



INSIGHT

## I GIOCHI D'AZZARDO *ON-LINE*, LE RACCOMANDAZIONI E IL PRINCIPIO “*SOFT LAW IS NO LAW*”

LORENZO F. PACE\*

ABSTRACT: : In its judgement of 20 February 2018 (case C-16/16 P, *Belgium v. European Commission*) the CJEU extends to recommendations its settled case-law that non-binding acts cannot be challenged before the Court of Justice. Moreover, the decision deals with the role of the Commission as institution that can perform, through recommendations, a role of "persuasion" *vis-à-vis* Member States in order to define common principles to protect consumers and minors in the online gambling sector.

KEYWORDS: CJEU – Art. 263 TFEU – Art. 288 TFEU – recommendations – soft-law – online gambling services.

### I. INTRODUZIONE

La presente sentenza affronta per la prima volta il tema dell'impugnabilità delle raccomandazioni dinnanzi alla Corte di giustizia. Nella decisione tale tema è strettamente collegato, come si cercherà di chiarire, al ruolo della Commissione quale istituzione che possa svolgere, tramite raccomandazioni, un ruolo di “persuasione e stimolo” nei confronti degli Stati membri per definire principi comuni a tutela dei consumatori e dei minori nel settore dei giochi d'azzardo *on-line*.

### II. LA “LIBERALIZZAZIONE” DEL GIOCO D'AZZARDO *ON-LINE* E LA RACCOMANDAZIONE A TUTELA DEI CONSUMATORI E DEI MINORI

La sentenza qui in commento verte sull'impugnazione dinnanzi alla Corte di giustizia della raccomandazione 2014/478/UE relativa ai principi per la tutela dei consumatori e

\* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi del Molise, [lorenzo.pace@unimol.it](mailto:lorenzo.pace@unimol.it).

degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo *on-line* e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo *on-line*.<sup>1</sup>

La raccomandazione costituisce la conclusione di un intenso lavoro della Commissione, del Parlamento e del Comitato economico e sociale iniziato nel 2011. Infatti nel 2011 la Commissione organizzava una consultazione pubblica sul suo "Libro verde sul gioco d'azzardo *on-line* nel mercato interno" (il Libro verde).<sup>2</sup> In esso si individuavano gli obiettivi comuni degli Stati membri riguardo alla regolamentazione di tali servizi. Il Libro verde contribuiva ad individuare i settori in cui l'Unione europea doveva intervenire in via prioritaria.

Successivamente nel 2012 la Commissione, nella Comunicazione "Verso un quadro normativo europeo approfondito relativo al gioco d'azzardo *on-line*",<sup>3</sup> proponeva una serie di azioni che cercavano di rispondere ai problemi di ordine normativo, sociale e tecnologico legati al gioco d'azzardo *on-line*. In particolare, la Commissione annunciava che avrebbe presentato raccomandazioni sulla tutela dei consumatori nel campo dei servizi di gioco d'azzardo *on-line*, compresa la tutela dei minori e sulla comunicazione commerciale responsabile dei servizi di gioco d'azzardo *on-line*.

Il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del 10 settembre 2013 sul gioco d'azzardo *on-line* nel mercato interno,<sup>4</sup> invitava la Commissione, tra l'altro, ad imporre agli operatori l'obbligo di fornire sui siti internet di gioco d'azzardo informazioni sulle autorità di regolamentazione e avvisi per i minori, nonché di promuovere l'utilizzo di autolimitazioni. Inoltre, il Parlamento chiedeva di definire principi comuni per comunicazioni commerciali responsabili, raccomandando che queste contenessero informazioni chiare in merito alle conseguenze del gioco d'azzardo compulsivo e ai rischi di dipendenza.

Infine nel 2012 anche il Comitato economico e sociale europeo chiedeva alla Commissione di intervenire per migliorare la tutela dei consumatori riguardo al gioco d'azzardo *on-line* e per tutelare i minori.<sup>5</sup>

Al termine di questa lunga fase di riflessione la Commissione emanava nel 2014 la raccomandazione di cui alla sentenza qui in commento. In essa la Commissione premette che "[i]n assenza di armonizzazione a livello di Unione europea, in via di principio gli Stati membri sono liberi di definire gli obiettivi delle rispettive politiche sui giochi di sorte e di fissare il livello di tutela che intendono offrire allo scopo di proteggere la salute dei

<sup>1</sup> Raccomandazione della Commissione 2014/478/UE del 14 luglio 2014 sui principi per la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo *on line* e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo *on line*.

<sup>2</sup> Commissione, *Sul gioco d'azzardo on-line nel mercato interno - un Libro verde*, COM(2011) 128 final.

<sup>3</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Verso un quadro normativo europeo approfondito relativo al gioco d'azzardo on-line*, COM(2012) 596.

<sup>4</sup> Risoluzione del Parlamento europeo P7\_TA(2013)0348) del 10 settembre 2013 sul gioco d'azzardo *on-line* nel mercato interno.

<sup>5</sup> Risoluzione del Comitato economico sociale europeo alla Commissione del 22 maggio 2012 sul gioco d'azzardo *on-line* nel mercato interno, Doc. 2012/2322(INI).

consumatori" (considerando 5). Inoltre l'Istituzione dell'Unione indica che "[l]e norme e le politiche introdotte dagli Stati membri per perseguire obiettivi di interesse pubblico variano in misura considerevole. L'intervento a livello UE incoraggia gli Stati membri a garantire un elevato livello di protezione in tutta l'UE (...)" (considerando 8). La raccomandazione ha quindi come generale obiettivo quello di migliorare la tutela dei consumatori, dei giocatori e dei minori e ad evitare che i minori abbiano accesso al gioco d'azzardo *on-line*. Essa mira inoltre a garantire che il gioco d'azzardo resti una fonte d'intrattenimento, che ai consumatori sia garantito un ambiente di gioco sicuro e che siano previste misure per far fronte al rischio di danni finanziari o sociali e per intraprendere le azioni necessarie per impedire ai minori di accedere al gioco d'azzardo *on-line*.

Al fine di raggiungere questi obiettivi la Commissione individua nella raccomandazione dei principi relativi a tale settore che dovrebbero essere comuni – nei limiti della natura non vincolante dell'atto - a tutti gli Stati membri. Al fine di definire tali principi la raccomandazione presenta un dettagliato "articolato normativo". Essa è infatti costituita da trenta considerando, dodici sezioni e cinquantanove paragrafi. Le sezioni sono così rubricate: "Scopo", "Definizione", "Prescrizioni relative alle informazioni", "Minori", "Registrazione dei giocatori e conto di gioco", "Attività dei giocatori e assistenza", "Pause e autoesclusione", "Comunicazioni commerciali", "Sponsorizzazioni", "Educazione e sensibilizzazione", "Vigilanza", "Relazioni".

### III. IL RICORSO DEL BELGIO E L'ORDINANZA D'IRRICEVIBILITÀ DEL TRIBUNALE

In data 13 ottobre 2014 il Belgio presenta ricorso di annullamento nei confronti di detta raccomandazione. A fronte di ciò la Commissione, il 19 dicembre 2014, solleva un'autonoma eccezione d'irricevibilità del ricorso in quanto avente ad oggetto un atto non vincolante, cioè una raccomandazione, e quindi, ai sensi dell'art. 263 TFUE, escluso dal sindacato di legittimità della Corte di giustizia.

Il Tribunale il 27 ottobre 2015, con ordinanza, respinge il ricorso del Regno di Belgio in quanto irricevibile.<sup>6</sup>

Il Tribunale nelle motivazioni ricorda che sono impugnabili *ex art. 263 TFUE* tutti gli atti, a prescindere dalla forma, che producano effetti giuridici vincolanti.<sup>7</sup> Non sono invece impugnabili gli atti che non abbiano effetti giuridici vincolanti come le raccomandazioni.<sup>8</sup> In particolare il giudizio sull'idoneità di un atto a produrre effetti giuridici e che costituire oggetto di ricorso di annullamento *ex art. 263 TFUE* implica una valutazione sul tenore, sul contesto e sulle intenzioni del suo autore. A tal fine il Tribunale in primo luogo, dopo una scrupolosa ricostruzione della raccomandazione nelle varie versioni linguistiche, conclude che essa è stata formulata "sostanzialmente in termini non impe-

<sup>6</sup> Tribunale, sentenza del 27 ottobre 2015, causa T-721/14, *Belgio c. Commissione*.

<sup>7</sup> *Ivi*, par. 16.

<sup>8</sup> *Ivi*, par. 17.

rativi".<sup>9</sup> In secondo luogo, il Tribunale conclude, dopo ampie considerazioni, che tale atto non è destinato ad esplicare effetti giuridici vincolanti.<sup>10</sup> In terzo luogo, l'analisi del testo e del contenuto della raccomandazione e l'intento perseguito dalla Commissione – anche tenendo presente l'estratto della Comunicazione del 23 ottobre 2012 in cui la Commissione negava la sua volontà di disciplinare il settore dei giochi d'azzardo *on-line* – porta il Tribunale alla medesima conclusione.<sup>11</sup>

Il Tribunale conclude sostenendo che dall'analisi del testo, del contenuto e del contesto della raccomandazione, essa non esplica né è destinata ad esplicare effetti giuridici obbligatori e come tale non è atto impugnabile *ex art.* 263 TFUE.

#### IV. L'IMPUGNAZIONE DELL'ORDINANZA E LE CONCLUSIONI DELL'AG BOBEK

Successivamente il Belgio impugna l'ordinanza del Tribunale dinnanzi alla Corte chiedendo l'annullamento dell'ordinanza del Tribunale.

In data 27 ottobre 2015 l'AG Bobek presenta le proprie conclusioni.<sup>12</sup> Nell'interpretazione dell'Avvocato generale la raccomandazione impugnata è una "direttiva mascherata".<sup>13</sup> In considerazione di questo, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, egli conclude che il Tribunale ha commesso un errore di diritto dal momento che ha escluso la vincolatività di questa ed ha dichiarato irricevibile il ricorso.<sup>14</sup> Tale conclusione è la conseguenza non tanto della formulazione più o meno vincolante di alcune delle versioni linguistiche della raccomandazione, aspetto questo considerato irrilevante dall'Avvocato generale.<sup>15</sup> La vincolatività "nascosta" della raccomandazione è chiarita dalla sua struttura particolareggiata. Tra i vari argomenti utilizzati dall'Avvocato generale vi è quello secondo cui se la raccomandazione non avesse una sua vincolatività propria non si comprenderebbe il motivo per cui essa disciplini i rapporti con altre misure giuridicamente vincolanti, in particolare con delle direttive.<sup>16</sup> Tale vincolatività "nascosta" sarebbe evidente dal fatto che se la raccomandazione impugnata fosse letta nascondendo il relativo *nomen iuris* il lettore "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".<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Ivi, par. 21.

<sup>10</sup> Ivi, par. 29.

<sup>11</sup> Ivi, par. 36.

<sup>12</sup> Conclusioni dell'AG Bobek presentate il 12 dicembre 2017, causa C-16/16 P, *Belgio c. Commissione*.

<sup>13</sup> Ivi, par. 127.

<sup>14</sup> Ivi, par. 143.

<sup>15</sup> Ivi, par. 139.

<sup>16</sup> Ivi, par. 134.

<sup>17</sup> Ivi, par. 135.

L'Avvocato generale propone – nel caso in cui tale prima soluzione non fosse accettata dalla Corte – una seconda conclusione consistente in una modifica del criterio della giurisprudenza *AETR*,<sup>18</sup> giurisprudenza applicata dal Tribunale al fine di valutare se la raccomandazione produca effetti giuridici vincolanti. Tale proposta di modifica è determinata dal fatto che la giurisprudenza *AETR* è stata sviluppata con riferimento agli atti atipici (c.d. *soft-law*). Ad avviso dell'Avvocato generale è necessaria una modifica di tale *test* affinché esso possa essere applicato ad un atto tipico come una raccomandazione.<sup>19</sup> Tale proposta parte dal presupposto che le raccomandazioni siano atti tipici che possono essere vincolanti, secondo la giurisprudenza *Grimaldi*,<sup>20</sup> per il giudice nazionale nel momento in cui lo Stato l'abbia trasposta nel proprio ordinamento. Tale vincolatività "successiva", sottolinea l'Avvocato generale, è assente nel caso degli atti di *soft law*.<sup>21</sup> Sul punto, nelle conclusioni l'AG Bobek propone la seguente alternativa: o si modifica la giurisprudenza *Grimaldi* e si conviene che "raccomandazione significa raccomandazione"<sup>22</sup> – e che quindi tali atti non producono alcun effetto vincolante neanche nel caso delle raccomandazioni "pre-legislative" –, e allora in questo caso la giurisprudenza *AETR* sarebbe applicabile nella sua formulazione classica anche a tali atti.<sup>23</sup> Se al contrario la Corte volesse confermare nella sentenza finale il principio di tale giurisprudenza – cioè che le raccomandazioni "pre-legislative" producono un "effetto vincolante" successivo –, in questo caso sarebbe allora necessario modificare il criterio della giurisprudenza *AETR*. A tal fine dovrebbe essere esteso il sindacato della Corte, per le sole raccomandazioni, prevedendo la ricevibilità anche dei ricorsi avverso atti che producano effetti giuridici in senso lato e non solo con riferimento agli atti che producono effetti giuridici vincolanti.<sup>24</sup> L'AG Bobek sostiene che, anche in questa seconda ipotesi, il Tribunale avrebbe compiuto un errore di diritto concludendo per l'irricevibilità del ricorso di annullamento della raccomandazione.<sup>25</sup>

## V. LA SENTENZA DELLA CORTE

La Corte di giustizia emette la sua sentenza il 20 febbraio 2018.<sup>26</sup> La sentenza della Corte, molto più succinta di quella del Tribunale, si esprime sui due motivi di appello formulati dal Belgio: il primo motivo di ricorso è costituito da un errore di diritto del Tribunale con

<sup>18</sup> Corte di giustizia, sentenza del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio* (c.d. "AETR").

<sup>19</sup> Ivi, par. 151.

<sup>20</sup> Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*.

<sup>21</sup> Ivi, par. 98.

<sup>22</sup> Ivi, par. 146.

<sup>23</sup> Ivi, par. 150.

<sup>24</sup> Ivi, par. 151.

<sup>25</sup> Ivi, par. 175.

<sup>26</sup> Corte di giustizia, sentenza del 20 febbraio 2018, causa C-16/16 P, *Belgio c. Commissione*.

riferimento all'art. 263 TFUE, cioè il fatto che l'ordinanza concluda che l'atto controverso non produrrebbe effetti giuridici atti a giustificare il sindacato della Corte; il secondo motivo riguarda l'asserita motivazione contraddittoria dell'ordinanza. Sotto questo aspetto il Tribunale non ha concluso sostenendo l'effetto vincolante della raccomandazione non ostante esso avrebbe riconosciuto che alcune versioni linguistiche di tale atto erano state formulate in termini vincolanti. Questo secondo motivo, non rilevando ai fini del tema dell'impugnabilità delle raccomandazioni, non sarà oggetto di commento.

Con riferimento al primo motivo di appello, la Corte ricorda che essa, ai sensi dell'art. 263 TFUE, controlla la legittimità degli atti del Consiglio, Commissione e Banca Centrale Europea che non siano raccomandazioni.<sup>27</sup> L'esclusione delle raccomandazioni da tale novero di atti è determinato, ricorda la Corte, in quanto atti non vincolanti e che hanno, conseguentemente, una differente funzione rispetto agli atti vincolanti, cioè quello "persuasione e stimolo da parte delle istituzioni autorizzate", funzione questa distinta da quello di adozione degli atti dotati di forza cogente.<sup>28</sup> Sotto questo aspetto la Corte sostiene che il Tribunale ha correttamente concluso che le raccomandazioni siano atti esenti dal controllo giurisdizionale *ex art.* 263 TFUE in quanto non producono effetti giuridici vincolanti.<sup>29</sup>

La Corte, riprendendo la sua costante giurisprudenza relativa alla prevalenza della "sostanza sulla forma" degli atti,<sup>30</sup> ricorda però che "eccezionalmente" le raccomandazioni possono essere oggetto di ricorso di annullamento qualora l'atto impugnato non costituisca una "raccomandazione vera e propria".<sup>31</sup> Ai sensi di tale giurisprudenza sono considerati atti impugnabili *ex art.* 263 TFUE "a prescindere dalla loro forma quelli adottati dalle Istituzioni ed intesi alla produzione di effetti giuridici vincolanti".<sup>32</sup> Al fine di valutare se un simile atto produca effetti giuridici vincolanti è necessario considerare la "sostanza" dell'atto e valutare i relativi effetti in funzione di criteri obiettivi quali il contenuto dell'atto stesso, tenendo in conto "eventualmente il contesto in cui questo è stato adottato", nonché "dei poteri dell'istituzione emanante".<sup>33</sup>

Definito il principio di diritto, la Corte passa a considerare se il Tribunale abbia rispettato questo *test* di valutazione sull'eventuale "vincolatività" della raccomandazione. La Corte riconosce che il Tribunale ha esaminato il tenore letterale e il contesto entro cui si iscrive il suo contenuto e le intenzioni dell'autore. In particolare il Tribunale ha concretamente considerato che la raccomandazione "è stata redatta sostanzialmente in termini non imperativi",<sup>34</sup> che "l'atto non è affatto destinato ad esplicare effetti giuridici

<sup>27</sup> Ivi, par. 25.

<sup>28</sup> Ivi, par. 26.

<sup>29</sup> Ivi, par. 27.

<sup>30</sup> Corte di giustizia, sentenza del 25 ottobre 2017, causa C-599/15 P, *Romania c. Commissione*.

<sup>31</sup> Corte di giustizia, *Belgio c. Commissione*, cit., par. 29.

<sup>32</sup> Ivi, par. 31.

<sup>33</sup> Ivi, par. 32.

<sup>34</sup> Ivi, par. 34.

vincolanti e che la Commissione non ha affatto inteso conferirle siffatti effetti".<sup>35</sup> La Commissione stessa aveva espresso l'intenzione in una precedente Comunicazione che "non era opportuno proporre una normativa dell'Unione specifica del settore".<sup>36</sup>

Per concludere la Corte riconosce che il Tribunale ha svolto una valutazione relativamente alla raccomandazione riguardo al tenore letterale, al contenuto, alle finalità, al contesto come richiesto dalla giurisprudenza precedentemente richiamata. A fronte di questo esso ha concluso correttamente che la raccomandazione non esplica né è destinata ad esplicare effetti giuridici obbligatori.<sup>37</sup>

## VI. COMMENTO: LA COMMISSIONE, LE RACCOMANDAZIONI QUALI ATTI FINALIZZATI ALLO STIMOLO PER LA DEFINIZIONE DI PRINCIPI GENERALI NEL SETTORE DEL GIOCO D'AZZARDO ON-LINE E LA LORO SINDACABILITÀ DA PARTE DELLA CORTE

Il tema centrale della sentenza qui in commento riguarda il fatto se le raccomandazioni costituiscano – e in quali casi – atti impugnabili dinnanzi alla Corte di giustizia. Nella "fili-grana" della sentenza si legge però la discussione del ruolo della Commissione quale istituzione che possa svolgere, tramite raccomandazioni, un ruolo di "persuasione e stimolo" nei confronti degli Stati membri per definire principi comuni a tutela dei consumatori e dei minori nel settore dei giochi d'azzardo *on-line*.

<sup>35</sup> Ivi, par. 35.

<sup>36</sup> Ivi, par. 36.

<sup>37</sup> Ivi, par. 37. La Corte si dedica poi ad una puntuale contestazione delle eccezioni sollevate dall'appellante. In particolare, la Corte sottolinea che il riferimento da parte del Belgio a precedenti relativi ad atti relativi al procedimento di parere consultivo si fonda su di una "erronea confusione" tra gli "effetti" della raccomandazione e la natura del procedimento di parere consultivo (par. 38). Inoltre, la comparazione tra ricorso d'inadempimento e ricorso di annullamento, effettuato dall'appellante, si fonda sull'errore di fondo dal momento che essi "costituiscono mezzi giuridici provvisti di scopi diversi e rispondenti a condizioni di ricevibilità differenti" (par. 40). Così come la violazione del richiamato principio di leale cooperazione, citato dagli appellanti, non può "escludere le condizioni di ricevibilità espressamente previste dall'art. 263 TFUE" (par. 41). Infine, la Corte qualifica la giurisprudenza richiamata dall'appellante come non in termini. In primo luogo, il richiamo alla giurisprudenza *AETR* e la valutazione se un atto del Consiglio potesse produrre effetti giuridici rispetto alle prerogative delle istituzioni. Nel caso di quella sentenza si trattava di una delibera del Consiglio contenuta in un verbale. La causa in oggetto riguarda invece il problema se la raccomandazione contestata rientri nell'ambito del sindacato di legittimità previsto dall'art. 263 TFUE non ostante questo sia espressamente escluso dallo stesso art. 263, comma 1, TFUE (par. 42). Riguardo al richiamo da parte dell'appellante della sentenza *Les Verts* (Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*) e *Parlamento c. Consiglio* (Corte di giustizia, sentenza del 22 maggio 1990, causa C-70/88) la Corte sottolinea che tale giurisprudenza non è in termini in quanto quei casi sono relativi all'assenza nei Trattati di disposizioni per proporre un ricorso di annullamento. Diversamente il tema della causa in oggetto riguardava l'esistenza di una disposizione, l'art. 263, comma 1, TFUE, che espressamente esclude la raccomandazione dall'ambito di applicazione del ricorso di annullamento in quanto atto che non produce effetti giuridici vincolanti (par. 43).

Con riferimento a questo secondo punto non va infatti dimenticato che la raccomandazione della Commissione oggetto di causa è stata emanata in conseguenza dell'“apertura” alla concorrenza inter-statale del settore dei giochi d'azzardo *on-line*. Tale “apertura” è stata determinata, da una parte, dal rapido sviluppo dell'uso di internet da parte dei consumatori e, dall'altra, dalle numerose sentenze emanate dalla Corte di giustizia in applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi e del diritto di stabilimento.<sup>38</sup> Tali decisioni hanno favorito lo sviluppo delle attività interstatali in tale settore limitando gli effetti delle normative nazionali che restringevano la libera circolazione dei servizi e il libero stabilimento delle imprese. Questi due aspetti hanno determinato un rapido sviluppo del settore dei giochi d'azzardo *on-line*, il parimente rapido sviluppo a livello europeo di società di notevoli dimensioni lì attive e la crescita esponenziale di cittadini europei che giocano d'azzardo *on-line*.<sup>39</sup>

A fronte della richiamata “apertura” alla concorrenza europea, non vi è stata però una “parallela” armonizzazione di tale settore non ostante le rilevanti differenze regolamentari tra Stati membri e la sua natura tipicamente transnazionale. La difficoltà di armonizzazione il settore dei giochi d'azzardo *on-line* a livello europeo è conseguenza, tra l'altro, dei rilevanti aspetti di tutela della pubblica sicurezza ad essa collegati e funzionali tra l'altro a combattere il crimine organizzato, aspetti questi disciplinati quindi a livello degli Stati membri. A tale primo aspetto di difficoltà di armonizzazione si aggiunge anche il rilevante ruolo che il gioco d'azzardo svolge per le entrate tributarie degli Stati membri.<sup>40</sup> Tale particolarità rende gli Stati membri ancora più “gelosi” della propria competenza nel regolamentare il gioco d'azzardo “anche” *on-line*.

La Commissione, nell'emanare la raccomandazione di cui è causa si dimostrata consapevole della difficoltà di una piena armonizzazione di tale settore. Ed infatti essa chiarisce nei vari documenti sopra citati che la competenza per la regolamentazione di

<sup>38</sup> Tra le tante, v. Corte di giustizia: sentenza del 21 ottobre 1999, causa C-67/98, *Questore di Verona contro Diego Zenatti*; sentenza del 6 novembre 2003, causa C-243/01, *Procedimento penale a carico di Piergiorgio Gambelli e altri*; sentenza del 6 marzo 2007, cause C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Procedimenti penali a carico di Massimiliano Placanica e altri*; sentenza dell'8 settembre 2010, cause riunite C-316, da 358/07 a C-360/07 e C-410/07, *Markus Stoss e altri contro Wetteraukreis e Kulpa Automaten-service Asperg GmbH e altri contro Land Baden-Wuerttemberg*; sentenza del 15 settembre 2011, causa C-347/09, *Procedimento penale a carico di Jochen Dickinger e Franz Oemer*; sentenza del 19 luglio 2012, causa C-470/11, *SIA Garkalns contro Rigas dome*; sentenza del 24 gennaio 2013, cause riunite C-186/11 e C-209/11, *Stanleybet International Ltd, William Hill Organization Ltd, William Hill plc, Sportingbet plc contro Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon, Ypourgos Politismou*; sentenza del 30 aprile 2014, causa C-390/12, *Procedimenti contro Robert Pflieger, Autoart AS, Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH*; sentenza del 14 gennaio 2017, C-685/15, *Online Games Handels GmbH, Frank Breuer, Nicole Enter, Astrid Walden contro Landespolizeidirektion Oberösterreich*.

<sup>39</sup> Basti pensare che una delle principali società di giochi d'azzardo *on-line*, Bwin, è lo sponsor ufficiale contemporaneamente di due squadre di calcio di livello internazionale quali il Milan e il Real Madrid.

<sup>40</sup> Sul punto v. le sentenze già citate *Procedimento penale a carico di Piergiorgio Gambelli e altri*, cit.; *Procedimenti penali a carico di Massimiliano Placanica e altri*, cit..



tale settore è e rimane in capo agli Stati membri. La Commissione con tale raccomandazione si pone quindi il limitato obiettivo della definizione di principi comuni per tutti gli Stati membri al fine, da una parte, di combattere gli effetti pregiudizievoli che i giochi d'azzardo *on-line* possano produrre per la salute dei consumatori e, dall'altra, al fine di tutelare i minori in tale settore.

La sentenza in commento deve decidere anche questo: se cioè la Commissione, nell'impossibilità di una piena armonizzazione di un settore economico, disponga di un'ampia discrezionalità nello svolgere un ruolo di "stimolo" per la creazione di principi comuni a tutela d'interessi tutelati dall'Unione senza dover a tal fine emanare necessariamente atti obbligatori quali le direttive. Ed infatti il punto centrale della sentenza riguarda il fatto se, e in quali casi, un atto non vincolante come una raccomandazione che definisca -in modo, obiettivamente, molto dettagliato - dei principi generali a tutela di interessi dell'Unione debba essere oggetto di sindacato giurisdizionale come se fosse un atto vincolante.

Come noto, le raccomandazioni sono disciplinate all'art. 288, par. 5, TFUE che espressamente le definisce atti dell'Unione che "non sono vincolanti". Con riferimento alla loro funzione la Corte ha sostenuto che le raccomandazioni sono in genere adottate dalle istituzioni "quando queste non dispongono, in forza del Trattato, del potere di adottare atti obbligatori o quando ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti".<sup>41</sup>

Ciò non esclude che tali atti possano produrre effetti giuridici. In primo luogo, lo stesso Trattato disciplina alcune raccomandazioni che producono specifici effetti giuridici. Ci si riferisce in questa sede, ad esempio, alle raccomandazioni di cui all'art. 117 TFUE e a quelle in materia di Unione economica e monetaria di cui agli artt. 121 e 126 TFUE.

In secondo luogo, la Corte stessa ha sostenuto con riferimento alle c.d. raccomandazioni "pre-legislative" - cioè quelle emanate prima o in luogo di un atto di armonizzazione - che "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".<sup>42</sup> Tale effetto giuridico delle raccomandazioni "pre-legislative" permettere di distinguere questi atti rispetto agli atti di *soft-law*. Infatti, mentre le prime sono vincolanti per il giudice nazionale nei termini della giurisprudenza *Grimaldi*, gli atti di *soft-law* - come le Comunicazioni - non producono questo effetto potendo il giudice - come chiarito dalla giurisprudenza *Expedia*<sup>43</sup> - allontanarsi da quanto lì stabilito.

<sup>41</sup> *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, cit., par. 18.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e a.*

In terzo luogo, un ulteriore effetto giuridico scaturente delle raccomandazioni - ma comune anche agli atti di *soft law* - è quello relativo al sorgere di un legittimo affidamento in capo ai destinatari dell'atto rispetto al contenuto delle raccomandazioni.<sup>44</sup>

In quarto luogo, la dottrina ha individuato un "effetto di liceità" delle raccomandazioni. A fronte di ciò, il comportamento richiesto ai singoli dalle raccomandazioni deve considerarsi legittimo anche a fronte di una successiva valutazione di contrarietà di tale atto con il diritto dell'Unione.<sup>45</sup>

Tutti questi effetti giuridici "indiretti" dalle raccomandazioni non modificano però la loro natura di atti non vincolanti.

Riguardo all'impugnabilità delle raccomandazioni dinnanzi alla Corte, la costante giurisprudenza l'ha esclusa *ex art.* 263 TFUE in conseguenza, appunto, della loro natura di atti non vincolanti. Come noto, però, la Corte, in applicazione del principio della "prevalenza della sostanza sulla forma", ha esteso il sindacato di legittimità anche ad atti formalmente non vincolanti, quali gli atti di *soft law*, nei limiti in cui essi, concretamente, producano effetti obbligatori nei confronti dei relativi destinatari. Nella sentenza *AETR* la Corte ha infatti statuito che, a norma dell'articolo 263 TFUE, "[essa esercita] il sindacato di legittimità [con riferimento a] tutti i provvedimenti adottati dalle istituzioni e miranti a produrre effetti giuridici [...]. L'azione di annullamento deve quindi potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma giuridica) che miri a produrre effetti giuridici [vincolanti]".<sup>46</sup>

Con riferimento all'impugnabilità delle raccomandazioni, la scelta che la Corte deve operare per la prima volta nel caso qui in commento è se essa, al fine di individuare quando una raccomandazione sia "sostanzialmente" vincolante, debba applicare il *test* definito nella giurisprudenza sviluppata per gli atti *soft-law*.

Le conclusioni proposte dall'AG Bobek propongono alla Corte di estendere il sindacato di legittimità anche alle raccomandazioni. L'Avvocato generale propone infatti di definire per le raccomandazioni un *test* distinto e più ampio di quello della giurisprudenza *AETR* e che preveda il sindacato anche di atti che producono "generalmente" effetti giu-

<sup>44</sup> V. Corte di giustizia: sentenza del 29 settembre 2011, causa C-520/09 P, *Arkema c. Commissione*; sentenza del 28 giugno 2005, 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, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*.

<sup>45</sup> U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 238. Con riferimento alle caratteristiche ed effetti delle raccomandazioni in dottrina, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 183; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 128; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari: Laterza, 2014, p. 182; P. MENGOZZI, C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Padova: Cedam, 2014, p. 142; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 292; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova: Cedam, 2012, p. 15; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari: Cacucci, 2017, p. 295.

<sup>46</sup> Corte di giustizia, sentenza del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*.

ridici" e non solo "effetti vincolanti". In tal modo anche le raccomandazioni costituirebbero atti impugnabili davanti alla Corte.

A ben vedere, in questo senso, le conclusioni dell'Avvocato generale sembrano sostenere un'intrinseca valutazione positiva dell'estensione del controllo giurisdizionale alle raccomandazioni da parte della Corte. Non è un caso che nelle conclusioni ruolo centrale sia svolto dal riferimento al caso *Les Verts*.<sup>47</sup> In tale caso, come noto, la Corte ha sostenuto, in assenza di una espressa previsione dei Trattati, la necessità di sottoporre al sindacato della Corte qualsiasi atto vincolato. Le conclusioni dell'Avvocato generale sembrano, da una parte, non considerare che – come espressamente motivato dalla Corte nella sentenza<sup>48</sup> – il Trattato espressamente esclude già le raccomandazioni dal sindacato della Corte. Dall'altra, esse sembrano non considerare o tenere in giusto rilievo il "conflitto" tra alcuni Stati membri e Commissione che si legge nella "filigrana" nella sentenza. Cioè la volontà di alcuni Stati membri di prevedere "vincoli" e limitazioni non disciplinati nel Trattato nei confronti di atti non vincolanti della Commissione – nel caso qui in discussione, il controllo giurisdizionale delle raccomandazioni, controllo espressamente escluso dall'art 263 TFUE – e che essa espressamente utilizza per cercare di stimolare gli Stati membri all'emanazione di principi comuni a tutela d'interessi rilevanti quali la tutela della salute dei consumatori e dei minori nel settore dei giochi di azzardo *on-line*.

In questo senso è condivisibile la scelta dalla Corte nella sentenza qui in commento. La Corte, decidendo quale sia il criterio per determinare se le raccomandazioni possano essere oggetto di sindacato di legittimità, conclude applicando il *test* della giurisprudenza *AETR* nella sua formulazione classica. La Corte non modifica quindi, diversamente da come proposto dall'AG Bobek, il relativo criterio di sindacato al fine di tener conto degli effetti giuridici, in particolare, delle raccomandazioni "pre-legislative". In altri termini la Corte si attiene, da una parte, alla prescrizione del Trattato che esclude la sindacabilità delle raccomandazioni in quanto atti non vincolanti; dall'altra parte essa mantiene però il principio generale relativo alla prevalenza della sostanza sulla forma e, conseguentemente, riconosce la sindacabilità delle raccomandazioni quanto esse producano "concretamente" effetti vincolanti nei confronti dei destinatari. La Corte sostiene quindi che per le raccomandazioni, così come per gli atti atipici dell'Unione, valga in questo caso il "brocardo" "*soft-law is no-law*" e, come tali, esse non sono impugnabili dinnanzi alla Corte di giustizia.

Così concludendo la Corte tutela anche il ruolo della Commissione di "stimolo" nei confronti degli Stati membri per la definizione di principi a tutela d'interessi sensibili dell'Unione nel caso in cui lo specifico settore non permetta una completa armonizzazione.

<sup>47</sup> Conclusioni dell'AG Bobek, *Belgio c. Commissione*, cit., par. 108.

<sup>48</sup> Corte di giustizia, *Belgio c. Commissione*, cit., par. 43.