

IL CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ SULLE RACCOMANDAZIONI
DELL'UNIONE EUROPEA*

GRAZIA VITALE**

Sommario

1. Premessa. - 2. L'impugnazione delle raccomandazioni. Profili introduttivi. - 3. Il criterio *ERTA*. - 4. Raccomandazioni e loro “particolari” effetti giuridici. - 5. Caratteristiche della raccomandazione produttiva di effetti giuridici *lato sensu* vincolanti. - 6. Il sindacato di validità sulle raccomandazioni ex articolo 267 TFEU. - 7. Conclusioni.

Abstract

The article analyses recommendations of European Union Law in order to determine whether and when they produce binding legal effects and, therefore, whether an action for annulment under Article 263 TFEU can be brought against them.

So, while clearly described as not binding, recommendations can generate considerable legal effects, in the sense of inducing certain behavior and modifying normative reality. They are likely to have an impact on the rights and obligations of their addressees and third parties. These effects can be produced on two distinct but interconnected levels: the European Union Law and the Member States Law.

However, it is necessary to examine the substance of the act and to assess those effects on the basis of objective criteria, such as the content of that act, taking into account, as appropriate, the context in which it was adopted and the powers of the institution which adopted the act.

So, only measures adopted by the institutions, whatever their form, which are intended to have binding legal effects, are regarded as actionable measures within the meaning of Article 263 TFEU. Any act not producing binding legal effects, but only legal effects, such as mere recommendations, falls outside the scope of the judicial review provided for in Article 263 TFEU.

Suggerimento di citazione

G. VITALE, *Il controllo di legittimità sulle raccomandazioni dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo è destinato alla pubblicazione negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

** Professore Associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina.

Contatto: gvitale@unime.it

1. Premessa

Questo saggio ha l'obiettivo di meglio lumeggiare, attraverso l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, il rapporto che intercorre tra una specifica tipologia di atti dell'ordinamento dell'Unione, ossia le raccomandazioni, atti tipici e non vincolanti per espressa previsione del Trattato, e il sistema di tutela giurisdizionale previsto circa il sindacato di legittimità cui le stesse sono soggette.

Il perché dell'interesse sull'argomento riposa su una serie di motivazioni.

La prima. Le raccomandazioni sono, tra gli atti tipici e non vincolanti previsti dall'articolo 288 del Trattato, i più particolari, atteso che possono atteggiarsi secondo forme molteplici ed eterogenee. Le modalità di articolazione delle raccomandazioni, infatti, spaziano dalla loro configurazione quali meri inviti o esortazioni a tenere un determinato comportamento, senza tuttavia porre alcun obbligo di risultato a tal fine, ad un livello di vincolatività talmente forte da mutarne la qualificazione nella direzione di un atto diverso.

La seconda. Per costante ed ormai consolidata giurisprudenza della Corte, di cui si tenterà di dare conto nel corso della trattazione, molto spesso le raccomandazioni, pur non essendo vincolanti, nel senso più autentico e tradizionale del termine, producono tuttavia taluni significativi effetti giuridici presso i destinatari, tali da incidere sensibilmente sui termini di disciplina e regolamentazione giuridica di molte delle fattispecie cui risultino applicabili, nonché sul comportamento stesso di Stati e istituzioni dell'Unione.

Entrambe le motivazioni citate determinano, lo vedremo, talune difficoltà sul piano dell'interpretazione dell'esatta portata delle raccomandazioni di volta in volta in rilievo, ossia dell'esatta qualificazione delle stesse. Può risultare problematico, in altri termini, stabilire se si sia in presenza di vere e proprie raccomandazioni, di raccomandazioni *sui generis* – ossia dotate di effetti *lato sensu* vincolanti – oppure se dietro il manto formale di un atto apparentemente raccomandatorio, si nasconda piuttosto un regolamento o una direttiva, ad esempio.

Ora, a rigor di logica, ai fini dell'esatta qualificazione di un atto, e anche di una raccomandazione, non dovrebbe essere necessario fare riferimento ai meccanismi di sindacato giurisdizionale cui lo stesso sia soggetto. E questo perché i diversi sistemi di tutela giudiziale sono applicabili in termini di conseguenza e non di presupposto della qualificazione dell'atto: se un atto è una raccomandazione sarà sottoposto ad un certo regime; se si tratta di un atto diverso, diverso sarà anche il regime di tutela giurisdizionale per esso previsto dall'ordinamento. E tuttavia questo rilievo possiede, nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione, una valenza piuttosto contenuta. In questo contesto, infatti, la stretta correlazione che intercorre tra la natura dell'atto e il regime di tutela

giurisdizionale cui lo stesso è sottoposto, fa sì che è proprio nel momento patologico del sindacato giurisdizionale sull'atto che sorge e si presenta forte l'esigenza di definirne la vera natura. E questo non perché, ovviamente, dalla possibilità di impugnare o meno una raccomandazione, ad esempio, dipenda la sua qualificazione giuridica in tali termini, ma piuttosto perché è alla Corte che, adita nell'ambito di un procedimento ex articolo 263 TFUE, si deve spesso la definizione in astratto e l'individuazione in concreto degli elementi di qualificazione dell'atto.

Tenuto conto di questi rilievi introduttivi, il lavoro si articolerà come segue.

In un primo momento si focalizzerà l'attenzione sulla giurisprudenza della Corte relativa alla possibilità di proporre un ricorso in annullamento nei confronti di una raccomandazione. Si metterà a tal fine in evidenza che, dal combinato disposto tra gli articoli 288 e 263 TFUE emerge con lapalissiana evidenza che nessuna azione di questo genere sia ammessa dall'ordinamento, salvo che l'atto oggetto di impugnazione sia in effetti un atto diverso da una raccomandazione, e con ciò un atto vincolante.

In un secondo momento, poi, si spiegherà meglio la portata di questo approccio - che potremmo definire "sostanzialistico" - attraverso l'applicazione alle raccomandazioni del criterio giuridico enucleato nella storica sentenza resa dalla Corte nel caso *ERTA*, anche alla luce dei suoi sviluppi.

Successivamente, valorizzando esigenze di interpretazione evolutiva dell'intero ordinamento, si tenterà di verificare se sia o meno possibile che talune raccomandazioni, in particolare quelle appartenenti al *tertium genus* di cui si è detto poco sopra, possano costituire oggetto, in ragione della loro ancorché blanda vincolatività, di un ricorso in annullamento, anche al di là dell'espressa esclusione a tal fine contenuta nella lettera del Trattato.

Come è facilmente intuibile, il percorso argomentativo che si prospetta non potrà prescindere da un riferimento alla procedura prevista dall'articolo 267 TFUE, con particolare riguardo al rinvio pregiudiziale di validità, in quanto anch'essa volta a consentire alla Corte di esercitare un controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni. Sebbene, infatti, l'ordinamento dell'Unione contempli anche altri meccanismi attraverso i quali effettuare un controllo sulla validità degli atti¹, per le raccomandazioni pare che le questioni più interessanti sorgano certamente in riferimento al combinato disposto tra gli articoli 263 e 267 TFUE.

Al termine di questa disamina si metterà in evidenza come il concetto di vincolatività, per sua stessa natura, non ammetta graduazioni, che si traducano in ipotesi in un maggiore o minore tasso di obbligatorietà dell'atto. Con riferimento alle raccomandazioni, ciò significa che non pare possibile affermare che

¹ Ci si riferisce all'eccezione di validità e all'azione di danni da responsabilità extracontrattuale.

esistano raccomandazioni non vincolanti e raccomandazioni, invece, produttive di effetti giuridici tali da renderle “un po” più vincolanti delle altre, sebbene non nel senso canonico di cui all'articolo 288. Si ritiene, quindi, che se la raccomandazione, al di là dell'apparenza delle forme, non sia vincolante, non potrà essere se non una raccomandazione; magari molto elaborata e compiuta, ma pur sempre una raccomandazione che, in quanto tale, non potrà essere sottoposta al regime impugnatorio previsto dall'articolo 263 TFUE.

2. L'impugnazione delle raccomandazioni. Profili introduttivi

Il controllo di legittimità degli atti emanati dalle istituzioni dell'Unione si svolge, *in primis*, attraverso il procedimento volto ad ottenerne l'annullamento, ed è esercitato, ex articolo 263 TFUE, dalla Corte di giustizia.

La norma del Trattato, nell'individuazione degli atti impugnabili, è piuttosto chiara nel precisare come possano costituire oggetto di un ricorso in annullamento solo gli atti vincolanti, ossia gli atti che non siano “raccomandazioni o pareri”. Tra questi ultimi, le raccomandazioni si presentano spesso, nella prassi, come atti aventi un carattere particolarmente “forte” ed incisivo, pur limitandosi ad esprimere un invito, un'esortazione a porre in essere un dato comportamento e non già un obbligo di risultato da raggiungere. I giudici dell'Unione, ad ogni modo, sono stati sempre piuttosto fermi nel mettere in evidenza che, sulla base del combinato disposto tra gli articoli 288 e 263 TFUE, le raccomandazioni sono comunque escluse espressamente dal controllo di legittimità azionabile innanzi alla Corte.

E ciò è avvenuto anche in tempi abbastanza recenti, in un caso in cui la Corte², respingendo integralmente il ricorso proposto avverso l'ordinanza emessa in prima istanza dal Tribunale³, ha precisato che una raccomandazione non potesse essere sottoposta a sindacato giurisdizionale a mezzo della proposizione di un ricorso in annullamento per la semplice circostanza che la stessa fosse stata adottata in violazione di principi o regole procedurali di diritto dell'Unione, e ciò in special modo poiché essa non produceva effetti giuridici cogenti. L'articolo 288 TFUE, infatti, qualifica espressamente le raccomandazioni come atti giuridici non vincolanti, avendo in tal modo “inteso investire di un potere di persuasione e di stimolo le istituzioni autorizzate ad adottarle, potere distinto da quello di adozione degli atti dotati di forza cogente” (punto 26). Analogamente il Tribunale, al punto 17 dell'ordinanza impugnata, aveva

² Corte giust. 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione*, causa C-16/16 P, EU:C:2018:79. Per un primo commento si veda L.F. PACE, *I giochi d'azzardo on-line, le raccomandazioni e il principio “soft law is no law”*, in *European Papers*, Vol. 3, 2018, n. 2, pp. 973 ss.

³ Ordinanza Trib. 27 ottobre 2015, *Belgio/Commissione*, causa T-721/14, EU:T:2015:829.

già precisato che “sono esenti dal controllo giurisdizionale previsto dall'articolo 263 TFUE tutti gli atti che non producono effetti giuridici vincolanti, quali [...] le semplici raccomandazioni”.

Ciò significa, in termini estremamente lineari, che se una raccomandazione è veramente una raccomandazione, pur producendo effetti giuridicamente rilevanti, non sarà dotata di forza cogente e, per espressa previsione del Trattato, sarà quindi esclusa dal controllo giurisdizionale di cui all'articolo 263 TFUE.

Diverso sarebbe il caso, invece, in cui l'atto controverso non fosse una raccomandazione vera e propria, dotata cioè degli elementi strutturali e funzionali a tal fine previsti dall'articolo 288 del Trattato, ma possedesse piuttosto un contenuto produttivo di effetti giuridici obbligatori. In ipotesi di tal sorta, la costante giurisprudenza della Corte ricorda che sono considerati atti impugnabili tutti i provvedimenti che, prescindendo dalla forma con cui sono stati adottati e dal *nomen iuris* utilizzato per designarli, sono comunque idonei a produrre effetti giuridici vincolanti⁴.

Si tratta di un approccio che, con tutta evidenza, mira a valorizzare la sostanza sulla forma, ossia l'intrinseca ed effettiva obbligatorietà dell'atto rispetto alle modalità con cui lo stesso sia stato in ipotesi adottato o anche comunicato ai destinatari. Un approccio, comunque, che sebbene si presenti di certo come propositivo ai fini della corretta applicazione del Trattato e della logica ad esso più autenticamente sottesa, comporta anche, con tutta evidenza, un onere specifico e aggiuntivo per i destinatari dell'atto stesso. Questi, infatti, dovranno stabilire, o tentare di farlo, se esso appaia o meno lesivo dei diritti dei singoli prima di proporre il ricorso⁵. E d'altra parte è la stessa Corte di giustizia che, nell'esplicitare il criterio sostanzialistico di cui si è detto, ha precisato che l'efficacia giuridica vincolante di un atto si produce quando l'atto stesso “sia il risultato dell'esercizio di un potere contemplato da norme giuridiche e inteso a produrre effetti suscettibili di ledere gli interessi del ricorrente modificandone la situazione giuridica”⁶.

Per determinare, poi, se l'atto in considerazione produca o meno effetti vincolanti idonei a mutare la portata e la qualificazione della raccomandazione, e consentirne così la sottoponibilità a sindacato giurisdizionale in quanto “sostanzialmente” atto diverso, “occorre riferirsi alla sua sostanza e valutarne gli

⁴ Esiste una costante giurisprudenza in questa direzione, nell'ambito della quale i giudici dell'Unione hanno valorizzato il requisito della sostanza rispetto a quello della forma dell'atto. Si vedano a tal fine, a titolo meramente esemplificativo, Corte giust. 1° novembre 2009, *Commissione/Consiglio*, causa C-370/07, EU:C:2009:590, punto 42; Trib. 2 marzo 2010, *Arcelor/Parlamento e Consiglio*, causa T-16/04, EU:T:2010:54, punto 94; Corte giust. 13 ottobre 2011, *Deutsche Post e Germania/Commissione*, causa riunite C-463/10 P e C-475/10 P, EU:C:2011:656, punti 36 – 44.

⁵ Così si esprime G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, p. 237.

⁶ Cfr. M. CONDINANZI – R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 102, che così interpretano il *dictum* di Corte giust. 4 marzo 1982, *Gauff/Commissione*, causa C-182/80, EU:C:1982:78.

effetti in funzione di criteri obiettivi, come il contenuto dell'atto stesso, tenendo conto eventualmente del contesto in cui quest'ultimo è stato adottato nonché dei poteri dell'istituzione emanante⁷. Così, nel caso citato poco sopra (*Belgio/Commissione*), il Tribunale esaminava tanto il tenore letterale quanto il contesto della raccomandazione controversa, unitamente al suo contenuto e all'intenzione dell'istituzione che l'aveva emanata. Ne deduceva che la raccomandazione in questione fosse stata redatta in termini sostanzialmente non imperativi; che avesse un contenuto tale da non essere preordinata ad esplicare effetti giuridici vincolanti e che la Commissione non avesse, in ogni caso, avuto alcuna intenzione di conferirle siffatti effetti⁸. In riferimento al contesto nel quale la stessa si collocava, il Tribunale rilevava infine che da un estratto di un altro atto, ossia la Comunicazione COM (2012)596 final, si registrava che “nel complesso, non sembra opportuno, in tale fase, proporre una normativa dell'Unione specifica nel settore” dei giochi d'azzardo online⁹.

Ora, i giudici dell'Unione mantengono fermo e deciso nel tempo questo approccio metodologico e ricostruttivo, ritenendo che esso non possa essere messo in discussione da alcuno degli argomenti di segno contrario spesso avanzati dalle parti ricorrenti.

Nessun rilievo viene attribuito, ad esempio, alla circostanza per la quale in una specifica sentenza la Corte stessa avesse dichiarato ricevibile un ricorso in annullamento del Consiglio, sebbene esso riguardasse la presentazione di una posizione dell'Unione nell'ambito di un procedimento di parere consultivo privo di effetto vincolante¹⁰. In primo luogo, infatti, il ricorso in questione non era invero diretto avverso una raccomandazione, bensì contro una decisione della Commissione che produceva effetti giuridici vincolanti. In secondo luogo, poi, la Corte ha ritenuto piuttosto inadeguato confondere la natura e gli

⁷ Corte giust. 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione*, cit, punto 32. Analogamente Corte giust. 13 febbraio 2014, *Ungheria/Commissione*, causa C-31/13 P, EU:C:2014:70; Corte giust. 2 marzo 1994, *Parlamento/Consiglio*, causa C-316/91, EU:C:1994:76, punto 8; Corte giust. 24 novembre 2005, *Italia/Commissione*, cause riunite C-138/03, C-324/03 e C-431/03, EU:C:2005:714, punto 32; Corte giust. 25 ottobre 2017, *Slovacchia/Commissione*, causa C-593/15 P, EU:C:2017:800, punto 47.

⁸ Si veda sul punto Ordinanza Trib. 27 ottobre 2015, *Belgio/Commissione*, cit, ai punti 18 ss. Al punto 31, in particolare, il Tribunale precisava che “al paragrafo 2 della raccomandazione controversa, viene esplicitamente precisato che essa lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di regolamentare i servizi di gioco d'azzardo”. Al punto 32, correlativamente, si sottolineava come la raccomandazione non contenesse alcuna indicazione esplicita in ordine alla quale gli Stati membri dovessero necessariamente applicare i principi da essa enunciati.

⁹ Si trattava della Comunicazione COM(2012) 596 final della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 23 ottobre 2012, intitolata “Verso un quadro normativo europeo approfondito relativo al gioco d'azzardo on-line.

¹⁰ Corte giust. 6 ottobre 2015, *Consiglio/Commissione*, causa C-73/14, EU:C:2015:663.

effetti dell'atto impugnato con la natura del procedimento consultivo a fronte del quale esso era stato emanato¹¹.

Allo stesso modo, nessuna importanza è stata conferita alla presunta inosservanza, da parte del Tribunale o della Corte stessa, del principio di attribuzione della competenza, o di quello di leale cooperazione tra le istituzioni dell'Unione e tra queste e gli Stati membri.

Si ricordi, ad esempio, che a questo proposito con il proprio ricorso il Regno del Belgio¹² aveva affermato che qualsiasi atto normativo dell'Unione, qualificato come tale in quanto suscettibile nell'articolo 288 TFUE, fosse di per sé idoneo a produrre effetti giuridici tali da giustificare un sindacato di legittimità sull'atto stesso ai sensi dell'articolo 263 TFUE. Quindi, anche a fronte di una raccomandazione vera e propria, il Tribunale dovrebbe verificare se i suindicati principi siano stati violati dalla raccomandazione, senza che ciò debba anche richiedere e comportare un controllo completo del contenuto sostanziale dell'atto. Il rispetto dei principi di attribuzione delle competenze, di leale cooperazione e di equilibrio istituzionale, infatti, postula un accertamento della corretta base giuridica sostanziale relativa all'adozione della raccomandazione, e ciò prima ancora di interrogarsi sul se si sia in presenza di una raccomandazione vera e propria o meno¹³. A ciò aggiungasi che il giudice dell'Unione dovrebbe poter verificare l'idoneità dell'atto impugnato a produrre effetti giuridici in rapporto alle prerogative e ai poteri delle altre istituzioni dell'Unione, nonché degli Stati membri. Del pari dovrebbe ritenersi ricevibile un ricorso in annullamento finalizzato al controllo dell'osservanza, da parte di un'istituzione dell'Unione, dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, quale anche il principio dell'equilibrio istituzionale¹⁴.

¹¹ La Corte mantiene così ferma la propria posizione sul punto. Per tale ultima precisazione cfr. Corte giust. 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione, cit.*, punto 38.

¹² Si tratta del ricorso (da cui è poi scaturita la sentenza 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione, cit.*) depositato presso la cancelleria del Tribunale dal Regno del Belgio ed avente ad oggetto l'impugnazione della raccomandazione 2014/478/UE della Commissione, relativa alla tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo on line e alla prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo on line (Raccomandazione 2014/478/UE della Commissione, del 14 luglio 2014, pubblicata in G.U. 2014, L 214, p. 38).

¹³ Il Regno del Belgio, più in particolare, sosteneva che l'articolo 292 TFUE, alla luce del quale era stata adottata la raccomandazione controversa, non costituisse una base giuridica sostanziale, ma soltanto una base giuridica procedurale, in funzione della quale l'ordinamento avesse conferito non soltanto alla Commissione, ma anche al Consiglio, la competenza per adottare raccomandazioni. L'osservanza del principio dell'equilibrio istituzionale avrebbe dovuto comportare, di conseguenza, che il giudice dell'Unione avesse verificato se la Commissione disponeva, nella fattispecie, anche di una base giuridica sostanziale ai fini dell'adozione della raccomandazione controversa. La Commissione, dal canto suo, riteneva che la questione della base giuridica rientrasse nell'ambito delle valutazioni di merito e che, pertanto, si sarebbe dovuta valutare solo in caso di ricevibilità del ricorso.

¹⁴ Così la storica Corte giust. 23 aprile 1986, *Les Verts/Parlamento*, causa C-294/83, EU:C:1986:166, nonché Corte giust. 22 maggio 1990, *Parlamento/Consiglio*, causa C-70/88, EU:C:1990:217.

I giudici dell'Unione osservavano tuttavia, tra le altre cose, che dalla semplice circostanza per cui, nell'ambito di un ricorso per inadempimento, la Corte possa esaminare anche atti o comportamenti privi di effetti giuridici obbligatori in funzione del dovere di leale cooperazione¹⁵, non può comportare che la stessa cosa debba valere anche per il ricorso in annullamento. Da un lato, infatti, il ricorso per inadempimento e il ricorso di annullamento costituiscono mezzi giuridici finalizzati al raggiungimento di scopi diversi e rispondenti a condizioni di ricevibilità diverse; e, dall'altro, non vi sono argomenti di diritto utili ad affermare che il principio di leale cooperazione possa condurre ad escludere le condizioni di ricevibilità espressamente previste dall'articolo 263 TFUE¹⁶.

Ancora meno convincente ai fini di un eventuale superamento della propria posizione è apparso alla Corte l'argomento fondato sul *dictum* di cui alla pronuncia *ERTA*¹⁷, laddove la ricevibilità del ricorso in annullamento era subordinata alla idoneità dell'atto controverso a produrre effetti giuridici rispetto alle prerogative delle altre istituzioni dell'Unione e degli Stati membri. I giudici dell'Unione ricordano, a questo proposito, che nella sentenza *ERTA* l'atto in contestazione era costituito da una delibera del Consiglio contenuta in un verbale che la Corte, allo scopo di valutarne l'impugnabilità, aveva sottoposto a verifica dal punto di vista della produttività o meno di effetti giuridici vincolanti. Assolutamente diverso sarebbe il caso in cui, invece, la controversia riguardasse una raccomandazione, "che è espressamente esclusa, ai sensi dell'articolo 263, primo comma, TFUE, dall'ambito d'applicazione del sindacato di legittimità previsto all'articolo 263 suddetto, come la Corte ha del resto ricordato ai punti 38 e 39 della sentenza del 31 marzo 1971, Commissione/Consiglio"¹⁸.

Ancora, la Corte precisa che "la formulazione utilizzata in una delle versioni linguistiche di un atto non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione di tale atto né si può attribuire ad essa, a tal riguardo, un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche. Tale modo di procedere sarebbe, infatti, in contrasto con la necessità di applicare in modo uniforme il

¹⁵ Cfr. Corte giust. 26 febbraio 2009, *Commissione/Grecia*, causa C-45/07, EU:C:2009:81; 20 aprile 2010, *Commissione/Svezia*, causa C-246/07, EU:C:2010:203.

¹⁶ Corte giust. 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione*, *cit.*, punto 40; Ordinanza Trib. 27 ottobre 2015, *Belgio/Commissione*, *cit.*, punto 55.

¹⁷ Corte giust. 31 marzo 1971, *Commissione/Consiglio*, causa C-22/70, EU:C:1971:32. Si rinvia al paragrafo successivo un'analisi più approfondita della pronuncia e dell'evoluzione giurisprudenziale che ne ha interessato il contenuto, utile a meglio comprendere le varie sfaccettature che assume il fenomeno dell'impugnazione degli atti giuridici dell'Unione.

¹⁸ Corte giust. 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione*, *cit.*, punto 42. A ciò aggiungasi che "il Tribunale ha esaminato se la raccomandazione controversa fosse destinata a produrre effetti giuridici vincolanti e ha statuito, giustamente, che tale circostanza non ricorreva" (punto 42).

diritto dell'Unione"¹⁹. La Corte si pronuncia in termini analoghi anche nel caso da ultimo citato, quando passa ad esaminare il terzo motivo posto dal Regno del Belgio a fondamento del proprio ricorso, ossia quello con cui veniva sostenuto che, essendo stata redatta in termini imperativi nelle versioni in lingua tedesca e neerlandese, la raccomandazione controversa avrebbe dovuto essere intesa come produttiva di effetti giuridici vincolanti quanto meno nei suoi confronti²⁰.

3. Il criterio *ERTA*

Come si intuisce chiaramente alla luce della breve disamina relativa ai *dicta* dei giudici dell'Unione, di cui al paragrafo precedente, il regime di impugnabilità delle raccomandazioni ruota attorno ad alcuni punti cardine.

Così, una raccomandazione che sia tale, ossia un atto tipico ma non vincolante, quale descritto e disciplinato dall'articolo 288 TFUE, è per ciò stesso esclusa dal sindacato giurisdizionale previsto innanzi alla Corte di giustizia ex articolo 263 TFUE. Se la norma da ultimo citata è così chiara sul punto, non lo è tuttavia altrettanto sul piano dell'individuazione degli atti in effetti impugnabili. Poiché essi non sono indicati, più in particolare, ricorrendo all'elencazione degli atti tipici vincolanti di cui all'articolo 288 TFUE, la Corte ne ha tratto la conseguenza, ormai piuttosto risalente, per cui tale individuazione debba avere luogo sulla base dell'effetto giuridico prodotto da tali atti o, come meglio si potrebbe dire, sulla base della loro efficacia giuridica vincolante²¹. Questo approccio "sostanzialistico" ha condotto a ritenere ricevibili ricorsi in annullamento esperiti in riferimento anche a taluni atti atipici, ossia non riconducibili ad alcuna delle categorie previste dall'articolo 288 TFUE, e tuttavia produttivi di effetti giuridici obbligatori.

La pronuncia storicamente più significativa ed emblematica di questo orientamento interpretativo è certamente quella resa nel caso *ERTA*²², dove la Corte ha affrontato in termini sistematici la questione relativa alla ricevibilità di un ricorso in annullamento presentato avverso un atto delle istituzioni dell'Unione. In occasione di tale pronuncia, la Corte ebbe modo in verità di precisare che l'azione di annullamento, prevista dall'allora articolo 173 CEE, dovesse

¹⁹ Corte giust. 22 ottobre 2009, *Zurita García e Choque Cabrera*, cause riunite C-261/08 e C-348/08, EU:C:2009:648, punto 55 e la giurisprudenza ivi citata; Corte giust. 9 marzo 2017, *GE Healthcare*, causa C-173/15, EU:C:2017:195, punto 65 e giurisprudenza ivi citata.

²⁰ Corte giust. 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione, cit.* Inoltre, "Nella fattispecie, come risulta dal punto 34 della presente sentenza, il Tribunale ha proceduto, nell'ordinanza impugnata, ad un esame comparato delle diverse versioni linguistiche della raccomandazione controversa e ne ha concluso che quest'ultima è formulata essenzialmente in termini non imperativi" (punto 51).

²¹ La giurisprudenza sul punto è ampia, e di essa si è già dato in parte riferimento. In questa sede si ricordi per tutte Corte giust. 27 marzo 1980, *Sucrimes e a./Commissione*, causa C-133/79, EU:C:1980:104.

²² Corte giust. 31 marzo 1971, *Commissione/Consiglio*, causa C-22/70, EU:C:1971:32, *cit.*

potersi esperire nei confronti di qualsiasi atto emanante dalle istituzioni, purché si trattasse di un atto idoneo a produrre effetti giuridici. Il cosiddetto criterio *ERTA* subiva poi, nella giurisprudenza successiva, alcune variazioni, con particolare riguardo alla possibilità, prospettata dalla Corte, di venire applicato anche ad una serie di ulteriori atti, atipici, quali le linee guida interne della Commissione²³; i codici di condotta di applicazione di un regolamento del Consiglio²⁴; le comunicazioni²⁵; le note informative²⁶ o le lettere²⁷.

Il filo conduttore comune di tale giurisprudenza rimaneva, tuttavia, sostanzialmente invariato, e atteneva all'idea per cui per valutare la ricevibilità o meno di un ricorso in annullamento dovesse aversi riguardo al principio di prevalenza della sostanza sulla forma²⁸, con la conseguenza per cui la denominazione o la forma di un atto non potessero avere rilievo decisivo al fine di stabilire la sua sindacabilità o meno sul piano giurisdizionale²⁹.

Ora, questo criterio ricostruttivo, meglio conosciuto come criterio *ERTA*, ha subito un'ulteriore evoluzione, ed ha trovato applicazione anche innanzi alla Corte e al Tribunale in tempi relativamente recenti in riferimento alle raccomandazioni dell'Unione³⁰.

Così, ad esempio, è stato precisato che “Emerge da una giurisprudenza costante che sono considerati atti impugnabili, ai sensi dell'articolo 263 TFUE, tutti i provvedimenti, a prescindere dalla loro forma, adottati dalle istituzioni e intesi alla produzione di effetti giuridici vincolanti”³¹. Ne consegue che “sono

²³ Cfr. Corte giust. 9 ottobre 1990, *Francia/Commissione*, causa C-366/88, EU:C:1990:348; Corte giust. 6 aprile 2000, *Spagna/Commissione*, causa C-443/97, EU:C:2000:190.

²⁴ Cfr. Corte giust. 13 novembre 1991, *Francia/Commissione*, causa C-303/90, EU:C:1991:424.

²⁵ Cfr. Corte giust. 16 giugno 1993, *Francia/Commissione*, causa C.325/91, EU:C:1993:245; Corte giust. 20 marzo 1997, *Francia/Commissione*, causa C-57/95, EU:C:1997:164.

²⁶ Cfr. Corte giust. 1° dicembre 2005, *Italia/Commissione*, causa C-301/0333, EU:C:2005:727.

²⁷ Cfr. Corte giust. 5 ottobre 1999, *Paesi Bassi/Commissione*, causa C-308/95, EU:C:1999:477.

²⁸ Storicamente, si vedano Corte giust. 10 dicembre 1957, *Société des usines à tubes de la Sarre/Alta Autorità*, cause riunite C-1/57 e C-14/57, EU:C:1957:13; Corte giust. 6 ottobre 1982, *Alusuisse Italia s.p.a./Consiglio e Commissione*, causa C-307/81, EU:C:1982:337; Trib. Ordinanza 29 aprile 2004, *SGL Carbon/Commissione*, causa T-308/02, EU:T:2004:119.

²⁹ Per l'indicazione di ulteriore prassi giurisprudenziale sul punto si rinvia a M. CONDINANZI – R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea, op.cit.*, pp. 102 – 103, spec. note 19 ss.

³⁰ Potrebbe anche essere, tuttavia, che la Corte intendesse già *ab origine*, nonostante l'uso dell'espressione “effetti giuridici”, riferirsi al loro carattere vincolante. Già allora, infatti, ossia al tempo dell'emanazione della sentenza *ERTA*, l'articolo 189 CEE distingueva gli atti vincolanti da quelli non vincolanti, con il che è ben possibile che tale terminologia abbia influenzato anche l'interpretazione che i giudici di Lussemburgo offrivano per l'articolo 173 CEE. Anche l'Avvocato Generale, nelle Conclusioni rassegnate nel caso *ERTA* (EU:C:1971:23), espressamente riteneva che “gli artt. 173 e 189 del trattato formano un tutto coerente”. Lo stesso in Corte giust. 23 aprile 1986, *Les Verts/Parlamento*, causa C-294/83, EU:C:1986:166, punto 24.

³¹ Cfr. Ordinanza del Tribunale, 27 ottobre 2015, *Belgio/Commissione, cit.*, punto 16. Così anche sentenza *ERTA, cit.*, punto 42; Corte giust. 13 ottobre 2011, *Deutsche Post e Germania/Commissione*, causa C-463/10 P e C-475/10 P, EU:C:2011:656, punto 36; Corte giust. 13 febbraio 2014, *Ungheria/Commissione*, causa C-31/13 P, EU:C:2014:70, punto 54.

esenti dal controllo giurisdizionale previsto dall'articolo 263 TFUE tutti gli atti che non producono effetti giuridici vincolanti, quali gli atti preparatori, gli atti confermativi e gli atti di mera esecuzione, le semplici raccomandazioni e i pareri, nonché, in linea di principio, le istruzioni di servizio³². Ancora, al punto 18 dell'ordinanza ora citata si legge che “Alla luce della giurisprudenza, il giudizio sull'idoneità di un atto a produrre effetti giuridici e, di conseguenza, a costituire l'oggetto di un ricorso di annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE, implica che vengano esaminati il tenore letterale dell'atto stesso e il contesto nel quale si iscrive³³ [...], la sua sostanza³⁴ [...] nonché le intenzioni del suo autore³⁵. E in effetti il Tribunale, applicando per la prima volta il criterio *ERTA* ad una raccomandazione, esaminava il tenore letterale, il contesto, la sostanza e le intenzioni dell'istituzione emanante, giungendo alla conclusione che la raccomandazione in esame non producesse effetti giuridici vincolanti.

Da quanto detto emerge come il criterio *ERTA*, mentre nella sua versione originaria si limitava a fare riferimento agli atti produttivi di effetti giuridici, senza alcun richiamo agli effetti giuridici vincolanti, nella giurisprudenza successiva è stato interpretato nel senso di ritenere sottoponibili a sindacato di legalità tutti gli atti giuridici emessi dalle istituzioni dell'Unione, anche se atipici, purché dotati del carattere della vincolatività³⁶. Risulterebbero escluse dal meccanismo impugnatorio, quindi, le raccomandazioni.

È evidente che la nozione di “effetto giuridico vincolante” sia decisamente più circoscritta rispetto a quella di “effetto giuridico” *tout court*, attendendo piuttosto a quegli atti al mancato adempimento dei quali può seguire l'applicazione e l'esecuzione di un regime sanzionatorio, diretto o indiretto che sia. Accogliendo il criterio dell'efficacia giuridica vincolante, quindi, una serie di

³² Cfr. Ordinanza del Tribunale, 27 ottobre 2015, *Belgio/Commissione*, cit., punto 17. Analogamente Corte giust. 12 settembre 2006, *Reynolds Tobacco e a./Commissione*, causa C-131/03 P, EU:C:2006:541, punto 55; Corte giust. 14 maggio 2012, *Sepracor Pharmaceuticals (Ireland)/Commissione*, causa C-477/11 P, EU:C:2012:292, punto 52.

³³ Corte giust. 20 marzo 1997, *Francia/Commissione*, causa C-57/95, EU:C:1997:164, punto 18; Corte giust. 1° dicembre 2005, *Italia/Commissione*, causa C-301/03, EU:C:2005:727, punti da 21 a 23

³⁴ Corte giust. 22 giugno 2000, *Paesi Bassi/Commissione*, causa C-147/96, EU:C:2000:335, punto 27 e la giurisprudenza ivi citata; Corte giust. 9 ottobre 1990, *Francia/Commissione*, causa C-366/88, EU:C:1990:348, punto 23; Corte giust. 13 novembre 1991, *Francia/Commissione*, causa C-303/90, EU:C:1991:424, punti da 18 a 24; Corte giust. 16 giugno 1993, *Francia/Commissione*, causa C-325/91, EU:C:1993:245, punti da 20 a 23.

³⁵ Corte giust. 26 gennaio 2010, *Internationaler Hilfsfonds/Commissione*, causa C-362/08 P, EU:C:2010:40, punto 52; Corte giust. 17 luglio 2008, *Athinaiki Techniki/Commissione*, causa C-521/06 P, EU:C:2008:422, punto 42.

³⁶ Corte giust. 17 maggio 1989, *Italia/Commissione*, causa C-151/88, EU:C:1989:201, punto 21; Corte giust. 5 ottobre 1999, *Paesi Bassi/Commissione*, causa C-308/95, EU:C:1999:477, punto 30; Corte giust. 13 ottobre 2011, *Deutsche Post e Germania/Commissione*, cause riunite C-463/10 P e C-475/10 P, EU:C:2011:656, punto 36; Corte giust. 13 febbraio 2014, *Ungheria/Commissione*, causa C-31/13 P, EU:C:2014:70, punto 54.

atti che sarebbero per loro struttura idonei a produrre effetti giuridici significativi sulla sfera giuridica e sulla condotta dei destinatari, ma che tuttavia difettino del requisito dell'obbligatorietà, almeno secondo l'accezione tradizionale del termine³⁷, risulterebbero per ciò stesso e per ciò solo sottratti al controllo di legittimità previsto in base all'articolo 263, primo comma, TFUE³⁸. E ciò accadrebbe, con certezza, anche per le raccomandazioni.

Non si ritiene che questo rilievo, presentato in chiave critica, per quanto suggestivo, sia particolarmente convincente, e ciò soprattutto perché sarebbe opportuno evitare di essere spinti nella direzione opposta, correndo cioè il rischio di allargare troppo le maglie del ricorso in annullamento e provocando, di conseguenza, squilibri del sistema. Questo è quello che potrebbe accadere se si applicasse il criterio *ERTA* nella sua dimensione originaria, ossia quella che faceva leva sulla mera sussistenza di un atto produttivo di effetti giuridici, a prescindere poi dalla sua denominazione o dalla sua forma; ma questo è quello che accadrebbe anche qualora si dovesse ritenere, come suggerisce l'A.G. nella sua posizione critica poco sopra ricordata, che ogni raccomandazione, purché dotata di valore giuridico "forte", e quindi idonea ad incidere in termini significativi su posizioni giuridiche dei destinatari, sia per ciò stesso e per ciò solo sindacabile sul piano della sua legittimità³⁹.

³⁷ Questa precisazione appare importante in quanto, come si vedrà meglio nei paragrafi successivi, è stata avanzata l'idea che l'idoneità delle raccomandazioni a produrre effetti giuridici "forti", le avvicini molto alla categoria degli atti vincolanti, con ciò propendendo per la configurazione di un *tertium genus* tra la raccomandazione "vera e propria" e l'atto vincolante ritenuto tale nel senso più classico del termine.

³⁸ Prospetta questo rilievo in chiave critica l'Avvocato Generale nelle Conclusioni rassegnate, in data 10 dicembre 2017 (EU:C:2017:959) in riferimento alla causa C-16/16 P, *cit.*, specialmente al paragrafo 75.

³⁹ L'Avvocato Generale, nelle Conclusioni citate, in causa C-16/16 P, assume una posizione critica nei confronti del criterio *ERTA* anche in merito alla valorizzazione dell'intenzione dell'autore quale criterio per stabilire se l'atto in questione possa o meno essere considerato produttivo di effetti giuridici vincolanti. Da questo punto di vista, l'A.G. sottolinea un elemento di lapalissiana evidenza: "se l'intenzione dell'autore dell'atto deve sempre essere l'intenzione storica soggettiva, allora, in pratica, nessuna raccomandazione sarà mai soggetta a controllo. La valutazione della natura e degli effetti di una raccomandazione cade rapidamente nel vuoto. Visto che la Commissione non intendeva emanare una normativa vincolante è stata scelta una raccomandazione. Dal momento che la Commissione ha scelto una raccomandazione, la sua intenzione soggettiva era chiaramente quella di non riconoscere a detto strumento efficacia vincolante. In ragione di detta intenzione, attestata di fatto dalla scelta dello strumento, essa non potrà mai essere vincolante a prescindere dal suo contenuto e dal suo tenore letterale in quanto la Commissione non intendeva adottare alcuna normativa vincolante" (Conclusioni, paragrafo 78). Accedendo a questa opzione ricostruttiva, quindi, la scelta dello strumento giuridico dovrebbe determinare *a priori* lo scopo dell'atto, che potrà prevalere tanto sul contenuto, quanto e soprattutto sul tenore letterale dello stesso.

4. Raccomandazioni e loro “particolari” effetti giuridici

L'interpretazione evolutiva che ha interessato il criterio *ERTA* suggerisce che il sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione abbia subito ormai da tempo una serie di significativi cambiamenti, e ciò anche in relazione alla proliferazione degli strumenti di *soft law* che, pur non essendo dotati di portata vincolante, risultano comunque produttivi di effetti giuridici significativi rispetto ai destinatari⁴⁰. Ed è pure per questa ragione che anche i meccanismi giurisdizionali di tutela si sono dovuti adeguare a tali cambiamenti. E tuttavia, non pare che tali adeguamenti e tali cambiamenti possano spingersi al punto tale da consentire l'accesso al giudice al di là della tradizionale e per alcuni obsoleta⁴¹ logica binaria che distingue le norme giuridiche vincolanti da quelle non vincolanti. Ciò significa, quindi, che solo se una determinata raccomandazione, alla luce della sua *ratio*, del contesto nel quale è collocata e dello scopo al quale tende, si occupi in ipotesi di fissare delle norme ben precise di comportamento, da seguire da parte dei destinatari, essa potrà essere assoggettabile a sindacato giurisdizionale, al pari di qualsivoglia altra norma produttiva di effetti giuridici obbligatori.

La questione relativa al possibile sindacato di legittimità sulle raccomandazioni sorge atteso che ne esistono talune che, pur qualificandosi come atti tipici non vincolanti, possono in concreto produrre una serie di effetti giuridici piuttosto significativi, tanto sul piano nazionale, quanto su quello dell'Unione⁴². Esistono, in altri termini, delle raccomandazioni che si possono configurare come dotate di un contenuto tale da indurre i destinatari ad adottare determinate condotte, potendo addirittura incidere sui loro diritti ed obblighi, pur se dietro il manto formale di delineazione di meri principi di stimolo e orientamento contenuti in un atto tipicamente raccomandatorio. Si tratterebbe di una

⁴⁰ Sul *soft law* nell'ordinamento dell'Unione cfr. K.C. WELLENS, G.M. BORCHARDT, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, pp. 267 ss.; J. KLABBERS, *Informal Instruments before the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1994, pp. 997 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, Oregon, 2004; J. SCHWARZE, *Soft Law im Recht der Europäischen Union*, in *Europarecht*, 2011, pp. 3 ss.; J. SCOTT, *In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, pp. 329 ss.; M. KNAUFF, *Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens*, in *Europarecht*, 2011, pp. 735ss.; O. STEFAN, *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013; B. BERTRAND, *Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne*, in *Revue de l'Union européenne*, 2014, pp. 73ss.

⁴¹ Soprattutto così la considera l'Avvocato Generale nelle Conclusioni in causa C-16/16 P, *cit.*

⁴² C. MORAND, *Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1970, pp. 523 ss.; P. SOLDATOS, G. VANDERSANDEN, *La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne*, in D. DE RIPAINSEL-LANDY, E A., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976, pp. 94 ss.

sorta di *tertium genus* tra la raccomandazione “vera e propria”, ossia quella recante le caratteristiche strutturali e funzionali di cui all'articolo 288 TFUE, e la raccomandazione che, in forza del meccanismo di smascheramento dell'atto, è in realtà qualcosa di diverso, ossia un atto vincolante (ad esempio un regolamento o una direttiva) e come tale pacificamente impugnabile ex articolo 263.

Gli effetti giuridicamente rilevanti che le raccomandazioni di questo tipo sono in grado di produrre possono sintetizzarsi in varie categorie⁴³.

La prima è quella dell'aspettativa, o anche del legittimo affidamento, che esse possono ingenerare. Così, nel momento in cui un'istituzione dell'Unione adotta una raccomandazione, è del tutto lecito attendersi che essa si conformerà, nella prassi successiva, al contenuto della stessa. È ciò che accade, d'altra parte, per altri atti di soft law, concepiti in sostanza come fonti di autolimitazione dell'esercizio futuro del potere discrezionale dell'istituzione emanante⁴⁴.

La seconda attiene alla funzione interpretativa che le raccomandazioni sono in grado di espletare⁴⁵, precisando il significato di nozioni giuridiche contenute in atti giuridici vincolanti. Questo è proprio quello che si verifica, ad esempio, per le cosiddette raccomandazioni postlegislative, adottate sulla base di un altro atto di diritto derivato al fine di precisare talune nozioni giuridiche in esso contenute e finendo con il comportare un'integrazione, quindi, del contenuto di una normativa vincolante⁴⁶. Inoltre, pur non sussistendo un obbligo positivo di attuare una raccomandazione, uno Stato membro potrebbe essere tenuto a considerarne il contenuto tutte le volte in cui venga in rilievo una raccomandazione postlegislativa, utilizzata per precisare nozioni giuridiche contenute in un atto vincolante. In altri termini, qualora lo Stato debba recepire un atto dell'Unione, gli effetti vagamente vincolanti, ovvero vincolanti in modo blando, della raccomandazione che a tale atto sia legata, potrebbero esplicitarsi anche nella misura in cui l'attuazione si concretizzi nel senso indicato dalla raccomandazione stessa, ossia in ossequio al suo contenuto.

La terza categoria, infine, è quella relativa alla capacità di talune raccomandazioni di produrre delle regole giuridicamente rilevanti che precedono il processo legislativo vero e proprio e incidono sensibilmente, di conseguenza, an-

⁴³ Per tali rilievi si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale, rassegnate in data 12 dicembre 2017, ai paragrafi dall'89 al 95. Si ricordino, in generale, a proposito degli effetti giuridici delle raccomandazioni, l'articolo 117 TFUE o, in materia di Unione economica e monetaria, gli articoli 121 e 126 TFUE.

⁴⁴ Cfr. Corte giust. 29 settembre 2011, *Arkema/Commissione*, causa C-520/09 P, EU:C:2011:619, punto 88; Corte giust. 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punti da 209 a 211.

⁴⁵ Si veda Corte giust. 13 dicembre 1989, *Grimaldi*, causa C-322/88, EU:C:1989:646.

⁴⁶ Ma è quello che accade anche per le raccomandazioni prelegislative, che possono svolgere la stessa funzione in riferimento alle norme di diritto primario contenute nei Trattati.

che sull'equilibrio istituzionale su cui riposa il sistema. Da questo punto di vista, è stato sottolineato che “È pacifico che una raccomandazione mira a ottenere che i suoi destinatari vi si conformino. Ora, la raccomandazione, qualora raggiunga anche solo in parte tale obiettivo, andrà a plasmare il ventaglio di soluzioni normative ipotizzabili (accettabili) per il futuro. Se, sulla base di una raccomandazione, più istituzioni dell’Unione o Stati membri si sono già resi adempienti, nell’ambito del processo legislativo che dovesse succederle, tali attori promuoveranno naturalmente la soluzione legislativa da essi già accolta. In tal modo, il soft law di oggi diviene il diritto vincolante di domani”⁴⁷. A ciò dovrebbe aggiungersi anche un ulteriore argomento. Qualora lo Stato abbia recepito una raccomandazione nel diritto nazionale, mediante un atto legislativo con cui siano stati previsti a livello interno obblighi a carico dei singoli, “se detta normativa interna può essere oggetto di impugnazione dinanzi ai giudici nazionali, sarebbe in un certo qual modo insolito negare il controllo di ciò che costituisce il fondamento sostanziale della normativa nazionale, vale a dire la raccomandazione dell’Unione, con la scusa alquanto formalistica che tali obblighi sono stati creati dalla normativa nazionale e non da uno strumento di diritto dell’Unione e che lo Stato membro ha adottato tale normativa di propria iniziativa”⁴⁸.

In realtà non pare che sia proprio così!

In primo luogo, la circostanza per la quale l'atto sia stato emanato dall'istituzione con l'auspicio che il suo contenuto venga recepito dai destinatari, che ad esso conformino il proprio comportamento, non gli attribuisce in alcun modo effetto vincolante. L'obiettivo della raccomandazione, infatti, potrebbe essere disatteso, senza che ne derivi l'attivazione di alcun meccanismo sanzionatorio; così come potrebbe essere raggiunto solo in parte, senza che tuttavia le altre istituzioni o gli Stati sentano gravare su di essi alcun obbligo in tal senso. E persino se le istituzioni e gli Stati dovessero decidere di dar seguito ad una raccomandazione, promuovendo una soluzione legislativa corrispondente a quella contenuta nella raccomandazione stessa, ciò non varrebbe di certo a trasformare un atto di soft law in una norma vincolante. Si tratterebbe soltanto della realizzazione di quel fisiologico meccanismo in cui la raccomandazione sia stata valorizzata nel suo contenuto essenziale, ad essa succedendo “spontaneamente” un atto, comunque ulteriore e diverso, tanto nella forma, quanto nella portata giuridica, quanto ancora circa il regime di tutela giurisdizionale cui lo stesso è sottoponibile. E ciò non in ragione di meri, sterili, formalismi,

⁴⁷ Cfr. Conclusioni A.G. in causa C-16/16 P, *cit.*, paragrafo 95.

⁴⁸ Cfr. Conclusioni A.G., in causa C-16/16 P, *cit.*, paragrafo 108. E questo varrebbe, secondo l'A.G., a maggior ragione nei casi in cui l'impugnazione a livello nazionale dell'atto interno di recepimento riguarderebbe la stessa questione che, potenzialmente, si porrebbe in riferimento alla raccomandazione. L'A.G. cita a questo proposito, per analogia, Corte giust. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, causa C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, punti 54 e 55.

ma piuttosto in funzione dei noti meccanismi di coesistenza e correlazione tra ordinamenti diversi.

Non può tacersi, poi, del fatto che le raccomandazioni, nonostante in principio non vincolanti, siano idonee a produrre effetti giuridici significativi anche al livello degli Stati membri⁴⁹.

I giudici nazionali, ad esempio, possono utilizzarle quali strumenti di interpretazione della normativa interna che abbia dato loro attuazione. Sebbene, infatti, le raccomandazioni non possano attribuire ai singoli diritti azionabili innanzi alle istanze giudiziarie interne⁵⁰, la Corte di giustizia ha espressamente affermato che esse “non possono essere considerat[e] (...) priv[e] di qualsiasi effetto giuridico. Infatti, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell’interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante”⁵¹. Gli effetti giuridici interpretativi di cui si è appena detto risultano vieppiù importanti se si pensa che la Corte di giustizia li ha riconosciuti solo in riferimento alle raccomandazioni, e li ha invece esclusi per gli altri atti dell’Unione privi di carattere vincolante⁵².

Certo, risulta piuttosto difficile comprendere cosa la Corte abbia inteso dire allorché ha affermato che i giudici nazionali possano o debbano “prendere in considerazione” una raccomandazione, sebbene atto non vincolante. Probabilmente sarebbe “troppo” ritenere che si configuri, in riferimento ad esse, una sorta di obbligo di interpretazione conforme per certi versi riconducibile alla statuizione di cui alla sentenza *Von Colson*⁵³. Analogamente, sarebbe “troppo poco” pensare che con tale espressione si debba intendere la possibilità, conferita ai giudici nazionali, di osservare le raccomandazioni, per poi discostarsene completamente ed arbitrariamente. E’ stata prospettata, quindi, quella che potrebbe definirsi, piuttosto, come una strada intermedia, in ordine alla quale cioè “l’autorità nazionale dovrà essere quanto meno *tenuta a motivare* la

⁴⁹ Per tali rilievi si vedano le Conclusioni A.G., in causa C-16/16 P, *cit.*, paragrafi 96 ss.

⁵⁰ Corte giust. 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell*, causa C-188/91, EU:C:1993:24, punto 18; Corte giust. 11 settembre 2003, *Altair Chimica*, causa C-207/01, EU:C:2003:451, punto 41; Corte giust. 18 marzo 2010, *Alasini e a.*, cause riunite da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punto 40.

⁵¹ Corte giust. *Grimaldi*, *cit.*, punto 18.

⁵² Si veda in questo senso Corte giust. 13 dicembre 2012, *Expedia*, causa C-226/11, EU:C:2012:795, punto 31, laddove la Corte ha negato che le comunicazioni della Commissione potessero produrre effetti giuridici interpretativi.

⁵³ Corte giust. 10 aprile 1984, *Von Colson e Kamann*, causa C-14/83, EU:C:1984:153. Successivamente cfr. Corte giust. 5 ottobre 2004, *Pfeiffer e a.*, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punti 114 e 115; Corte giust. 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, causa C-212/04, EU:C:2006:443, punti 108 e 109; Corte giust. 15 aprile 2008, *Impact*, causa C-268/06, EU:C:2008:223, punti da 99 a 101.

sua scelta di discostarsi da una raccomandazione senza essere strettamente obbligata a interpretare il diritto interno in conformità ad essa⁵⁴. Questa soluzione, già sperimentata in passato per altre tipologie di soft law⁵⁵, risulterebbe applicabile a maggior ragione a quegli atti, le raccomandazioni, che sono probabilmente la forma più sofisticata di soft law, atteso che si tratta di atti tipici previsti direttamente dal Trattato.

Ora, è evidente che una siffatta opzione ricostruttiva finisca inevitabilmente per veicolare l'idea che le raccomandazioni possano produrre non solo effetti giuridici, nel senso più ampio e generale del termine, ma anche effetti giuridici in qualche modo vincolanti. E di questo è ben consapevole anche l'Avvocato Generale Bobek, che ha precisato che "l'obbligo di indicare le ragioni per cui un giudice si discosta da una determinata fonte implica necessariamente che essa presenti carattere *vincolante*. Un giudice è tenuto a giustificare soltanto la scelta di discostarsi da fonti *cogenti*. Pertanto, se l'«obbligo di prendere in considerazione» dovesse essere interpretato nel senso che impone un obbligo a carico dei giudici nazionali di giustificare e spiegare le ragioni per cui non hanno seguito una raccomandazione, ciò significherebbe, *eo ipso*, che tali raccomandazioni non solo hanno «qualche effetto giuridico» ma che esse sono, di fatto, vincolanti⁵⁶.

Se così fosse, tuttavia, non si capirebbe la differenza tra l'obbligo di adottare un determinato comportamento, quale rispondente al contenuto precettivo di un atto dell'Unione, e quello di motivare le ragioni per le quali si decida, piuttosto, di discostarsene. In altri termini, se un atto è vincolante, ad esso bisogna dare obbligatoriamente seguito. Qualunque altro comportamento richiesto, ivi compreso quello di giustificare le ragioni per cui ciò non accada, è evidentemente connesso ad un atto privo del carattere di vincolatività.

Per di più, in riferimento all'espressione con cui la Corte precisa che le raccomandazioni vadano "tenute in considerazione", si tenga presente che mai fino ad ora essa si è pronunciata nel senso che le autorità nazionali, pur senza essere obbligate ad interpretare il diritto interno in conformità ad una raccomandazione, siano comunque tenute a motivare la scelta di discostarsene qualora ritengano di farlo.

In definitiva, quindi, qualora il giudice interno fosse tenuto a motivare il perché si discosti dal contenuto di una raccomandazione, l'atto in questione non potrebbe più essere inteso come raccomandazione, ma come atto cogente.

⁵⁴ Vedi Conclusioni A.G. in causa C-16/16 P, paragrafo 100.

⁵⁵ Corte giust. 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punti da 209 a 211; Corte giust. 29 settembre 2011, *Arkema/Commissione*, causa C-520/09 P, EU:C:2011:619, punto 88.

⁵⁶ Così le Conclusioni dell'A.G. In causa C-16/16 P, *cit.*, paragrafo 101. Di converso, un siffatto meccanismo non si configurerebbe per le fonti cosiddette permissive o dissuasive. Si veda sul punto A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, pp. 319 ss.

Non si tratterebbe, cioè, di riconoscerle un effetto giuridico più forte e significativo, ma di considerarla qualcosa di diverso da quello che effettivamente è, ossia un atto non vincolante. E questo assunto non muterebbe nemmeno qualora uno Stato membro finisse con il recepire, mediante un atto legislativo nazionale, la raccomandazione nel diritto interno, atteso che verrebbe comunque in rilievo una norma espressione di un comportamento formalmente non dovuto.

5. Caratteristiche della raccomandazione produttiva di effetti giuridici *lato sensu* vincolanti

Come si è visto le raccomandazioni, pur essendo qualificate espressamente dal Trattato come atti tipici e “non vincolanti”, possono comunque produrre degli effetti giuridici significativi, tanto sul piano del diritto interno quanto su quello dell'ordinamento dell'Unione; effetti che, per le caratteristiche che assumono, e per il modo stesso di atteggiarsi delle raccomandazioni, che tra gli atti non vincolanti rappresentano certamente l'esempio di maggiore compiutezza e precisione, sono tali da poter indurre a sostenere che queste raccomandazioni non dovrebbero potersi considerare del tutto esenti da un controllo di legittimità inquadrabile innanzi alla Corte di giustizia. A tal fine, è evidente, dovrebbe comunque abbandonarsi, almeno per questi tipi di atti, la classica e rigida distinzione tra effetti vincolanti ed effetti non vincolanti⁵⁷. Piuttosto, dovrebbe aver si riguardo alla capacità della raccomandazione di produrre un impatto forte sulla situazione giuridica dei suoi destinatari, e di esercitare altresì un'influenza significativa sul comportamento che questi, alla luce degli immutati criteri del testo, del contesto e dello scopo dell'atto, intendevano assumere per garantirne il rispetto. Il tenore letterale del testo, va da sé, dovrebbe collocarsi tuttavia in una posizione deteriore rispetto agli altri, e con esso la forma rispetto alla sostanza dell'atto. D'altra parte, se così non fosse, ogni raccomandazione che utilizzasse, come accade quasi sempre, locuzioni che esprimono inviti, suggerimenti, o ancora incoraggiamenti, sarebbe per ciò solo esclusa dalla possibilità di un sindacato giurisdizionale. Un ruolo decisivo dovrebbe essere assunto, invece, dai criteri giuridici del contesto e dello scopo dell'atto da interpretare ed applicare.

Ma, in sostanza, quali sarebbero, o dovrebbero essere, gli elementi sintomatici della struttura di una raccomandazione, tali da indurre a ritenere che essa possa produrre effetti giuridici più forti e pregnanti delle altre, quasi dei veri e propri obblighi, sebbene più blandi di quelli prodotti da un regolamento o una

⁵⁷ Come è stato affermato, infatti, “Se la precondizione per l'esistenza di effetti vincolanti è un meccanismo applicativo e sanzionatorio diretto, allora il soft law non sarà mai - per definizione - vincolante, a prescindere dalle disposizioni ivi contenute” (Conclusioni A.G., in causa C-16/16 P, paragrafo 112).

decisione? A tal fine assumono rilievo vari fattori, in apparenza banali e quasi scontati, ma in verità di importanza fondamentale ai fini di un più corretto inquadramento dell'intero meccanismo di cui si discute.

Così, in primo luogo, sarebbe necessario che la raccomandazione di cui trattasi possedesse un sufficiente grado di formalizzazione, ossia che assumesse la forma di un testo normativo, ragionevolmente idoneo a produrre effetti giuridici e, di conseguenza, potenzialmente impugnabile. Si dovrebbe trattare, poi, di un atto definitivo, ossia adottato al termine del procedimento di adozione dello strumento normativo⁵⁸. Inoltre, la raccomandazione dovrebbe contenere “obblighi”, *lato sensu* intesi, ossia regole di comportamento sufficientemente precise, tali cioè da indurre i destinatari a ritenerle tanto specifiche da doversi conformare al loro contenuto senza mantenere alcun margine per alternative comportamentali. Infine, sarebbe necessario che l'atto di riferimento contenesse meccanismi di esecuzione e sanzionatori per le ipotesi di violazione del suo contenuto⁵⁹. Così, ad esempio, in un caso più volte richiamato nel corso del presente lavoro, l'Avvocato Generale rilevava esplicitamente che “la [...] raccomandazione eccede considerevolmente quello che ci si potrebbe attendere da un documento volto semplicemente a raccomandare determinati *principi*”⁶⁰. Si sarebbe trattato, dunque, di una raccomandazione destinata a produrre effetti giuridici significativi, al punto tale che i destinatari prevedibilmente avrebbero modificato la propria condotta per potersi ad essa conformare. Ora, sulla base di questa premessa, l'Avvocato Generale analizzava lo scopo della raccomandazione, quale risultante anche dai consideranda e dai documenti allegati, rilevando a tal fine che “essa mira a raggiungere un livello minimo di armonizzazione raccomandando principi per realizzare un maggiore livello di protezione di consumatori, giocatori e minori in relazione ai servizi di

⁵⁸ Così, ad esempio, un atto – e per quanto ci interessa una raccomandazione - apparirà verosimilmente come giuridico se è strutturato in articoli o in sezioni; oppure ancora se è pubblicato nella serie L della Gazzetta Ufficiale. Correlativamente, come la Corte ha avuto modo di precisare in altra occasione, gli atti preparatori non rientrerebbero nella categoria di quelli formalmente impugnabili (Corte gius. 12 settembre 2006, *Reynolds Tobacco e a. /Commissione*, causa C-131/03 P, EU:C:2006:541, punto 55). Come essi, di conseguenza, nemmeno quelli rientranti nei procedimenti decisionali di adozione di uno strumento di soft law, come una raccomandazione, potrebbero ritenersi giuridici nel senso di sottoponibili a sindacato giurisdizionale.

⁵⁹ L'Avvocato Generale, nelle Conclusioni più volte citate rassegnate in causa C-16/16 P, precisa come non sia probabile, ovviamente, un sistema di attuazione diretta per gli atti non vincolanti, quanto piuttosto meccanismi di attuazione indiretta, tra cui rientrano elementi quali “la presentazione di relazioni o comunicazioni, il controllo e la vigilanza. Possono assumere rilievo anche elementi di pressione reciproca, come la pubblicazione di tabelle prestazionali o di relazioni contenenti denunce pubbliche ecc.” (paragrafo 121).

⁶⁰ Conclusioni A.G., in causa C-16/16 P, *cit.*, paragrafo 123.

gioco d'azzardo online”⁶¹. Per di più, le disposizioni contenute nella raccomandazione non si presenterebbero come meri principi, generali e astratti, ma come regole dotate di un considerevole livello di precisione⁶².

A ben vedere, tuttavia, gli elementi di cui si è appena detto, lungi dal determinare la struttura di una raccomandazione *sui generis*, perché più incisiva delle altre, valgono piuttosto a descrivere un atto diverso, ossia un atto vincolante in senso proprio. Quando, cioè, il livello di precisione e il carattere precettivo del testo e del contenuto dell'atto superano un certo livello, al punto tale che in esso si trovano pure indicazioni sul regime sanzionatorio conseguente alla sua eventuale violazione, non si tratterà più di una raccomandazione, più forte e incisiva, idonea in ipotesi a produrre effetti giuridici più significativi, ma si tratterà di un atto diverso, ossia di un atto vincolante. D'altra parte, non potrebbe essere diversamente, atteso che, come già detto in premessa, non pare possibile graduare in alcun modo il tasso di vincolatività di un atto tipico dell'Unione⁶³, perché è il concetto stesso di vincolatività che non ammette graduazioni. Non sarebbe possibile determinare, cioè, una sorta di “soglia” della portata obbligatoria, al di sopra della quale si verserebbe nel contesto di un regolamento o di una direttiva, ad esempio, e al di sotto della quale di una raccomandazione vincolante si, ma non troppo! O l'atto non è vincolante, ed è cioè una raccomandazione vera e propria; oppure lo è, perché presenta quegli indici sintomatici di cui si è appena detto, e allora è un altro atto. E anche l'Avvocato Generale, nelle Conclusioni più volte citate nel corso del presente lavoro, è perfettamente conscio di ciò. Pur pretendendo di affermare l'idea che venisse in rilievo una raccomandazione *sui generis*, dotata di una certa forma di vincolatività, sebbene blanda, finisce poi inevitabilmente per tradire le stesse premesse del proprio ragionamento, affermando che “è lecito ritenere che un lettore il quale, ricevuto il documento in questione privo del titolo, fosse invitato a leggerlo senza conoscere detto titolo, penserebbe verosimilmente di trovarsi di fronte a una direttiva o, in certi punti, addirittura a un regolamento, ma indubbiamente a un documento legislativo volto a imporre obblighi chiari e precisi e a indurre i suoi destinatari a conformarvisi” (paragrafo 135).

⁶¹ L'atto si presenta, secondo l'A.G., come piuttosto ben strutturato; pubblicato nella serie L della Gazzetta Ufficiale; inoltre non è un atto preparatorio ma definitivo.

⁶² Per la descrizione di talune disposizioni della raccomandazione controversa dotate di un considerevole livello di precisione e dettaglio si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale, ai paragrafi 129 ss.

⁶³ Forse questo sarebbe possibile per gli atti atipici cosiddetti di *soft law*, norme “imperfette” che non sono vincolanti nel senso tradizionale del termine, in quanto non sono accompagnate da strumenti di coercizione diretta; ma che tuttavia si prefiggono l'obiettivo precipuo che i destinatari si conformino al loro contenuto. Contenuto qualificabile, d'altra parte, in termini di “obblighi blandi”.

Non un *tertium genus*, quindi, ossia un ibrido tra la raccomandazione e l'atto vincolante; ma piuttosto proprio questo, ossia una norma cogente mascherata da raccomandazione.

6. Il sindacato di validità sulle raccomandazioni ex articolo 267 TFUE

Esisterebbe poi un ulteriore argomento utilizzato onde supportare l'idea dell'impugnabilità delle raccomandazioni. Si tratta di un argomento che si rintraccia nell'articolato tessuto narrativo delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek, rassegnate nella più volte citata sentenza *Belgio/Commissione*. L'A.G., in particolare, insiste sulla circostanza per la quale una raccomandazione che produca effetti giuridici piuttosto significativi, tali da indurre i destinatari della stessa a conformarvisi, non potrebbe essere esclusa dal controllo giurisdizionale di cui all'articolo 267 TFUE e, di conseguenza, non potrebbe non essere impugnabile ex articolo 263, anche oltre la formulazione letterale della norma.

In effetti, sulla base di una valutazione complessiva della giurisprudenza della Corte, pare potersi desumere la possibilità che anche un atto non vincolante dell'Unione, quale in effetti è una raccomandazione, possa costituire oggetto di un rinvio pregiudiziale di interpretazione⁶⁴. Questa possibilità appare viepiù condivisibile quando si tratti di una raccomandazione alla quale sia seguito un atto interno di recepimento. Se lo Stato, in altri termini, ha addirittura posto in essere una norma interna che abbia dato esecuzione ad una raccomandazione, considerandone quindi il contenuto rilevante al punto tale da permeare di sé l'ordinamento nazionale, non dovrebbero sussistere grossi impedimenti a ritenere che l'interpretazione di una raccomandazione di tal sorta sia sottoponibile all'attenzione della Corte ex articolo 267 TFUE. Si tratterebbe, in altri termini, di ottenere l'interpretazione autentica, nei casi dubbi, di un atto tipico dell'Unione che sia stato peraltro recepito dall'ordinamento nazionale.

D'altra parte, la possibilità che una raccomandazione costituisca oggetto di un rinvio pregiudiziale di interpretazione è stata comunque espressamente riconosciuta dalla Corte che, in una storica sentenza, ha precisato che “il fatto che un atto di diritto comunitario sia privo di effetti obbligatori non può impedire alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione di tale atto, ai sensi dell'art. 177 del Trattato”⁶⁵.

⁶⁴ Le raccomandazioni rientrerebbero pacificamente, infatti, nella categoria degli “atti compiuti dalle istituzioni”. Si vedano sul punto Corte giust. 18 giugno 1976, *Frecassetti/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, causa C-113/75, EU:C:1976:89; Corte giust. 13 dicembre 1989, *Grimaldi, cit.*; Corte giust. 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell*, causa C-188/91, EU:C:1993:24.

⁶⁵ Cfr. Corte giust. 13 dicembre 1989, *Grimaldi, cit.*, punto 9; Corte giust. 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell, cit.*, punto 18.

Diverso potrebbe essere il caso in cui si ponesse un dubbio avente ad oggetto non già l'interpretazione, ma la validità della raccomandazione. Anche per ipotesi di questo genere, invero, esistono taluni appigli nella giurisprudenza della Corte attraverso i quali parrebbe profilarsi una tale possibilità.

Si pensi a quanto i giudici di Lussemburgo ebbero modo di affermare nella storica sentenza *Grimaldi*, ossia che “diversamente dall'art. 173 del trattato CEE, che esclude il sindacato della Corte sugli atti aventi la natura di raccomandazione, l'art. 177 attribuisce alla Corte la competenza a statuire, in via pregiudiziale, sulla validità e l'interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni della Comunità, senza alcuna eccezione” (punto 8)⁶⁶. Ancora più in generale, secondo una costante giurisprudenza della Corte di giustizia “il controllo della legittimità degli atti dell'Unione che la Corte garantisce in forza dei Trattati riposa [...] su due procedimenti giurisdizionali complementari. Infatti, il Trattato FUE, agli articoli 263 e 277, da un lato, e all'articolo 267, dall'altro, ha istituito un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti dell'Unione, affidandolo al giudice dell'Unione [...]. È intrinseco a tale sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti il fatto che i singoli abbiano il diritto, nell'ambito di un ricorso proposto dinanzi ad un giudice nazionale, di contestare la legittimità di disposizioni contenute in atti dell'Unione che fungono da fondamento a una decisione o a un atto nazionale adottato nei loro confronti”⁶⁷.

Un approccio di questo tipo, volto cioè a riconoscere la possibilità che una raccomandazione possa costituire oggetto tanto di un rinvio pregiudiziale di interpretazione quanto, soprattutto, di validità, godrebbe indubbiamente di alcuni meriti.

In primo luogo si potrebbero soddisfare esigenze di tenuta di un sistema giudiziale di tutela che, se da un lato restringe i presupposti del sindacato di legittimità di un atto ex articolo 263, dall'altro li allarga ai sensi dell'articolo 267. Si potrebbe essere indotti a ritenere, così, che laddove il legislatore “ha voluto”, ha espressamente escluso che le raccomandazioni siano impugnabili; tuttavia ha ritenuto che i profili di illegittimità di questi atti debbano comunque potersi valorizzare, in un sistema che la Corte stessa definisce “completo”, ammettendo che gli stessi siano sottoponibili al giudice dell'Unione con un mezzo “complementare”, ossia con la proposizione di uno quesito pregiudiziale.

⁶⁶ Nello stesso senso anche Corte giust., 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione, cit.*, punto 44; Corte giust. 13 giugno 2017, *Florescu e a.*, causa C-258/14, EU:C:2017:448, punto 30.

⁶⁷ Corte giust. 28 marzo 2017, *Rosneft*, causa C-72/15, EU:C:2017:236, punti 66 e 67; Corte giust. 15 febbraio 2001, *Nachi Europe*, causa C-239/99, EU:C:2001:101, punti 35 e 36; Corte giust. 29 giugno 2010, *E e F*, causa C-550/09, EU:C:2010:382, punti 45 e 46.

ziale. Ne risulterebbero rafforzati, in secondo luogo, anche i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di interpretazione sistematica di una giurisprudenza ormai risalente, e tendenzialmente consolidata, della Corte.

E tuttavia l'effetto macroscopicamente negativo che produrrebbe questa impostazione risiederebbe nel fatto che la possibilità di sottoporre alla Corte un rinvio pregiudiziale di validità di una raccomandazione finirebbe inevitabilmente con l'attrarre a sé anche i termini del sindacato giurisdizionale di legittimità esercitabile sul medesimo atto ex articolo 263.

Possibilità, questa, che nel corso del presente lavoro si è tentato di escludere fortemente.

D'altra parte, come potrebbe negarsi che uno stesso atto, in ipotesi anche per i medesimi vizi, sia sottoponibile ad un sindacato di legittimità a mezzo di una procedura e non di un'altra? È vero che esistono delle differenze tra le due procedure di cui trattasi (ricorso in annullamento e rinvio pregiudiziale), che comportano la conseguenza che non sempre esse siano utilizzabili negli stessi termini. Ma non si tratta di differenze relative alla natura dell'atto oggetto del sindacato di validità, ma piuttosto relative, ad esempio, ai soggetti attivamente legittimati all'esperimento delle rispettive azioni.

Sarebbe quindi preferibile affermare che non sia l'articolo 267 a trascinare verso di sé il 263, ma l'esatto contrario: ossia che l'esplicito divieto di impugnare una raccomandazione ricada, poi, anche sul versante del controllo di validità esercitato sull'atto a titolo pregiudiziale.

D'altra parte, sarebbe opportuno evitare di ammettere e valorizzare un rinvio pregiudiziale di validità avente ad oggetto una raccomandazione anche in ragione di una certa distinzione tra esso e il rinvio pregiudiziale di interpretazione, in riferimento al quale l'idea di un sindacato sulle raccomandazioni può dirsi pacificamente acquisita. Si consideri, infatti, che le due ipotesi di rinvio pregiudiziale contemplate dall'articolo 267 TFUE sono decisamente diverse, e soprattutto diversi sono i presupposti dei due rinvii e le conseguenze scaturenti dalle pronunce della Corte emesse rispettivamente a titolo pregiudiziale di interpretazione ovvero di validità. Senza scendere troppo nel dettaglio, si tenga presente che allorché la Corte fornisce l'interpretazione di un atto di diritto derivato, incide sicuramente sulla sua portata applicativa, nonché su quella delle norme interne che ad esso si connettono, ma in termini decisamente meno forti ed invasivi di quanto accade allorché si pronuncia sul piano dell'eventuale illegittimità dell'atto stesso. Ammettere, quindi, che una raccomandazione costituisca oggetto di un rinvio pregiudiziale di interpretazione, in special modo per una raccomandazione che abbia prodotto degli effetti significativi sull'ordinamento degli Stati membri, al punto tale che ad essa essi si siano con-

formati, pare più che come una forzatura, quasi come una conseguenza necessitata della circostanza che lo Stato l'abbia esso stesso considerata *lato sensu* cogente.

A ciò aggiungasi che, sebbene l'assunto dell'Avvocato Generale Bobek sia piuttosto suggestivo, esso incontra un limite invalicabile nella formulazione letterale ed inequivocabile del Trattato, con particolare riguardo al combinato disposto tra gli articoli 263 e 288 TFUE, tale da incidere anche sul sindacato di legittimità della raccomandazione determinabile in base all'articolo 267 TFUE. Con ciò si intende dire, in altri termini, che poiché il Trattato è assolutamente chiaro nel determinare l'esclusione dal sindacato di legittimità delle raccomandazioni, quali atti non vincolanti, sarà proprio questa esclusione che dovrebbe attrarre a sé qualsiasi altra ipotesi di valutazione giudiziale della legittimità dell'atto, ivi compresa quella prevista dall'articolo 267 circa il rinvio pregiudiziale di validità. E d'altra parte non potrebbe essere che così.

Perché mai dovrebbe escludersi la possibilità di impugnare una raccomandazione direttamente innanzi alla Corte di giustizia da parte di uno dei ricorrenti previsti dall'articolo 263, e consentire poi addirittura ad un giudice interno, nell'ambito di un giudizio in corso, un'analoga possibilità, sottoponendo alla Corte una questione pregiudiziale di validità della raccomandazione stessa? Al giudice nazionale, in altri termini, sarebbe consentito fare qualcosa che invece è espressamente precluso agli Stati e alle istituzioni!

Per di più, è ormai consolidata l'idea che sussista un parallelismo quasi perfetto tra i presupposti di ricevibilità di un ricorso in annullamento e quelli di proponibilità di un rinvio pregiudiziale di validità, e ciò non solo nel senso che i motivi di invalidità che si possono far valere ex art. 267 sono analoghi a quelli contemplati dall'articolo 263, ma anche e soprattutto nel senso che oggetto di una questione pregiudiziale di validità possano essere tutti gli atti contro i quali si può proporre un ricorso di annullamento. Ne dovrebbe conseguire il dato, semplice ma forte sul piano argomentativo, che laddove non sussistono i presupposti per l'esperimento di un ricorso in annullamento, non dovrebbero sussistere nemmeno quelli di un rinvio pregiudiziale di validità, se non a prezzo della menomazione di valutazioni ed esigenze di lettura coordinata e sistematica delle disposizioni in materia di sindacato giurisdizionale innanzi alla Corte, nonché di coerenza del sistema.

7. Conclusioni

Tentiamo adesso di sintetizzare quanto esplicitato fino a questo momento, prospettando altresì qualche considerazione tendenzialmente conclusiva.

Esistono con certezza due estremi da considerare ai fini della qualificazione di un atto raccomandatorio e della determinazione del regime della sua eventuale impugnabilità.

Ad un estremo si collocano quelle che si sono definite raccomandazioni “vere e proprie”, ossia quegli atti tipici e non vincolanti che possono sussu- mersi perfettamente nel disposto di cui all'articolo 288 TFUE. Ad un altro estremo si rintracciano, invece, quegli atti che, pur apparendo come raccoman- dazioni e recandone anche la denominazione formale, hanno un contenuto pre- cettivo compiuto, dotato di una obbligatorietà tale da non potersi qualificare come raccomandazioni, nel senso canonico del termine. Questi atti, che evi- dentemente non saranno raccomandazioni, ma altro tipo di atti, in quanto ido- nei a produrre effetti giuridici obbligatori, potranno costituire oggetto di un ricorso in annullamento per uno dei motivi previsti dall'articolo 263 TFUE.

In una sorta di posizione intermedia tra questi due estremi, sarebbe possi- bile individuare un altro tipo di raccomandazioni: qualcosa di meno di una direttiva o di un regolamento, ad esempio, in quanto non caratterizzate dalla vincolatività loro tipica; e qualcosa di più delle semplici raccomandazioni, poi- ché in grado di produrre sui destinatari un'incidenza piuttosto significativa e sull'ordinamento nel suo complesso un effetto particolarmente pregnante, nei termini di cui sopra si è detto. Ora, perché negare che questo tipo di racco- mandazioni, così incisive sul piano delle conseguenze giuridiche scaturenti dalla loro applicazione, possano essere impugnate? Perché frustrare l'effettività della tutela giurisdizionale, principio cardine del sistema dell'Unione, preclu- dendo il sindacato di legittimità sulle stesse?

Questi interrogativi, cui si connettono argomenti a favore di un eventuale sindacato di legittimità su tali raccomandazioni “intermedie”, per quanto fon- dati in linea di principio, non paiono invero tanto “forti” da superare il criterio giuridico formale della non impugnabilità delle stesse.

Ciò che rileva, infatti, è un divieto espressamente previsto dal Trattato, che poco o nulla si presta ad operazioni ermeneutiche o ricostruttive che ne mutino in qualche modo il contenuto. Lo stesso può dirsi per quanto concerne la norma del Trattato (articolo 288 TFUE) che descrive le raccomandazioni, sus- sumendole nell'ampia categoria degli atti tipici dell'Unione, ma tuttavia espres- samente sancendo il loro carattere non vincolante. Ciò che si intende dire, in altri termini, è che l'interpretazione evolutiva delle norme dell'ordinamento, e anche dell'ordinamento dell'Unione, per quanto auspicabile alla luce di esi- genze di funzionalità del sistema, non può spingersi al punto di mutare l'evi- denza di due norme che espressamente e chiaramente qualificano le raccoman- dazioni come non obbligatorie ed escludono che possano essere impugnate ai sensi e per gli effetti dell'articolo 263 TFUE. Si tratta di ipotesi in cui il testo della norma è talmente chiaro che sarebbe piuttosto difficile ammettere l'uti- lizzo di un criterio ermeneutico diverso da quello letterale. Di questa ricostru- zione si ha un'ulteriore conferma allorquando la Corte precisa, con un argo- mento che forse prova troppo, ma che di sicuro appare convincente, che la

questione di cui trattasi “è caratterizzata non dall’assenza, nei trattati, di una disposizione che preveda il diritto di proporre un ricorso di annullamento come quello di cui trattasi nella specie, bensì dall’esistenza di una disposizione espressa, contenuta nell’articolo 263, primo comma, TFUE, che esclude le raccomandazioni dall’ambito di applicazione del ricorso di annullamento, poiché questi atti non producono effetti giuridici vincolanti”⁶⁸.

Ora, con questo non si vuole negare affatto che esistano raccomandazioni “particolari”, in grado di produrre effetti giuridici altrettanto particolari nella sfera giuridica dei loro destinatari e non solo. Farlo, d'altra parte, equivarrebbe a negare pagine di giurisprudenza della Corte che sul punto si ripropongono fino ai giorni nostri. Né significa valorizzare, in assoluto, l'interpretazione letterale al di sopra di altri criteri ermeneutici in gioco. Significa solo che la forza di contenuti ed effetti di tali raccomandazioni non possa in alcun modo incidere né sulla loro qualificazione, né e di conseguenza sul regime impugnatorio cui le stesse possano essere sottoposte. Si tratterà di raccomandazioni certamente più complete, dal contenuto normativo più compiuto, più sofisticate sul piano degli effetti prodotti sul sistema in forza della loro applicazione, ma ciò non muterà la loro natura, atteso che si tratterà pur sempre di raccomandazioni, come tali soggette all'applicazione di una norma del Trattato per la quale vale inequivocabilmente il brocardo *in claris non fit interpretatio* e che esclude la possibilità di sindacarne la legittimità innanzi alla Corte.

⁶⁸ Corte giust. 20 febbraio 2018, *Belgio/Commissione*, cit, punto 43.