo consacrato dai Trattati⁷ e costituisce un principio generale del diritto europeo⁸ riconosciuto dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁹.

Il divieto di *bis in idem* non è un criterio di risoluzione delle antinomie giuridiche teso a dirimere, in una prospettiva *ex ante*, conflitti apparenti. Esso opera come un 'sistema di sicurezza' che si aziona *ex post*, per porre rimedio a conflitti positivi tra norme. Segnatamente, la garanzia si attiva

³ M. KOSTOVA, *Nel non bis in idem. Origine del "principio"*, in *Diritto @ Storia*, n. 11/2013, 5 ss.

⁴ In questa accezione, ad esempio, TAR Lazio, I, 28 maggio 2020, n. 5655: "la proposizione del ricorso consuma il diritto di azione del ricorrente, sicché un gravame successivo tra le stesse parti ed avente lo stesso petitum e la stessa causa petendi deve ritenersi inammissibile per violazione del divieto scaturente dal principio del *ne bis in idem*".

⁵ Ulpiano (D. I.5.25).

⁶ R. LÖÖF, *54 CISA and the Principles of ne bis in idem*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 15(3)/2007, 309-310; J. LELIEUR, 'Transnationalising' *Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecht Law Review*, n. 9(4)/2013, 200.

⁷ M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *European Law Review*, n. 31(4)/2006, 565 ss.; H.C.H. HOFMANN, G.C. ROWE, A.H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, 2011, 177.

⁸ B. VAN BOCKEL, *The 'European' Ne Bis in Idem Principle. Substance, Sources, and Scope*, in Id. (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 15.

⁹ Rilevanti nel diritto europeo ai sensi, ad esempio, degli art. 6, § 3 TUE; 67 TFUE e 52, § 4 CDFUE. In argomento, S. CASSESE, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/2017, 939 ss. Quasi tutti gli Stati membri riconoscono il diritto al *ne bis in idem*: in Germania v. art. 103 III GG e BGH 20; in Francia v. art. 6 Code de Procédure Pénale; in Italia v. art. 649 c.p.p.; in Grecia v. art. 57, § 3 Gr.CPP, ecc.

quando quattro condizioni sono cumulativamente soddisfatte: i) identità della persona, fisica o giuridica, sottoposta a processo, procedimento, pena o sanzione (*unity of the offender condition*); ii) identità della condotta interessata (*idem condition*); iii) esistenza di un doppio livello di intervento repressivo (*bis condition*); e iv) carattere definitivo della prima decisione (*res judicata* o *final decision condition*).

Si tratta di un principio oramai acquisito nelle moderne società civili. Le sue deviazioni assumono per lo più un valore storico¹⁰.

Il principio europeo di *ne bis in idem* assume una duplice portata: esso si declina sia in senso procedurale (diritto a non essere perseguito due volte, anche se la prima decisione definitiva è di assoluzione o di non luogo a procedere/provedere) che sostanziale (diritto a non esser puniti due volte).

La genesi europea del principio si deve alla Convenzione di Schengen (CAAS)¹¹, prodotto del metodo intergovernativo del terzo pilastro, “comunitarizzato” a partire dal Trattato di Amsterdam¹². L’*acquis* Schengen concorre, come noto, alla creazione di “un’area di libertà, sicurezza e giustizia”¹³.

Il principio è oggi codificato, con effetto orizzontale esteso all’intera Unione europea, dall’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE)¹⁴, che, con il Trattato di Lisbona, assume portata vincolante¹⁵.

¹⁰ Cfr. Art. 11 della Carta del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, 1945.

¹¹ Art. 54 della Convenzione, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo e il Regno dei Paesi Bassi, recante applicazione dell’accordo relativo all’eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen il 14 giugno 1985: “*Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un’altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita*”.

¹² La Convenzione è nata nel perimetro del Terzo Pilastro (titolo VI del Trattato sull’Unione europea, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale), caratterizzato da un approccio intergovernativo, ed è stata successivamente “comunitarizzata” con il Protocollo n. 2 al Trattato di Amsterdam sull’integrazione dell’*acquis* di Schengen nell’ambito dell’Unione europea. Attualmente, ventisei Paesi europei, di cui ventidue dei ventisette Stati membri, fanno parte dello spazio Schengen, secondo il modello della cooperazione rafforzata. Cfr. Protocollo 19 al Trattato di Lisbona.

¹³ Artt. 3, § 2 TUE e 67 TFUE.

¹⁴ “*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*”.

¹⁵ Art. 6, § 1 TUE.

Ancorché sovente richiamati cumulativamente dalla Corte, la quale ha avuto l'indubbio merito di appianare le divergenze testuali correnti tra le due previsioni¹⁶, il raggio di azione dell'art. 54 CAAS non è perfettamente sovrapponibile a quello dell'art. 50 CDFUE. Quest'ultima previsione, al contrario della prima, richiede che entrambi gli interventi repressivi trovino fondamento nel diritto europeo¹⁷. L'art. 54 CAAS, invece, per un verso non richiede necessariamente la rilevanza europea delle fattispecie oggetto di sovrapposizione – poggiando sul principio di mutuo riconoscimento – e, per altro verso, è limitato al diritto penale in senso stretto¹⁸, coerentemente con il principio di attribuzione¹⁹ e con il rilievo che l'interpretazione della Carta non può determinare un ampliamento delle competenze dell'Unione²⁰.

È opinione dottrinale diffusa che l'esperienza europea costituisca il primo caso di applicazione transnazionale del principio in parola²¹. Da questo punto di vista, il campo di applicazione della garanzia è più ampio rispetto alla protezione accordata dall'art. 4, Protocollo 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), caratterizzata da una rilevanza meramente interna al singolo Stato firmatario. Mentre la CEDU richiede che la violazione si radichi all'interno della medesima giurisdizione (nel senso che i due procedimenti devono essere avviati o conclusi, avverso lo stesso soggetto, dallo stesso Stato), il *ne bis in idem* europeo vincola le istituzioni e gli organi euro-unitari, unitamente agli Stati membri e le relative articolazioni, anche con riferimento a interventi repressivi avviati o

¹⁶ Ad esempio, l'art. 54 CAAS fa riferimento ai “medesimi fatti”, mentre l'art. 50 CDFUE al medesimo “reato”.

¹⁷ Art. 51 CDFUE. In argomento, M. SZWARC, *Application of the Charter of Fundamental Rights in the Context of Sanctions Imposed by Member States for Infringements of EU Law: Comment on Fransson Case*, in *European Public Law*, n. 20(2)/2014, 229 ss.; E. SPAVENTA, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, Studio per il Parlamento europeo (PE 556.930), febbraio 2016.

¹⁸ Secondo le Conclusioni dell'Avv. gen Niilo Jääskinen del 2 maggio 2014 sul caso C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, § 39 e nt. 30, si intende per “«classico» il diritto penale repressivo, il quale esprime una severa condanna sociale o morale dell'atto in questione ed è qualificato come tale dal diritto applicabile”.

¹⁹ La volontà di circoscrivere all'ambito giudiziario la cooperazione funzionale alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia emerge chiaramente dagli artt. 3, § 2 TUE, 67 e 82-86 TFUE.

²⁰ Art. 6, § 1, II alinea TUE: “Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati”.

²¹ J.A. VERVAELE, *Ne bis in idem: Towards transnational constitutional principle in the EU*, in *Utrecht Law Review*, n. 9(4)/2013, 211 ss.

conclusi in diversi territori, nella misura in cui questi diano attuazione al diritto dell'Unione.

Ciò detto, atteso che i diritti codificati nella Carta devono essere interpretati in modo conforme ai corrispondenti diritti enucleati dalla Convenzione²², l'elaborazione della Corte di Strasburgo è stata centrale per la progressiva affermazione, anche nella casistica della Corte di giustizia, del *ne bis in idem* di diritto amministrativo.

Come noto, uno dei maggiori contributi forniti dalla Corte Edu alla costruzione del *ne bis in idem* europeo è quello dell'estensione della garanzia penalistica in parola anche alle sanzioni amministrative di natura "sostanzialmente penale". In disparte la configurazione formale fornita nel diritto interno alla misura sanzionatoria, in ossequio ai criteri *Engel* occorre condurre un'analisi *substance-based* di tipo multivettoriale, focalizzandosi su elementi quali la natura pubblicistica degli interessi tutelati, la severità della pena in cui la persona interessata rischia di incorrere e le finalità repressive e preventive che la stessa persegue²³. Nella propria elaborazione successiva la Corte di Strasburgo ha avuto modo di ulteriormente affinare e sviluppare tali criteri²⁴. Ad esempio, le ammende antitrust integrano pacificamente la nozione di "materia penale" rilevante in ambito convenzionale²⁵.

²² Art. 52, § 3 CDFUE.

²³ Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §§ 82-83.

²⁴ La Corte di Strasburgo ha elaborato dei sotto-criteri per individuare i confini del secondo e del terzo criterio, che rivestono particolare importanza essendo basati sul dato sostanziale e non su mere qualificazioni interne (*Jussila c. Finlandia*, Grande Camera, 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, § 38). Tra questi sotto-criteri rientrano: la destinazione della norma giuridica alla generalità dei consociati e non anche ad un gruppo specifico di soggetti (*Bendenoun c. Francia*, 24 febbraio 1994, ric. n. 12547/86, § 47); il fatto che l'azione debba essere esercitata da un'autorità pubblica in virtù di poteri legali di esecuzione (*Benham c. Regno Unito*, Grande Camera, 10 giugno 1996, ric. n. 7/1995/513/597, § 56); la funzione repressiva o dissuasiva della norma incriminatrice (*Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, § 53; *Bendenoun c. Francia*, cit., § 47); la soggezione della condanna al principio di colpevolezza (*Benham c. Regno Unito*, cit., § 56); la verifica della classificazione che procedimenti analoghi ricevono in altri Stati membri del Consiglio d'Europa (*Öztürk c. Germania*, cit., § 53). Il secondo ed il terzo criterio enunciati nella sentenza *Engel* sono alternativi, non cumulativi. Tuttavia, quando è dubbio che uno di questi sia pienamente soddisfatto, la Corte propende per un loro impiego cumulativo (si veda in proposito *Grande Stevens* e altri c. Italia, II Sez., 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, § 94). Pertanto, ai sensi della giurisprudenza della Corte Edu il criterio del *nomen iuris* rappresenta solo il primo, presuntivo (e non conclusivo) punto dell'indagine.

²⁵ Corte Edu, rapp. della Commissione del 30 maggio 1991, *S.A. Stenuit c. Francia*, ric. n. 11598/85, § 65; 3 dicembre 2002, *Lilly v. France* (dec.), ric. n. 53892/00; *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, ric. n. 43509/08, 27 settembre 2011; 23 ottobre 2018,

Viene in tal modo a realizzarsi quello statuto unitario della sanzione afflittiva che attenta dottrina auspicava, già sulla scorta di una lettura orientata delle norme costituzionali di riferimento, tempo addietro, ben prima che si affermassero con l'odierno vigore i principi di matrice sovranazionale²⁶.

L'operazione concettuale alla quale si assiste oggi con crescente vigore non origina dunque dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che, al netto di precedenti riconoscimenti impliciti²⁷, è giunta a riconoscere espressamente i criteri *Engel* solo in tempi relativamente recenti (e non senza resistenze e incertezze²⁸), sotto la spinta gentile di Strasburgo.

Una volta ricondotte le sanzioni amministrative in senso stretto

Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovenia, ric. n. 47072/15.

²⁶ Cfr., sulla scia delle coraggiose (ma rimaste a lungo isolate) pronunce della Corte costituzionale nn. 26 del 1966 e 78 del 1967, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 160; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983; E. CANNADA BARTOLI, *Illecito (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 126. Per uno studio organico e sistematico della materia, con un particolare focus sulla necessità di riconoscere le garanzie proprie del diritto penale anche al diritto punitivo amministrativo, M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983 e, prima, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981. La materia ha registrato una nuova ondata di interesse scientifico in tempi più recenti: tra i molti, cfr. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2/2014, 337 ss.; D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2022, 47 ss.

²⁷ Ad esempio, già nelle decisioni dell'8 luglio 1999 sui casi C-199/92 P, *Hüls c. Commissione* e C-235/92 P, *Montecatini c. Commissione*, la VI Sezione della Corte di giustizia ha riconosciuto l'applicabilità del principio penalistico della presunzione d'innocenza ai procedimenti antitrust (rispettivamente, ai §§ 150 e 176).

²⁸ La dottrina ritiene che, al netto dei riconoscimenti successivi (Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 35), i criteri *Engel* siano stati direttamente applicati dal Giudice di Lussemburgo per la prima volta in Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 giugno 2012, *Lukasz Marcin Bonda*, C-489/10, §§ 37 ss., su cui A. ANDREANGELI, *Ne bis in idem and Administrative Sanctions: Bonda*, in *Common Market Law Review*, n. 50(6)/2013, 1827 ss. Nondimeno, è dubbio se la versione lussemburghese della nozione di sanzione "sostanzialmente penale" aderisca perfettamente a quella elaborata a Strasburgo. Ad esempio, si parla di "accoglimento (con riserva)" dei criteri *Engel* in F. BAILO, *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di sanzione tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2019, 1225. Per un'analisi comparativa sul livello di scollamento tra Corti sovranazionali e corti nazionali, maggiormente inclini a seguire un approccio formalista, v. E. GROSSO, *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2019, 1003 ss.

al nucleo della “materia penale”, le garanzie penalistiche di matrice convenzionale vi si devono applicare: giusto procedimento/processo (art. 6, § 1); presunzione d’innocenza (art. 6, § 2); *nulla poena sine lege* (art. 7); *ne bis in idem* (Art. 4, Protocollo 7).

Donde l’affioramento di un *ne bis in idem* amministrativo di diritto europeo.

3. *Itinerario di andata (dal diritto amministrativo al diritto penale): l’emersione di un test unico per il ne bis in idem europeo*

Data l’origine convenzionale del *ne bis in idem* di diritto amministrativo, conviene prendere le mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo per poi volgere lo sguardo al *case-law* della Corte di giustizia. Pur a fronte di una tendenza di quest’ultima a rivisitare i principi enucleati dalla Corte Edu (c.d. *Charter-centrism*)²⁹, è possibile scorgere un parallelismo di massima nell’elaborazione giurisprudenziale delle due Corti. Esso si apprezza in modo particolare tra il 2016 e il 2018, quando all’arresto della Corte Edu nel caso *A & B c. Norvegia*³⁰ fa da eco la triade *Menci*³¹, *Garlsson*³² e *Di Puma-Zecca*³³, con l’elaborazione, ad opera della Corte di giustizia, di un nuovo test europeo, che giungerà a un assestamento, auspicabilmente definitivo, solo nel 2022, con le sentenze gemelle *bpost* e *Nordzucker*.

Atteso che con *A & B* e *Menci* le Corti sovranazionali hanno introdotto elementi di flessibilità affini alle logiche del diritto amministrativo, queste decisioni sono individuate come lo spartiacque che in qualche modo occasiona e favorisce la posizione dell’ipotesi di ricerca qui tratteggiata.

In quest’ottica, la ricognizione sintetica che segue traccia una linea di confine ideale tra il “vecchio ordine” del *ne bis in idem* europeo e il “nuovo corso” avviato dalle citate sentenze.

²⁹ M. VETZ, *The Past, Present and Future of the Ne Bis in Idem Dialogue Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma*, in *Review of European Administrative Law*, n. 11(2)/2018, 78-82.

³⁰ Corte Edu, Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, 15 novembre 2016, ricc. nn. 24130/11 and 29758/11.

³¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15.

³² Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson*, C-537/16.

³³ Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma – Zecca*, C-596/16 e C-597/16.

3.1 Il “vecchio ordine” del *ne bis in idem europeo*

La formulazione testuale dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU (same “*offence*”; stesso “*reato*”, nella traduzione italiana) ha generato alcune incertezze interpretative iniziali.

In *Gradinger c. Austria* la Corte Edu ha in un primo momento affermato che la condizione dell'*idem* è soddisfatta dall'identità delle condotte materiali perseguite o punite³⁴. Tuttavia, nella causa *Oliveira c. Svizzera* la Corte ha valorizzato la qualificazione giuridica della condotta, stabilendo che il Protocollo 7, articolo 4, non si applica “*nei casi di un singolo atto che costituisce diversi reati*”. Infatti, in tali circostanze “*un atto criminale costituisce due reati distinti*”³⁵. Una terza linea di ragionamento, più vicina a *Gradinger* ma ancora caratterizzata da elementi di valutazione formale, è stata seguita nel caso *Franz Fischer c. Austria*. In questo caso, la Corte ha ritenuto che due reati rientrino nell'ambito di applicazione del Protocollo 7, articolo 4, nella misura in cui condividono “*gli stessi elementi essenziali*”³⁶.

La Grande Camera è giunta a un criterio univoco nella causa *Sergey Zolotukhin c. Russia*. Il punto di partenza dell'analisi è che la Convenzione deve essere interpretata e applicata in modo da rendere i suoi diritti effettivi, non meramente virtuali, essendo un *living instrument* che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali³⁷. In quest'ottica, l'approccio formalistico che pone l'accento sulla qualificazione giuridica dei fatti è irragionevolmente restrittivo dei diritti dell'individuo. Pertanto, la Corte ha ritenuto che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso come un divieto di perseguire due illeciti sostanzialmente penali nella misura in cui essi derivino da fatti materiali identici o sostanzialmente identici. Più precisamente, si ha *idem* in presenza di “*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*

³⁴ 28 settembre 1995, ric. n. 15963/90, § 55.

³⁵ 30 luglio 1998, ric. no. 25711/94, § 26, sostanzialmente confermata in *Göktaş v. France*, 2 luglio 2002, ric. n. 33402/96 e nelle decisioni (di inammissibilità) 2 settembre 2004, *Bachmaier v. Austria*, ric. n. 77413/01 e 14 settembre 2004, *Rosenqvist v. Sweden*, ric. n. 60619/00.

³⁶ 29 maggio 2001, ric. n. 37950/97, § 25.

³⁷ G. LETSAS, *The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy*, in A. Føllesdal - B. Peters - G. Ulfstein (a cura di), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, 106 ss.

*order to secure a conviction or institute criminal proceedings*³⁸.

È interessante notare che, in questo caso, il processo di *cross-fertilisation* ha seguito una direzione opposta rispetto a quanto descritto con riferimento alla nozione di “materia penale”, nel senso che è stata la giurisprudenza di Strasburgo ad essere condizionata da quella di Lussemburgo, e non viceversa.

Invero, già prima della decisione pilota sul caso *Sergey Zolotukhin c. Russia* la Corte di giustizia aveva applicato l’art. 54 CAAS accogliendo una nozione materialistica del concetto di *idem*, da intendersi, in ossequio alla formulazione letterale della previsione (*same acts*), quale *idem factum*, e non come *idem crimen*. Essa ha in particolare statuito che “*l’unico criterio pertinente ai fini dell’applicazione dell’art. 54 della CAAS è quello dell’identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*”³⁹.

Tuttavia, la Corte di giustizia ha graduato l’intensità della garanzia di *ne bis in idem* in funzione della *policy area* volta per volta interessata, dando così vita a un mosaico frammentario di tutele, non esente da critiche.

In particolare, mentre nel corso degli anni la nozione materiale di *idem factum* è stata estesa, in forza dell’art. 50 CDFUE, anche al diritto amministrativo punitivo di matrice europea (ad esempio, in relazione a illeciti posti in essere in materia di politica agricola⁴⁰, imposta a valore aggiunto⁴¹ o di trasparenza dei mercati finanziari⁴²), nell’ambito del diritto antitrust ha a lungo prevalso un approccio a sé.

Come noto, in materia antitrust si è affermato un orientamento più stringente, che declinava la nozione di *idem* secondo il criterio dell’*idem crimen*. Segnatamente, si è a lungo affermato che l’applicazione del principio del *ne bis in idem* in ambito concorrenziale fosse “*soggetta ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell’interesse giuridico tutelato. Tale principio vieta quindi di sanzionare lo*

³⁸ Grande Camera, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03, §§ 78-84, confermata, tra le altre, dalle pronunce 27 novembre 2014, *Lucky Dev v. Sweden*, ric. no 7356/10, § 52 e Grande Camera, 8 luglio 2019, *Mihalache v. Romania*, ric. n. 54012/10, § 67.

³⁹ Corte di giustizia, Sez. II, 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, C-436/04, § 36. Nel caso di specie, l’interessato era stato condannato in Norvegia il 2 ottobre 2000 per importazione illegale di sostanze stupefacenti e, in Belgio, il 19 marzo 2003 per esportazione illegale dei medesimi prodotti. Successivamente, tra le molte, 28 settembre 2006, C-150/05, *van Straaten*, § 48; 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini*, § 48; 18 luglio 2007, C-367/05, *Kraaijenbrink*, § 26; 18 luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, §§ 29-34.

⁴⁰ *Bonda*, C-489/10 cit.

⁴¹ *Menci*, C-524/15 cit.

⁴² *Garlsson*, C-537/16 cit. e *Di Puma – Zecca*, C-596/16 e C-597/16 citt.

stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico”⁴³. Si tratta di una lettura che può apparire a prima vista singolare, considerato che, proprio con riferimento a questa materia, la Corte ha riconosciuto il principio del *ne bis in idem* per la prima volta (ancorché in una versione fortemente depotenziata), persino prima della ratifica della Convenzione di Schengen⁴⁴. A uno sguardo più attento, però, nella fase primigenia del processo d’integrazione europea vi erano ragioni che potevano supportare, almeno in parte, un simile approccio: nell’area Schengen, l’esigenza di creare un’area di libertà, sicurezza e giustizia imponeva agli Stati contraenti di riporre mutua fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia penale⁴⁵ e al contempo promuoveva la libertà di circolazione degli individui⁴⁶; nella seconda *policy area*, la mera preordinazione del diritto europeo della concorrenza “primitivo” a eliminare gli ostacoli alla creazione di un mercato interno⁴⁷ lasciava agli ordinamenti nazionali la facoltà di dettare discipline più severe (paradigmatico il caso del diritto tedesco)⁴⁸.

Nel corso del tempo, però, sono venute a modificarsi alcune importanti condizioni di contesto. Non è decisiva la circostanza che, all’indomani della modernizzazione del diritto della concorrenza, i sistemi nazionali di antitrust *enforcement* sono stati ravvicinati e armonizzati, con la creazione dell’*European Competition Network* (ECN)⁴⁹. E invero, a livello sostanziale

⁴³ Corte di giustizia, Sez. V, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland, C-204/00 P e a.*, § 338.

⁴⁴ Muovendo da esigenze di “*natural justice*”, si richiedeva alle autorità che sanzionassero o perseguissero, nei confronti del medesimo soggetto, la stessa condotta, la prima volta in forza del diritto europeo e la seconda in base al diritto nazionale (o viceversa), di giungere a un trattamento sanzionatorio complessivamente proporzionato (c.d. *accounting principle*): cfr. Corte di giustizia, 14 dicembre 1972, *C-7/72, Boehringer*. Successivamente, in termini, 13 febbraio 1992, *C-14/68, Walt Wilhelm et al. c Bundeskartellamt*, §§ 3 e 11.

⁴⁵ Corte di giustizia, 11 febbraio 2003, *C-187/01 e C-385/01, Gözütok e Brügge*, § 33.

⁴⁶ Corte di giustizia, Sez. V, 10 marzo 2005, *C-469/03, Miraglia*, § 32.

⁴⁷ V. Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950 (“*Contrariamente ad un cartello internazionale, che tende alla ripartizione e allo sfruttamento dei mercati nazionali mediante pratiche restrittive e il mantenimento di profitti elevati, l’organizzazione progettata assicurerà la fusione dei mercati e l’espansione della produzione*”), nonché Corte di giustizia, 15 luglio 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, *C-6/64* e 13 luglio 1966, *Consten e Grundig c. Commissione della CEE*, *C-56 e 58/64*.

⁴⁸ Per questa retrospettiva, M. LIBERTINI, *Cumulative Enforcement of European and National Competition Law and the Ne Bis In Idem Principle* in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, n. 12(20)/2019, 232 ss.

⁴⁹ Reg. (CE) n. 1/2003. Auspicavano un nuovo corso del *ne bis in idem* alla luce del suddetto regolamento G. ACCARDO - F. LOUIS, *Ne Bis in Idem, Part Bis*, in *World Competition*, n. 34/2011, 97 ss.

l'ECN ammette la contestuale applicazione del diritto europeo e nazionale della concorrenza (c.d. doppia barriera)⁵⁰, in tal modo fornendo terreno fertile per la sopravvivenza della tesi dell'interesse giuridico protetto. Dal punto di vista procedurale, poi, l'ECN rimette il coordinamento tra *enforcer* a strumenti di *soft law*, che non creano aspettative azionabili da parte dei singoli⁵¹. Nonostante i progressi recati dalla modernizzazione del diritto della concorrenza, la vera spinta al cambiamento era dunque legata al fatto che, nel 2009, è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che – come anticipato – attribuisce valore vincolante alla Carta.

Pur essendo maturi i tempi per un *revirement*, la Corte di giustizia ha ritenuto di dover confermare il proprio orientamento. Tanto proprio sul rilievo che il Regolamento 1/2003, avendo optato per l'applicazione parallela e contestuale degli artt. 101 e 102 TFUE e del pertinente diritto nazionale, avrebbe consentito di mantenere in vita la tesi della duplicità di interessi giuridici protetti⁵². In questa criticabile prospettiva *policy-oriented*, la conformazione della legislazione secondaria prevaleva, dunque, sul riconoscimento di un diritto fondamentale sancito in una fonte di rango superiore⁵³.

⁵⁰ Cfr., in particolare, art. 3, § 1 Reg. (CE) n. 1/2003. Sembra interessante notare che la proposta di regolamento formulata dalla Commissione aveva optato per il modello della barriera unica (art. 3 Proposta di regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato recante modifica dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87, COM/2000/0582 def.). In argomento, v. M. FILIPPELLI, *Il mito della doppia barriera nell'attuale assetto dell'“enforcement” antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, n. 6/2018, 512 ss.

⁵¹ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), in partic. § 4: “*Le consultazioni e gli scambi che avvengono nell'ambito della rete riguardano solo le autorità pubbliche incaricate di far rispettare il diritto antitrust e non pregiudicano i diritti o gli obblighi che spettano alle imprese ai sensi del diritto comunitario o nazionale*”.

⁵² Corte di giustizia, Grande Sezione, 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba*, §§ 81-83 e 97.

⁵³ Molte le voci critiche in dottrina: oltre a W.P.J. WILS, *The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, n. 26/2003, 143-144 (già prima della sentenza *Toshiba*, e anche sulla base di ragioni di analisi economica del diritto), cfr. G. DI FEDERICO, *EU Competition Law and the Principle of 'Ne Bis in Idem'*, in *European Public Law*, n. 17(2)/2011, 253; J.A.E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem* cit., 221-222; R. NAZZINI, *Parallel Proceedings in EU Competition Law: Ne Bis in Idem as a Limiting Principle*, in B. van Bockel (a cura di), *Ne Bis in Idem* cit., 150-151; G. LO SCHIAVO, *The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope restrictions*, in *European Constitutional Law Review*, n. 14(3)/2018, 654; R. TREMOLADA, *Sanzioni antitrust e ne bis in idem*, in *Diritto Industriale*, n. 1/2020, 5 ss.; G. LASAGNI, *La Corte di giustizia e la definizione di idem nel diritto della concorrenza: verso la creazione di una*

3.2. Il “nuovo corso” del *ne bis in idem* europeo

In qualche misura condizionata dalla forte azione di pressione degli Stati firmatari, desiderosi di riappropriarsi del proprio *ius puniendi*, prerogativa tipica della sovranità, nel caso *A & B v. Norvegia* la Grande Camera di Strasburgo, discostandosi da quanto in precedenza statuito nel caso *Grande Stevens c. Italia*⁵⁴, ha aperto le porte al doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) per lo stesso fatto avverso il medesimo soggetto⁵⁵.

Come noto, pur mantenendo una nozione materialistica di *idem*⁵⁶, nel *leading case* del 2016 la Corte di Strasburgo ha allentato quella di *bis*, ammettendo procedimenti multipli, purché idonei ad assicurare una “*connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo*” tra i due piani di intervento repressivo⁵⁷.

Non si tratta di un’endiadi, ma di due criteri cumulativi.

Ai fini del criterio della “*sufficiently close connection in substance*” occorre verificare, a titolo esemplificativo e non esaustivo: la complementarità degli interessi perseguiti (e degli aspetti di disvalore sociale colpiti) dalle normative in forza delle quali ha luogo il duplice intervento repressivo, con la precisazione che tale valutazione deve avvenire in concreto, non in astratto; se la duplicazione è una conseguenza prevedibile della singola condotta; se i due procedimenti/giudizi sono condotti in modo tale da evitare ogni possibile duplicazione istruttoria, attraverso adeguati meccanismi di raccordo tra le autorità competenti; se la sanzione eventualmente irrogata ad esito del primo procedimento/giudizio è presa in considerazione nella commisurazione della seconda pena, in modo da assicurare che il trattamento complessivo sia, se del caso, proporzionato⁵⁸.

Per quanto concerne il criterio della “*sufficiently close connection in time*” si richiede, invece, che il collegamento temporale sia tale da proteggere l’individuo dall’incertezza del ritardo e dal protrarsi delle indagini nel

nozione uniforme?, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 1/2020, 10/II ss.

⁵⁴ Corte Edu, Sez. II, 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10. In commento, G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* («*Materia penale*», giusto processo e *ne bis in idem* nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul *market abuse*), in *Rivista delle Società*, n. 5/2014, 953 ss. e M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11/2014, 1053 ss.

⁵⁵ Corte Edu, *A & B* cit.

⁵⁶ *Ib.*, § 141.

⁵⁷ *Ib.*, §§ 123-130.

⁵⁸ *Ib.*, § 132.

tempo. Quanto più debole è la connessione temporale, tanto maggiore è l'onere per lo Stato di giustificare eventuali ritardi nella conduzione del procedimento⁵⁹.

In disparte gli sforzi della Corte di ricondurre questo arresto alla propria casistica risalente, “è chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza *A e B contro Norvegia* ha impresso in ambito convenzionale al divieto di bis in idem”⁶⁰.

Proprio su queste (nuove) basi, ritenendo che il legislatore non abbia soddisfatto il criterio della “*close connection in substance and time*” elaborato dalla Corte Edu, di recente la Corte costituzionale, dopo alcune pronunce di inammissibilità⁶¹, ha per la volta accolto una questione di legittimità per violazione del principio convenzionale di *ne bis in idem*⁶².

Il controcanto della Corte di giustizia al “nuovo corso” del *ne bis in idem* ha seguito una traiettoria teorica diversa, ma è giunto ad approdi sostanzialmente simili negli effetti.

Nei già richiamati casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma-Zecca*⁶³ la Corte ha affrontato la tematica del doppio binario sanzionatorio, chiarendo che l'avvio o la prosecuzione di un procedimento (amministrativo o penale) dopo che è intervenuta una decisione definitiva per lo stesso fatto avverso il medesimo soggetto costituisce sempre, in linea di principio, una violazione del divieto di *bis in idem*. In ciò la posizione di Lussemburgo si differenzia da quella di Strasburgo, che – data anche l'impossibilità di derogare ai

⁵⁹ *Ib.*, § 134.

⁶⁰ Così, condivisibilmente, Corte cost., sentenza n. 43 del 2018.

⁶¹ In materia di doppio binario sanzionatorio per *market abuse*, v. ad es. Corte cost., sentenza n. 102 del 2016, su cui E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, in *Società*, n. 10/2016, 1125 ss.

⁶² Sentenza n. 149 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge. La Consulta ha in tale sede aggiunto che “*spetta [...] al legislatore rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedurali e sanzionatorie, nel quadro di un'auspicabile rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte*”.

⁶³ *Menci*, C-524/15 cit.; *Garlsson*, C-537/16, cit.; *Di Puma - Zecca*, C-596/16 e C-597/16 citt.

diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione⁶⁴ – interviene a monte del problema, escludendo l’integrazione della condizione del *bis* in presenza di alcuni presupposti (come visto, “*close connection in substance and time*” dei due procedimenti amministrativi o giudiziari).

Allo stesso tempo – e in ciò avvicinandosi alla Corte Edu – la Corte di giustizia ha ammesso che la Carta può tollerare delle compressioni, purché prevedibili, ragionevoli e proporzionate, dei diritti e delle libertà ivi riconosciuti. Il viatico argomentativo passa per la “*general limitation clause*” di cui all’art. 52, § 1 CDFUE⁶⁵, in virtù della quale “*eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”.

Su tali basi, la Corte di giustizia ha statuito che il *ne bis in idem* europeo non è di per sé ostativo a un doppio binario, nella misura in cui i) ciò sia previsto dalla legge e questa ii) rispetti il contenuto essenziale del diritto al *ne bis in idem*, iii) risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o, nell’ottica del bilanciamento, all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, iv) sia in linea con il principio di proporzionalità.

Spetta al giudice nazionale valutare, sulla scorta dei suddetti criteri, se il legislatore ha rispettato i criteri per derogare legittimamente al *ne bis in idem* europeo⁶⁶.

⁶⁴ Art. 15, § 2 CEDU.

⁶⁵ Così K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, n. 8/2012, 388. In argomento, v. anche S.A. DE VRIES, *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*, in *Utrecht Law Review*, n. 9(1)/2013, 169 ss.; M. BRKAN - S. IMAMOVIĆ, *Article 52: Twenty-Eight Shades of Interpretation?*, in M. Bobek - J. Adams-Prassl (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Londra, 2020, 421 ss.; O. SCARCELLO, *Preserving the ‘Essence’ of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter: A Sisyphean Task?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 16/2020, 647 ss.

⁶⁶ A valle della decisione *Menci* cfr. ad es., in materia IVA, la sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2019 e l’ordinanza n. 114 del 2020, entrambe di inammissibilità. Per quanto concerne la materia del *market abuse*, la mini-riforma attuata dal d. lgs. n. 107 del 2018 ha apportato delle modifiche all’art. 187-*terdecies* del T.U.F. Pur non essendo scabra da criticità, la soluzione legislativa appare in linea con la giurisprudenza sovranazionale, secondo la lettura di M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Società*, n. 5/2019, 533 ss.

L'introduzione di una simile clausola di flessibilità avrebbe potuto favorire un intervento, legislativo e/o giurisprudenziale, teso a estendere questi principi anche ai casi di *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo, di modo da superare l'(oramai ingiustificato) approccio differenziato al *ne bis in idem* in materia antitrust. È infatti, in forza della giurisprudenza *Menci* non vi era più necessità di negare l'applicazione del divieto di *bis in idem* a fronte di duplici repressioni del diritto antitrust, in quanto l'avvio di procedimenti paralleli sulla medesima infrazione anticoncorrenziale avrebbe potuto aver luogo, nel rinnovato contesto, in presenza di adeguati meccanismi, previsti per legge, di raccordo verticale (tra Commissione europea e autorità della concorrenza nazionali) o orizzontale (tra autorità nazionali)⁶⁷. Allo stato, il legislatore europeo non ha colto l'invito. Nel potenziare i poteri delle autorità nazionali competenti e il livello di integrazione amministrativa tra le stesse e la Commissione europea, la Direttiva ECN+⁶⁸ non ha infatti ritenuto di dover introdurre meccanismi tesi a prevenire, sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte, l'insorgenza di *bis in idem*.

Per altro profilo, l'applicabilità della giurisprudenza *Menci* al diritto antitrust non poteva neanche dirsi pacifica. Di là delle divise letture dottrinali⁶⁹ e dell'opinione (favorevole) espressa dall'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona⁷⁰, nel caso *Slovak Telekom* la Corte di giustizia ha in un

⁶⁷ Per di più, laddove si fosse ritenuto che due interventi antitrust condotti ai sensi della medesima disciplina sostanziale di riferimento (*i.e.* artt. 101 e 102 TFUE e corrispondenti norme nazionali) violano "il contenuto essenziale" del diritto sancito dall'art. 50 CDFUE, con conseguente impossibilità di applicare l'art. 52, § 1 CDFUE, il problema del *ne bis in idem* avrebbe comunque potuto essere eliminato in radice facendo leva sull'esistenza di una consolidata e ben roduta rete amministrativa. In particolare, il legislatore avrebbe potuto disciplinare forme procedurali integrate, con istruttorie portate contestualmente avanti da più autorità che agiscono in stretto coordinamento tra loro e giungono a una decisione finale nello stesso momento. Ad esempio, ciò è avvenuto in via di prassi nell'istruttoria svedese, francese e italiana avviata nel 2014 contro *Booking.com* e conclusa nel 2015 con decisioni coeve di accettazione degli impegni. In tal modo, infatti, non si registra un *bis in idem* in senso tecnico, in quanto il procedimento, ancorché formalmente plurale, è nella sostanza unitario, venendo segmentato per mere esigenze organizzative.

⁶⁸ Direttiva 2019/1/UE.

⁶⁹ A favore dell'estensione dei principi *Menci* al diritto antitrust, v. M. LUCHTMAN, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem* cit., 1746-1749 e M. VEENBRINK, *Bringing Back Unity: Modernizing the Application of the Non Bis in Idem Principle*, in *World Competition*, n. 42/2019, 67 ss. In senso contrario, P. ROSSI, V. SANSONETTI, *Untangling the inextricable: The notion of "same offence" in EU competition law*, in *Competition Law Review*, n. 3/2020, 59 ss.

⁷⁰ Conclusioni rese il 12 settembre 2017 nei casi *Menci*, C-524/15, *Garlsson*, C-537/16 e *Di Puma - Zecca*, C-596/16 e C-597/16, § 103.

primo momento optato per la risposta negativa al quesito, confermando, limitatamente al diritto della concorrenza, il test tripartito sull'*idem* (identità di persona, condotta e interesse)⁷¹.

3.3 (Segue). *L'ultimo capitolo del ne bis in idem europeo: i casi bpost e Nordzucker*

La decisione sul caso *Slovak* è passata quasi sotto traccia, dando l'impressione di esser resa senza un'adeguata riflessione critica alle spalle⁷².

Non c'è voluto molto perché, con una coppia di rinvii pregiudiziali, la questione fosse sottoposta nuovamente all'attenzione della Grande Sezione.

Interessante notare, ai fini della presente indagine, che trattasi di due ipotesi di *ne bis in idem* europeo di puro diritto amministrativo.

Nel primo caso (*bpost*) l'autorità postale belga aveva irrogato una sanzione contro l'impresa incaricata del pubblico servizio, con decisione in seguito annullata con sentenza definitiva. La medesima condotta veniva quindi sanzionata anche dall'autorità antitrust del medesimo Stato (che tuttavia teneva conto dell'intervento del Regolatore ai fini della quantificazione dell'ammenda).

Il secondo caso concerneva invece un'intesa restrittiva della concorrenza indagata, a seguito di domanda di clemenza, sia dall'autorità nazionale austriaca che da quella tedesca, in entrambi i casi per violazione dell'art. 101 TFUE in combinazione con le norme nazionali di riferimento.

Sull'assunto che, ad oggi, non sussistono valide ragioni per graduare l'intensità della garanzia fondamentale del *ne bis in idem* a seconda della *policy area* interessata, nelle sue conclusioni l'Avv. gen. Bobek ha proposto di adottare un test unico, assumendo tuttavia come *benchmark* il criterio tripartito elaborato in materia antitrust, che, superando definitivamente la giurisprudenza *Menci*, sarebbe dunque dovuto diventare il parametro

⁷¹ Corte di giustizia, Sez. VIII, 25 febbraio 2021, C-857/19, § 43, su cui v. P. WHELAN, *Applying Ne Bis in Idem to Commission Proceedings Implicating Article 11(6) of Regulation 1/2003: Case C-857/19 Slovak Telekom*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 12/2020, 746 ss..

⁷² Dalle citate conclusioni dell'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona nei casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma-Zecca* si evince che, nell'ambito di quel giudizio, in udienza la Commissione europea ha espressamente richiesto alla Corte "di non modificare nella presente causa la sua giurisprudenza citata nella nota precedente, in attesa di altri casi più pertinenti in cui esaminare tale questione" (nt. 86). Tuttavia, il caso *Slovak* è stato deciso con una procedura scritta, senza fase orale e intervento di un *amicus curiae*.

interpretativo esclusivo dell'art. 50 CDFUE⁷³.

Condividendo l'assunto di partenza dell'Avvocato generale, se ne sono tratte conclusioni opposte, proponendo di elevare la giurisprudenza *Menci* a test unico per il *ne bis in idem* europeo, finalmente accantonando, invece, la versione alternativa sviluppatasi in materia antitrust⁷⁴.

La Grande Sezione ha seguito questa seconda strada.

In via preliminare, la Corte è finalmente giunta ad ammettere che “*la portata della tutela conferita [dall'art. 50 CDFUE] non può, salvo disposizione contraria del diritto dell'Unione, variare da un settore di quest'ultimo a un altro*”. Una volta compiuta questa fondamentale operazione di *reductio ad unum*, la Corte non ha avuto motivo di abbandonare il criterio “*dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato*”, che, di qui in avanti, dovrà dunque trovare applicazione anche nei casi in cui viene in rilievo il diritto della concorrenza (da solo o in combinazione con regolazioni settoriali di matrice europea)⁷⁵.

Coerentemente con la giurisprudenza *Menci*, la Corte ha tuttavia ricordato che la regola può conoscere eccezioni, se sono rispettati i presupposti fissati dall'articolo 52, § 1 CDFUE.

Come visto, in forza di tale previsione eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà, essere necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui), nonché rispettare il principio di proporzionalità⁷⁶.

In tale contesto, richiamando *A e B* la Corte ha legato il superamento del test di proporzionalità in senso stretto⁷⁷ al fatto che il cumulo di interventi sia “*strettamente necessario, tenendo conto [...] dell'esistenza di un*

⁷³ Conclusioni del 2 settembre 2021 rese nei casi C-117/20, *bPost*, § 133 e C-151/20, *Nordzucker*, § 39.

⁷⁴ M. CAPPAL, G. COLANGELO, *A Unified Test for the European Ne Bis in Idem Principle: The Case Study of Digital Markets Regulation*, SSRN working paper (27 ottobre 2021), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3951088.

⁷⁵ *bpost*, C-117/20 cit., §§ 33-35 e *Nordzucker*, C-151/20 cit., §§ 38-40.

⁷⁶ *bpost* cit., § 41; *Nordzucker* cit., § 50.

⁷⁷ Come noto, il test tripartito elaborato dalla Corte di giustizia valuta se la misura in questione sia: i) idonea a raggiungere lo scopo, ii) necessaria per raggiungere l'obiettivo e se costituisca iii) il mezzo meno restrittivo disponibile per raggiungere tale obiettivo (proporzionalità in senso stretto).

*nesso temporale e materiale sufficientemente stretto tra i due procedimenti di cui trattasi*⁷⁸.

4. *Una convergenza che non lascia del tutto appagati: le ragioni (e i timori) della comunità penalistica e di quella amministrativistica*

Lo sforzo convergente delle Corti sovranazionali ha favorito l'emersione di una cultura "minima" della sanzione punitiva, che oggi assume portata di principio generale del diritto europeo. Nessun dubbio che questa opera di ravvicinamento abbia prodotto vantaggi tangibili per la tutela dell'individuo, indefettibili in un ordinamento sempre più policentrico, multilivello e globalizzato.

Nondimeno, il fenomeno reca con sé anche un rischio: che nel processo di ibridazione reciproca tra diritto penale e diritto amministrativo entrambe le discipline possano veder affievoliti alcuni dei propri connotati tipici.

E così, non è isolata, nella prospettiva penalistica, la notazione che, a partire dal *leading case A & B*, la Corte di Strasburgo abbia aperto una breccia nel sistema di tutele faticosamente costruito negli anni. In particolare, nella propria *dissenting opinion* il Giudice Pinto ha osservato che – di là degli sforzi argomentativi⁷⁹ – *A & B* rappresenti un *camouflaged overruling* che pone nel nulla, in buona sostanza, la nozione materialistica di *idem factum* precedentemente elaborata, per le situazioni di doppio binario sanzionatorio, in *Grande Stevens*. E infatti, nell'attribuire rilevanza, attraverso la nozione di "complementarità" propria del test della "*connessione sufficientemente stretta nella sostanza*", ai criteri dell'interesse giuridico tutelato⁸⁰ e degli elementi costitutivi della fattispecie illecita⁸¹, la Corte di Strasburgo avrebbe di fatto introdotto nella *bis condition* concetti arbitrari che erano stati faticosamente espunti dalla *idem condition*⁸². Più in generale, le ragioni critiche dei penalisti – abituati a confrontarsi con un principio di legalità stretta – si appuntano sul carattere eccessivamente indefinito, e come

⁷⁸ *bpost cit.*, § 53.

⁷⁹ Cfr. ad. es. il § 123, in cui la Corte si preoccupa – non senza forzature – di ricavare la soluzione interpretativa dai propri precedenti.

⁸⁰ *Ib.*, § 132.

⁸¹ *Ib.*, 144.

⁸² Opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, § 56. In senso adesivo, S. MIRANDOLA, G. LASAGNI, *The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law*, in *Eu crim*, n. 2/2019, 126 ss.

tale non certo e prevedibile, delle condizioni che rendono due interventi repressivi “*sufficiently close in substance and time*”. Proprio in quest’ottica, l’Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, nelle conclusioni rassegnate nei casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma-Zecca*, aveva invitato la Corte a non porsi in scia di *A & B*⁸³. E quando tale allineamento si è verificato – sia pure, s’è visto, attraverso una diversa traiettoria concettuale – la complessiva vicenda è stata etichettata come esempio di *negative cross-fertilisation* tra Corti⁸⁴. In effetti, ancorché la definizione di un test unitario per il *ne bis idem* europeo meriti di esser salutato con favore, sarebbe illusorio (ed errato) ritenere che *bpost* e *Nordzucker* chiudano definitivamente il cerchio, sapendo per sempre problematiche e dubbi interpretativi concernenti l’istituto. Invero, sussiste il rischio che, a fronte di atteggiamenti giurisprudenziali eccessivamente laschi in merito alle condizioni che legittimano la deroga al principio (art. 52, § 1 CDFUE), l’eccezione al diritto di *ne bis in idem* divenga regola, di modo da vanificare, a livello pratico, l’apprezzabile sforzo teorico compiuto dalla Grande Sezione⁸⁵. Le Corti superiori nazionali possono dare un contributo in questo senso, gettando le fondamenta per un edificio di tutele auspicabilmente più stabile e solido, come la recente decisione della Consulta sul caso *P.O.* sta a dimostrare⁸⁶.

⁸³ Conclusioni rese il 12 settembre 2017 dall’Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona nelle Cause C-524/15, C-537/16, C-596/16 e C-597/16, § 73: “*introdurre nel diritto dell’Unione un criterio di interpretazione dell’articolo 50 della Carta fondato sul maggiore o minore nesso materiale e temporale tra alcuni procedimenti (quelli penali) e altri (quelli amministrativi sanzionatori) aggiungerebbe notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti. I diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti e il loro esercizio richiede una prevedibilità e una certezza che, a mio parere, non sono compatibili con un simile criterio*”.

⁸⁴ P. PINTO DE ALBUQUERQUE - H.S. LIM, *The Cross-fertilisation between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: Reframing the Discussion on Brexit*, in *European Human Rights Law Review*, n. 6/2018, 571 ss. In senso critico, v. anche S. STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6/2018, 748 ss. Esprime preoccupazione per il differente standard adottato dalle Corti sovranazionali A. TURMO, *Ne bis in idem in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism*, in *European Papers*, n. 5(3)/2020, 1341 ss.

⁸⁵ V. già M. CAPPAL, G. COLANGELO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in *Giustiziainsieme*, 13 aprile 2022.

⁸⁶ Corte cost., n. 149/2022 cit., § 5.2.3 in diritto, in cui si rinviene, per la prima volta, una rigorosa applicazione pratica del criterio di “*sufficiently close connection in substance and time*” elaborato dalla Corte Edu: “*non c’è dubbio che il sistema normativo congegnato dalla legge n. 633 del 1941 consenta al destinatario dei suoi precetti di prevedere la possibilità di essere soggetto a due procedimenti distinti, e conseguentemente a due distinte classi di sanzioni. Tuttavia, non può ritenersi che i due procedimenti perseguano scopi complementari, o*

In altri termini, più che l'annichilimento dell'istituto del *ne bis in idem*, si registra uno spostamento progressivo dello stesso verso il principio di proporzionalità⁸⁷. Spostamento in qualche modo favorito dall'inclusività dell'odierno diritto punitivo europeo, definitivamente (e oramai univocamente) aperto alle sanzioni amministrative in senso stretto. Il problema, dunque, si sposta sul modo in cui viene governato, in concreto, il principio di proporzionalità.

E qui vengono le ragioni (e i timori) degli amministrativisti.

Infatti, se per un verso la comunità penalistica vede nel descritto processo di convergenza il rischio di aperture verso paradigmi ermeneutici eccessivamente flessibili, indeterminati e dunque, in ultimo, incerti, per altro verso la comunità amministrativistica osserva con interesse la contaminazione della propria disciplina con le regole processual-penalistiche, salvo poi riscontrare, a posteriori, che esse vengono sovente declinate, rispetto alle sanzioni irrogate dalla p.A., in modo più blando e minimale.

Alcuni esempi potranno giovare.

Il primo equivoco discende direttamente dalla giurisprudenza della Corte Edu, laddove essa ha tratteggiato, non senza critiche⁸⁸, la distinzione tra "*hard core criminal law*" e "*minor offences*", per trarne la conclusione

concernano diversi aspetti del comportamento illecito. [...] I due procedimenti originano dalla medesima condotta, ma seguono poi percorsi autonomi, che non si intersecano né si coordinano reciprocamente in alcun modo, creando così inevitabilmente le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al ne bis in idem".

⁸⁷ V. ad es. G. AGRIFOGLIO, *Autonomia ordinamentale e pluralismo giuridico: il divieto ne bis in idem, tra Engel criteria e principio di proporzionalità*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 2/2019, 455 ss.: "Ma si può realmente parlare di 'un'eclissi' del principio in esame? O si deve piuttosto constatare come esso venga di volta in volta adattato al caso concreto, sulla base del concetto, dai contorni sfumati, di proporzionalità della sanzione; proporzionalità che viene di volta in volta adeguata alla gravità dei singoli illeciti ed il cui giudizio viene in ultima analisi delegato ai giudici nazionali? L'analisi della recente giurisprudenza sembra rispondere nel secondo senso".

⁸⁸ Cfr. la (parziale) *dissenting opinion* del Giudice Loucaides, cui hanno aderito i Giudici Zupančič e Spielmann, in *Jussilia* ("I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the 'hard core of criminal law' and others which fall outside that category. Where does one draw the line?") e la *dissenting opinion* del Giudice Pinto in *Menarini* ("L'acceptation d'un 'pseudo-droit pénal' ou d'un 'droit pénal à deux vitesses', où l'administration exerce sur les administrés un pouvoir de punition, imposant parfois des sanctions pécuniaires extrêmement sévères, sans que s'appliquent les garanties classiques du droit et de la procédure pénale, aurait deux conséquences inévitables: l'usurpation par les autorités administratives de la prérogative juridictionnelle du pouvoir de punir et la capitulation des libertés individuelles devant une administration publique toute-puissante").

che le “*criminal-head guarantees*”, e in particolare il “*right to be heard*”, potesse esser declinato in modo meno rigoroso nel secondo caso⁸⁹. Da cui alcune esternalità negative: la Corte di giustizia, che già di per sé fatica a riconoscere senza riserve la natura “sostanzialmente penale” delle sanzioni amministrative⁹⁰ (talvolta in ciò confortata dal diritto secondario, come in ambito antitrust⁹¹); e, quando lo ha fatto, ha spesso mostrato di intendere che trattasi, in ogni caso, di “*minor offences*”⁹². Questo retropensiero, come evidente, ha un effetto a cascata sul riconoscimento (e sulla successiva

⁸⁹ Corte Edu, *Jussilia* cit., § 43: “*Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency*”.

⁹⁰ Non sono isolate le voci dottrinali che ravvisano un approccio per differenza della Corte di giustizia rispetto alla nozione convenzionale di “pena”; da cui, a cascata, una declinazione a macchia di leopardo ed “erratic” delle garanzie annesse a questo status: P. CAEIRO, *The influence of the EU on the ‘blurring’ between administrative and criminal law*, in F. Galli, A. Weyembergh (a cura di), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, 2014, 178 ss.; A. WEYEMBERGH - N. JONCHERAY, *Punitive administrative sanctions and procedural safeguards. A Blurred Picture that Needs to be Addressed*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 7(2)/2016, 190 ss.

⁹¹ Il Reg. 1/2003, confermando sul punto il Reg. (CE) n. 17/1962 (art. 15, § 4) e il Reg. (CE) n. 4056/1986 (art. 19, § 4), prevede che “*le decisioni adottate a norma [del diritto europeo della concorrenza] non hanno carattere penale*” (art. 23, § 5). Al contempo, la stessa Corte di giustizia ha dovuto riconoscere, almeno implicitamente, che le ammende antitrust hanno natura quasi-penale. Questa tensione è essenzialmente dovuta a ragioni di *policy*, come reso esplicito in Corte di giustizia, Sez. VI, 18 settembre 2003, C-338/00 P, *Volkswagen c. Commissione*, § 97 (“*se la tesi della ricorrente venisse accolta, l’efficacia del diritto comunitario della concorrenza verrebbe seriamente pregiudicata*”), richiamata sul punto da Tribunale UE, 1° luglio 2008, T-276/04, *Compagnie maritimes belge c. Commissione*, § 66. In argomento, A. BAILLEUX, *The Fiftieth shade of Grey. Competition Law, ‘criministrative law’ and Fairly fair*, in F. Galli, A. Weyembergh (a cura di), *Do labels still matter? cit.*, 137 ss. Secondo l’Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer, “*l’insieme delle garanzie sviluppate nell’ambito del diritto penale, che ha per protagonisti lo Stato sanzionatore, da un lato, e il presunto autore dell’infrazione, dall’altro, non si traspone in blocco nella sfera del diritto della concorrenza. Dette garanzie mirano, infatti, a compensare uno squilibrio di potere. In materia di libera concorrenza, questi parametri risultano alterati, in quanto si mira a proteggere la collettività dei singoli soggetti che costituiscono la società, composta da gruppi di consumatori, contro grandi imprese che dispongono di risorse considerevoli. Riconoscere a tali trasgressori le stesse garanzie procedurali accordate al singolo più vulnerabile, oltre ad essere una crudele ironia, significherebbe in ultima analisi ridurre la protezione, in questo caso economica, del singolo, che è la vittima principale dei comportamenti anticoncorrenziali*” (Conclusioni del 17 ottobre 2002 in C-338/00 P cit., § 66).

⁹² In relazione al diritto della concorrenza, v. ad esempio le Conclusioni rese dall’Avv. gen. Sharpston il 10 febbraio 2011 nella causa C-272/09 P, *KME Germany e.a. c. Commissione*, §§ 64 e 67, nonché W.P.J. WILS, *EU antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: The interplay between EU law, national law, the Charter of fundamental rights of the EU and the European Convention on human rights*, in *Competition Law Review*, n. 2/2011, 49-50, §§ 58-59.

gradazione) delle garanzie penalistiche. Per la proprietà transitiva, lo stesso è lecito attendersi in relazione all'interpretazione delle condizioni che legittimano, ai sensi dell'art. 52, § 1 CDFUE, la deroga al *ne bis in idem*. Interpretazione che, per l'appunto, rischia di essere meno rigorosa nei confronti delle sanzioni amministrative.

Un secondo aspetto potenzialmente frenante rispetto all'affermazione di uno statuto (realmente) unitario della sanzione afflittiva è la perdurante diversità di trattamento, in qualche modo connaturata al diritto penale (*societas delinquere non potest*), tra persone fisiche e persone giuridiche⁹³. Nella prospettiva del diritto amministrativo, tuttavia, la disparità di trattamento tra persona fisica e persona giuridica non trova pari giustificazione. La distinzione assume rilievo ai fini della concreta gradazione del *ne bis in idem* amministrativo, in quanto, anche all'interno delle sanzioni amministrative punitive, si registra la tendenza giurisprudenziale a proteggere più intensamente il singolo individuo rispetto alla persona giuridica. Paradigmatica, in questo senso, la discussione sviluppata intorno al diritto al silenzio (*nemo tenetur se detegere*)⁹⁴.

⁹³ Può qui richiamarsi il dibattito sorto nell'ordinamento interno sulla natura giuridica della responsabilità (penale, amministrativa o *tertium genus*) degli enti ai sensi del d. lgs. n. 231/2001. Per una trattazione generale sulla diversa gradazione dei diritti fondamentali per individui e società, M. EMBERLAND, *The human rights of companies*, Oxford, 2005, 128-130; in materia antitrust, v. A. ANDREANGELI, *EU Competition enforcement and Human Rights*, Cheltenham, 2008, 20-21.

⁹⁴ Con sentenza n. 84 del 2021, la Corte costituzionale ritenuto “*incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare una persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero – a fortiori – nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale*”. Per l'effetto, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 24, 117, comma 1 Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, § 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché agli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 47 CDFUE, l'art. 187-*quinquiesdecies* del T.U.F., nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), della legge n. 62 del 2005, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. Ebbene, è interessante notare che in materia antitrust, in cui i procedimenti tipicamente interessano persone giuridiche, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'obbligo di cooperazione scaturente dalle richieste di informazioni della Commissione non violassero il diritto al silenzio (29 giugno 2006, *Commissione/SGL Carbon*, C-301/04 P, § 48), nella misura in cui esse si concentrino su aspetti di fatto, e non

Per altro profilo, il diritto amministrativo europeo tende a confrontarsi con fatti economici complessi, spesso con attitudine a produrre effetti *cross-borders*. Le fattispecie di illecito derivanti dalla sua inosservanza sottendono dunque valutazioni tecnico-discrezionali complesse e assumono, sovente, portata ultra nazionale.

Questo assetto favorisce l'emersione di due ulteriori tratti differenziali con la sanzione penale in senso stretto.

In primo luogo, il dichiarato riconoscimento del principio della presunzione di innocenza anche in riferimento alle sanzioni amministrative afflittive⁹⁵ si scontra, nella realtà dei fatti, con i limiti incontrati dall'autorità giudiziaria nel sindacare decisioni espressive di discrezionalità tecnica, ben distanti dallo *standard* penalistico dell'"oltre ogni ragionevole dubbio".

In secondo luogo, e tornando specificamente sul principio di *ne bis in idem*, può constatarsi una certa ritrosia ad applicare alle sanzioni amministrative il criterio, materiale, dell'*idem factum*. In proposito, è interessante notare che la Corte di giustizia, sia in *Aalborg Portland*⁹⁶ che in *Toshiba*⁹⁷ che in *Slovak*⁹⁸, pur avendo elaborato il test tripartito dell'*idem condition*, attribuendo rilevanza all'interesse giuridico protetto, in concreto non lo ha dovuto applicare, in quanto le vicende conosciute concernevano sempre fatti che, a giudizio della stessa Corte, erano simili ma non identici, sicché la prima sotto-condizione ("*identità dei fatti*") non poteva dirsi soddisfatta⁹⁹.

si traducano in quesiti volti a indurre il soggetto ad ammettere la propria responsabilità (18 ottobre 1989, *Orkem/Commissione*, C-374/87, § 35). Con sentenza del 2 febbraio 2022 sul caso C-481/19, *DB c. Consob*, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha confermato la lettura della Corte costituzionale, ribadendo il diritto al silenzio dell'imputato/incolpato persona fisica rispetto a qualsiasi risposta che potrebbe "*far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale*" (§ 45). In tale sede, la Grande Sezione ha sottolineato che tale principio di diritto non si porrebbe in contraddizione con la giurisprudenza affermatasi in materia antitrust. E ciò, si noti, anche (e soprattutto) perché "*la giurisprudenza [sviluppatasi in tale diverso ambito] riguarda procedimenti suscettibili di portare all'infrazione di sanzioni ad imprese e ad associazioni di imprese. Essa non può applicarsi per analogia quando si tratta di stabilire la portata del diritto al silenzio di persone fisiche*" (§ 48).

⁹⁵ V. ad es. Tribunale UE, Sez. II, 8 luglio 2004, T-67/00, *JFE c. Commissione*, § 178.

⁹⁶ C-204/00 P cit., § 340.

⁹⁷ C-17/10 cit., §§ 98-99.

⁹⁸ C-857/19 cit., § 45.

⁹⁹ Per una critica a questo approccio "formalista" all'interpretazione del concetto di "*same acts*", v. G. MONTI, *Managing decentralized antitrust enforcement: Toshiba*, in *Common Market Law Review*, n. 51/2014, 272, nonché R. NAZZINI, *Parallel Proceedings in EU Competition Law: Ne Bis in Idem as a Limiting Principle*, in B. VAN BOCKEL (a cura di), *The 'European' Ne Bis in Idem Principle* cit., 146-147.

In questo contesto, l'individuazione della condotta interessata viene agganciata ad aspetti, come la definizione del mercato rilevante, che per un verso appartengono più alla fattispecie giuridica che al mondo fenomenico; per altro verso (e in via consequenziale) si prestano a letture e configurazioni più o meno discrezionali (se non artificiali, come il caso *Amazon buy-box* sta eloquentemente a indicare)¹⁰⁰. È bene evidenziare che le decisioni gemelle sui casi *bpost* e *Nordzucker* non consentono di abbandonare questo approccio¹⁰¹. Non si tratta di questione di poco conto: quando, come nei precedenti citati, non risulti soddisfatta la condizione dell'*idem factum*, la prospettiva processual-penalistica prevede l'inapplicabilità della garanzia di cui all'art. 50 CDFUE. Con la conseguenza, allora inevitabile, che nessuna indagine circa la proporzionalità complessiva dei due interventi repressivi, per quanto in parte sovrapponibili, dovrà aver luogo ai sensi dell'art. 52, § 1 CDFUE.

Ancora, nel diritto processual-penalistico il fatto che vengano avviati e portati avanti procedimenti o processi paralleli non è di per sé lesivo del *ne bis in idem*, a patto che il secondo procedimento o processo venga arrestato (*discontinued*)¹⁰² non appena il primo giunga a un esito definitivo¹⁰³. La definitività della decisione amministrativa, però, non si ha con l'adozione

¹⁰⁰ Con provv. n. 27623 del 10 aprile 2019 l'AGCM ha avviato l'istruttoria A528 - *FBA AMAZON*, volta a contestare un abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE, in seguito conclusa con provv. n. 29925 del 30 novembre 2021. Il 10 novembre 2020 la Commissione europea ha adottato la decisione C(2020) 7692 final, relativa all'avvio del procedimento ex art. 102 TFUE nel caso AT.40703 *Amazon – Buy Box*. Sulla base delle informazioni rilasciate dalla Commissione, le condotte alla base delle due istruttorie sono sostanzialmente le medesime. Tuttavia, anziché adottare il suo potere di avocazione di cui all'art. 11, § 6 Reg. (CE) n. 1/2003 (c.d. *power to relieve*), la Commissione ha affermato che la propria indagine avrebbe riguardato tutto lo Spazio economico europeo, fatta eccezione per l'Italia. Nel dichiarare inammissibile il ricorso in annullamento presentato da Amazon avverso l'atto di avvio della Commissione europea, il Tribunale UE ha affermato che i meccanismi, secondari e di regolazione flessibile, che regolano la *case-allocation* tra autorità partecipanti all'ECN non impegnano queste ultime nei confronti del cittadino: Sez. I, ord. n. 14 ottobre 2021, *Amazon. com e al. c. Commissione*, T-19/21, § 48 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁰¹ V. in particolare *Nordzucker* cit., § 41: “Per quanto riguarda il criterio relativo all'identità dei fatti, la questione se talune imprese abbiano adottato un comportamento avente per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza non può essere valutata in maniera astratta, ma va esaminata facendo riferimento al territorio e al mercato di prodotti sui quali il comportamento di cui trattasi ha avuto tale oggetto e tale effetto, nonché al periodo durante il quale il comportamento in questione ha avuto tale oggetto e tale effetto”.

¹⁰² Corte Edu, 3 ottobre 2002, *Zigarella c. Italia*, ric. n. 48154/99.

¹⁰³ Affinché possa ravvisarsi definitività si richiede che la decisione, sia essa amministrativa o giurisdizionale, contenga una “*valutazione nel merito*” dei fatti conosciuti (*Miraglia*, C-469/03 cit., § 35).

del provvedimento finale, bensì con l'inoppugnabilità dello stesso o con la formazione di un giudicato sull'eventuale giudizio di impugnazione¹⁰⁴. Fino a che non si verifichi un simile evento, si ricade in una situazione ininfluenza ai fini del *ne bis in idem* (c.d. *litis pendens*), per difetto dell'ultimo elemento costitutivo della fattispecie (*res judicata condition*). Così, concluso un lungo e dispendioso procedimento sanzionatorio da parte di un'autorità nazionale, un'Amministrazione di un altro Stato potrebbe, nelle more del relativo giudizio di impugnazione, avviare un'indagine sui medesimi fatti, magari rinnovando integralmente gli accertamenti ispettivi all'uopo necessari e formulando nuove e ulteriori richieste di informazioni, senza minimamente raccordarsi con la p.A. intervenuta per prima. A distanza di anni, la prima decisione potrebbe divenire "definitiva" e, solo in quel momento, la seconda istruttoria (o il giudizio di impugnazione dalla questa eventualmente originato) potrebbe arrestarsi, con un non luogo a procedere/provvedere o con l'annullamento del provvedimento *medio tempore* reso, in entrambi i casi per la sopravvenuta formazione di un *bis in idem*. Il rimedio, tuttavia, non sarebbe integralmente soddisfacente per la parte privata, in quanto non cancellerebbe il fatto di esser stata sottoposta, in questo significativo interregno temporale, a una pressione istruttoria sproporzionata. In questo contesto potrebbe altresì accadere che, nell'ambito di una rete amministrativa europea, un'autorità nazionale provveda ad avviare delle verifiche pre-istruttorie nei confronti di un soggetto, al fine di verificare se sussistono gli estremi per dare impulso a un procedimento sanzionatorio. L'attività pre-istruttoria potrebbe diffondersi per mesi e prodursi in richieste di informazioni, anche plurime, senza nondimeno sfociare nell'avvio formale di un'istruttoria. Potrebbe radicalmente mancare un provvedimento espresso che formalizzi il non luogo a procedere e che ne illustri le ragioni. Se presente, questo potrebbe essere molto stringato. Agli effetti del *ne bis in idem*, dunque, potrebbe difettare un atto idoneo ad assurgere allo *status* di *final decision*. Il che consentirebbe all'autorità nazionale di un altro Stato, venuta a conoscenza del fatto nell'ambito del *network* amministrativo, di disporre ulteriori accertamenti, nei confronti del medesimo soggetto, per gli stessi fatti, anche a distanza di un apprezzabile lasso di tempo, se del caso pure rinnovando buona parte delle attività istruttorie svolte dalla prima Autorità¹⁰⁵. Posto che, in un simile caso, il

¹⁰⁴ V. ad esempio, in materia antitrust, *Slovak Telekom*, C-857/19 cit., § 41 ("[Il principio del *ne bis in idem*] vieta [...] 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").

¹⁰⁵ Nell'ambito di due giudizi di opposizione a un provvedimento della Consob in materia

ne bis in idem non troverebbe applicazione, le due p.A. non sarebbero chiamate a dimostrare di aver agito in stretta connessione sostanziale e temporale, onde minimizzare l'ingerenza del pubblico potere nella sfera della parte privata.

5. *Appunti per un itinerario di ritorno (dal diritto penale al diritto amministrativo): la buona amministrazione, prima del ne bis in idem amministrativo*

La breve rassegna che precede tenta di porre in risalto un aspetto: la reciproca contaminazione tra l'ambito penale e quello amministrativo, certamente felice nel suo complesso, presenta maglie larghe, dando così luogo a potenziali *deficit* (o persino eccessi¹⁰⁶) di tutela.

di *insider trading* (delibera n. 21420 del 25 giugno 2020), la Corte di appello di Milano ha ritenuto che la circostanza che l'autorità di vigilanza francese avesse svolto delle indagini con riferimento ai medesimi episodi, peraltro senza procedere all'adozione di alcun provvedimento di formale chiusura del procedimento, sarebbe irrilevante ai fini del *ne bis in idem* (Sez. I, 31 maggio 2022, R.g. n. 2236/2020 e 3 giugno 2022, R.g. n. 1995/2020, entrambe in *Leggi d'Italia*). Questo scambio si inserirebbe, infatti, “nella cornice della doverosa cooperazione tra le Autorità di Vigilanza di cui all'art. 31, comma 2, del Regolamento [(UE) n. 596/2014]”, a mente del quale, “nell'esercizio dei loro poteri di imporre sanzioni amministrative [...], le autorità competenti collaborano strettamente per garantire che l'esercizio dei loro poteri di controllo e investigativi e le sanzioni amministrative che irrogano [...] siano efficaci e appropriate”. Cfr. il considerando 67 del medesimo Regolamento: “Dal momento che gli abusi di mercato possono verificarsi attraverso i mercati e a livello transfrontaliero, le autorità competenti dovrebbero essere sempre tenute, tranne in circostanze eccezionali, a collaborare e scambiare informazioni con altre autorità competenti e di regolamentazione, oltre che con l'ESMA, in particolare in relazione alle attività d'indagine. Se un'autorità competente è convinta che un abuso di mercato sia in atto, o si sia verificato, in un altro Stato membro o che stia incidendo negativamente su strumenti finanziari negoziati in un altro Stato membro, dovrebbe notificarlo all'autorità competente e all'ESMA. Nei casi di abusi di mercato con effetti transfrontalieri, l'ESMA dovrebbe essere abilitata a coordinare le indagini se glielo chiede una delle autorità competenti interessate”.

¹⁰⁶ Ad esempio, si è dell'avviso che il richiamo combinato degli artt. 54 CAAS e 50 CDFUE non possa rappresentare la via per superare i limiti di diritto positivo, finendo così per riconoscere l'applicabilità del *ne bis in idem* europeo anche in casi di sanzioni punitive amministrative che non trovino fondamento, diretto o indiretto, in una fonte unionale. Ciò si porrebbe in contrasto con il tenore testuale di entrambe le norme. Invero, per come visto, mentre l'art. 54 CAAS prescinde dalla copertura unionale della fattispecie incriminatrice ma guarda esclusivamente alla materia penale in senso stretto, l'art. 50 CDFUE si estende alle sanzioni amministrative punitive ma, ai sensi dell'art. 51 CDFUE, non opera quando venga in rilievo il diritto puramente interno. Da questo punto di vista,

Si propone, dunque, di recuperare e valorizzare le specificità delle relative discipline, in ottica complementare, e non sostitutiva.

L'ipotesi di ricerca è limitata al *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo. Come visto, si intende per tale il caso in cui due procedimenti o sanzioni di diritto amministrativo europeo convergono sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto. Normalmente, la duplice risposta repressiva si colloca all'interno di una rete amministrativa¹⁰⁷, ma ciò non toglie che possano verificarsi anche casistiche di interferenze tra autorità appartenenti a diversi circuiti amministrativi¹⁰⁸.

È di tutta evidenza che, in simili circostanze, i vuoti di tutela cui sembra condurre il *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo non potrebbero che esser risolti sulla scorta dei principi derivanti dalla scienza amministrativa¹⁰⁹.

alcune recenti ambiguità giurisprudenziali meriterebbero una più attenta riflessione. A valle del c.d. *dieselgate* l'AGCM ha sanzionato, per violazione della disciplina europea sulle pratiche commerciali scorrette (direttiva n. 2005/29/CE), recepita in Italia con d.lgs. n. 206 del 2005, una casa automobilistica (*Volkswagen*). Quest'ultima ha eccepito il *bis in idem*, adducendo un carico penale subito, in Germania, per gli stessi fatti. In primo grado, il TAR Lazio ha escluso la pertinenza del richiamo, sul rilievo che "*l'articolazione tedesca di VW è stata sanzionata in Germania sulla base esclusiva di una previsione nazionale sulla 'responsabilità amministrativa' delle persone giuridiche – che non trova fondamento normativo nella disciplina dell'Unione*" (Sez. I, 31 maggio 2019, n. 6920). In appello, con ordinanza n. 68 del 7 gennaio 2022, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha sottoposto tre quesiti interpretativi alla Corte di giustizia (C-27/22), indicando come base giuridica gli artt. 50 CDFUE e 54 CAAS, senza però offrire particolari approfondimenti circa la questione, a ben vedere assorbente, della natura puramente nazionale della fattispecie criminosa sanzionata in Germania. In particolare, per giungere alla conclusione per cui la fattispecie criminosa tedesca, pur non recependo in via diretta una fonte europea, costituisce "*attuazione del diritto dell'Unione*" per gli effetti dell'art. 51 CDFUE sarebbe stato necessario svolgere un articolato test, analizzando, tra le altre cose, le finalità ultime perseguite dal legislatore nazionale, onde verificare l'eventuale identità di scopo con il diritto europeo (Corte di giustizia, 6 marzo 2014, *Cruciano Siragusa c. Regione Sicilia*, C-206/13, § 25, che ha ulteriormente affinato il test elaborato da Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, §§ 25-26).

¹⁰⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, all'ECN in materia antitrust, o al sistema di cooperazione previsto, in materia di *market abuse*, tra ESMA e autorità nazionali.

¹⁰⁸ Si pensi, ad esempio, al caso *bpost*, che ha interessato un'autorità nazionale della concorrenza e il corrispondente regolatore dei servizi postali.

¹⁰⁹ In una prospettiva simile sembra collocarsi S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017. Presupposto teorico del lavoro monografico è il (ritenuto) carattere discrezionale della potestà sanzionatoria amministrativa, secondo l'A. non incompatibile con l'assetto di tutele disegnato dalla Corti sovranazionali e tale da giustificare, allora, un più ampio ricorso al principio, di diritto amministrativo, del giusto procedimento. L'A., nel corso dell'indagine, evidenzia i punti di contatto tra il principio convenzionale del giusto procedimento - che a suo avviso trova fondamento negli artt. 117,

Sede naturale di quest'elaborazione potrebbe essere il diritto europeo alla buona amministrazione (art. 41 CDFUE)¹¹⁰. Il principio, è noto, trova applicazione anche nei casi di amministrazione europea indiretta, che si espliciti, cioè, tramite gli apparati degli Stati membri¹¹¹.

Ora, sembra che a cavallo del principio di proporzionalità sussistano rilevanti punti di intersezione tra la “*general limitation clause*” di cui all'art. 52, § 1 CDFUE, da un lato, e i connotati di equità e ragionevolezza emergenti dall'art. 41, § 1 CDFUE, dall'altro¹¹².

comma 1 Cost. e 6 CEDU - e quello europeo di buona amministrazione, riconosciuto invece in forza degli artt. 117, comma 1 Cost., 6, § 1 TUE e 41 CDFUE. Donde la conclusione che, “anche alla luce della normativa dell'Unione Europea, l'Amministrazione sanzionatrice è tenuta ad adottare una decisione imparziale ed equa che rispetti le regole di un giusto procedimento assicurando un effettivo contraddittorio” (pp. 471-473).

¹¹⁰ In argomento, cfr. M.P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2000, 303 ss.; Mediatore europeo, *Il Codice europeo di buona condotta amministrativa*, 1° marzo 2002, <https://www.ombudsman.europa.eu/it/publication/it/3510>; LORD MILLETT, *The Right to Good Administration in European Law*, in *Public Law*, n. 47/2002, 309 ss.; S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Napoli, 2007; J. WAKEFIELD, *The Right To Good Administration*, Alphen aan den Rijn, 2007; A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta europea dei diritti fondamentali e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2-3/2002, 425 ss.; V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004; E. LANZA, *The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rationes and Enforcement in Antitrust Case-Law*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 1-2/2008, 479 ss.; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008; L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4/2010, 789 ss.; M.E. DE LEEUW, *The European Ombudsman's Role as a Developer of Norms of Good Administration*, in *European Public Law*, n. 17/2011, 349 ss.; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2011, 537 ss.; A. GIUFFRIDA, *Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012; R. BOUSTA, *Who Said There is a ‘Right to Good Administration’? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Public Law*, n. 19/2013, 481 ss.; D.-U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2019, 165 ss.

¹¹¹ Nell'ordinamento italiano il principio ha una portata più estesa, in quanto, ai sensi dell'art. 1, comma 1 legge n. 241/1990, “*l'attività amministrativa [...] è retta [...] dai principi dell'ordinamento comunitario*”, a prescindere dalla circostanza che la p.A. operi o meno in funzione decentrata, per conto delle Istituzioni o di organi europei.

¹¹² Cfr., paradigmaticamente, gli artt. 5 (“Principle of proportionality”) e 7 (“Principle of taking action within a reasonable time limit”) della Raccomandazione del Consiglio

A fronte di procedimenti paralleli, per dirsi “*equo*” e per concludersi “*entro un termine ragionevole*” l’esercizio di pubblico potere non potrà che rispettare i criteri che presidiano la *general limitation clause*, primo fra tutti quello della “*connessione sufficientemente stretta, nella sostanza e nel tempo*” tra i due procedimenti. In mancanza di una simile connessione, prima che contrario al principio di *ne bis in idem* l’intervento multiplo sarebbe contrario al canone di buona amministrazione.

Proprio un’accresciuta rilevanza di quest’ultimo principio, allora, potrebbe consentire di occupare fertilmente la terra di mezzo che affiora tra garanzie riconosciute in ambito penale e amministrativo.

Del resto, anche nel campo amministrativo è dato registrare un accresciuto interesse scientifico verso le condizioni che rendono il provvedere stabile nel tempo¹¹³. Da questo punto di vista, può intravedersi un’assonanza concettuale con l’autorità di cosa giudicata di cui è corollario il *ne bis in idem*. Il problema del possibile esaurimento del potere amministrativo, certo, è stato per lo più studiato in relazione alla riedizione del potere ad opera di un unico centro decisionale, portatore del medesimo interesse pubblico. Il policentrismo del diritto amministrativo europeo, in una con la natura sovente transnazionale dei fenomeni amministrati, sembra far venir meno i presupposti che consentono di intavolare proficuamente un ragionamento di questo tipo in relazione alle fattispecie oggetto di esame. Tuttavia, la conclusione potrebbe mutare se si distoglie lo sguardo dal potere e lo si volge alla persona: questa, del resto, è la prospettiva indicata dall’art. 41 CDFUE. Il diritto alla buona amministrazione opera orizzontalmente, potendo dunque porre in collegamento vicende amministrative che, sul piano dell’interesse pubblico curato e della competenza, potrebbero apparire tra loro sconnesse. Si tratta, a ben vedere, di un’esigenza di riequilibrio del sistema, tesa a far sì che il potenziamento del pubblico potere per mano di scambi inter-amministrativi sia controbilanciato da maggiori responsabilità in capo alle autorità che di quegli strumenti di conoscenza possono legittimamente valersi. E così, ad esempio, appare meritevole

d’Europa del 20 giugno 2007 sulla buona amministrazione (CM/Rec(2007)7).

¹¹³ G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8/2002, 955 ss.; F. FRANCIANO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi*, n. 8/2017, 1 ss.; M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, recensito da M. D’ANGELOSANTE, *Discorrendo su inesauribilità e consumazione del potere amministrativo a partire da un recente studio*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2019, 831 ss.; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l’inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, n. 1/2022, 77 ss.

di apprezzamento l'orientamento del giudice amministrativo nazionale secondo cui, una volta che l'autorità antitrust nazionale abbia ottenuto un quadro informativo sufficientemente completo sui fatti, in ciò anche valendosi di scambi di informazioni con le altre autorità del *network*, non possa irragionevolmente tardare la contestazione dell'infrazione¹¹⁴. Si noti che queste pronunce, ormai non più isolate, non si fondano in via esclusiva sull'art. 6 CEDU, ma attribuiscono un ruolo centrale anche all'art. 41 CDFUE, e dunque in qualche misura trascendono la prospettiva sanzionatoria.

Partire dal diritto amministrativo, allora, potrebbe forse consentire di meglio comporre alcune delle problematiche sopra descritte in relazione al *ne bis in idem* di puro diritto amministrativo.

Il diritto alla buona amministrazione, infatti, preesiste all'occorrenza di un *bis in idem*. Sicché, esso potrebbe permettere di arrivare lì dove l'art. 50 CDFUE non riesce, giacché è sempre dovuto all'individuo, indipendente dall'affiorare di una duplicazione "penalmente" rilevante.

In conclusione, si ritiene che sentenze gemelle della Grande Sezione sui casi *bpost* e *Nordzucker* schiudono, a ben vedere, più opportunità che rischi, rappresentando un importante banco di prova e occasione di crescita per il diritto amministrativo europeo.

Questo richiede, certo, un salto culturale, affinché a una visione "burocratica" del potere amministrativo europeo, sbilanciata verso le ragioni dell'efficienza e della flessibilità¹¹⁵ possa giustapporsi una nozione

¹¹⁴ Tra le molte, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 28-30 dicembre 2020, nn. 8358, 8355 e 8358; 25 gennaio 2022, n. 500; 3 febbraio 2022, n. 748; 4 ottobre 2022, n. 8505; TAR Lazio, Sez. I, 3 ottobre 2022, n. 12507.

¹¹⁵ Nel commentare il dibattito sorto sull'opportunità di introdurre una codificazione sul procedimento amministrativo europeo, da radicarsi, in tesi, sugli artt. 41 CDFUE e 298 TFUE e che in seguito ha dato impulso alla Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente (2016/2610(RSP)), P. LEINO, *Efficiency, Citizens and Administrative Culture. The Politics of Good Administration in the EU*, in *European Public Law*, n. 20(4)/2014, 681 ss. offre una panoramica di quanti hanno opposto all'idea di una codificazione unitaria per via legislativa un approccio giurisprudenziale (sull'assunto che la Corte di giustizia sarebbe meglio posizionata, rispetto al legislatore, per modellare principi generali del diritto) o, ancora, un approccio di *soft law* (che invece meglio risponderebbe alle esigenze di flessibilità della p.A.). In tale contesto, l'A. ha correttamente evidenziato che la scelta tra le tre opzioni sottende una più profonda – e culturale – scelta di fondo. In particolare, occorre domandarsi se abbandonare definitivamente il corrente paradigma di amministrazione europea, in cui, lungi dal concentrarsi sulle posizioni individuali degli amministrati, "focus remains on efficiency, discretion and institutional flexibility, and when a balance is struck between institutional prerogatives and citizens' rights, it

di buona amministrazione vicina alle istanze dell'individuo, prima che agli obiettivi perseguiti dal pubblico potere.

relies heavily on the former while the two are experienced as more or less impossible to reconcile” (v. in partic. pp. 698 e 709). Similmente, L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, Torino, 2009, 205-206 e 256 già osserva con specifico riferimento alla rete della concorrenza di cui al Reg. (CE) n. 1/2003, che “nel favorire meccanismi efficienti di applicazione degli artt. [101 e 102 TFUE, il Regolamento] finisce però per sacrificare alcune esigenze di garanzia per le imprese interessate”.