

## Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le *Guidelines* di EBA dinanzi alla Corte di giustizia\*

Jacopo Alberti

---

### SOMMARIO

I. Introduzione. – II. La controversia nazionale e i quesiti pregiudiziali. – III. Le risposte della Corte. – IV. La natura non vincolante degli orientamenti di EBA e la loro impugnabilità. – V. L'utilizzo del rinvio pregiudiziale di validità per sindacare la legittimità di atti non vincolanti. – VI. Le conseguenze “sistemiche” della pronuncia: quali effetti sul valore delle *guidelines*? – VII. Quale ruolo per il giudice nazionale dinanzi al *soft law* dell'Unione europea?; a). Si può disapplicare/non considerare un atto *soft*?; b). La giurisprudenza Foto-frost è applicabile al *soft law*?; c). Quali motivi di invalidità potranno essere invocati dai giudici nazionali? – VIII. Una scelta opportuna e coerente con l'evoluzione del sistema di tutela giurisdizionale? – IX. La strumentalizzazione (o l'assenza) del rinvio pregiudiziale – X. I ricorsi diretti: la sede naturale per il controllo della validità degli atti dell'Unione?

I. Con sentenza del 15 luglio 2021,<sup>1</sup> curiosamente passata in secondo piano nei principali dibattiti dottrinali italiani e, in misura minore, stranieri<sup>2</sup>,

---

\* L'A. desidera ringraziare la prof.ssa Chiara Amalfitano e il dott. Filippo Croci, entrambi dell'Università degli Studi di Milano, per i commenti ricevuti, pur mantenendo piena responsabilità quanto ad errori ed orrori.

<sup>1</sup> Corte giust. 15 luglio 2021, C-911/19, *FBF c. ACPR*, ECLI:EU:C:2021:599.

<sup>2</sup> Tra i lavori in lingua italiana, si rimanda a F. ANNUNZIATA, *Atti delle Autorità e Istituzioni europee, tra soft law e controllo della Corte*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 19 luglio 2021 (Editoriale); nella dottrina in lingua straniera, si veda G. GENTILE, *To be or not to be (legally binding)? Judicial review of EU soft law after BT and Fédération Bancaire Française*, in *Rev. Der. Com. Eur.*, 2021, p. 981; M. DOMINA, *The Broadening 'Soft Law' Powers of the European Banking Authority*, in *Europ. Company Law*, 2022, p. 22; S. SCHOLZ, *Soft Law: Rechtsschutzpotenzial von Nichtigkeitsklage und Vorabentscheidungsverfahren*, in *Europäi-*

la Grande Sezione della Corte di giustizia ha preso posizione su una serie di questioni di grande rilevanza sistemica, che vanno ben oltre al contesto bancario e finanziario da cui la questione emerge.

Le *guidelines* adottate dall’Autorità bancaria europea, formalmente non vincolanti ma ampiamente seguite da tutti gli operatori di mercato, sono vincolanti? La loro legittimità deve essere contestata per il tramite di un ricorso diretto ai giudici di Lussemburgo, oppure dinanzi ai giudici nazionali che, al limite, effettueranno un rinvio pregiudiziale? E, in tal caso, un atto *non vincolante* può essere dichiarato *invalido*?

Questi temi saranno trattati nel prosieguo di questa nota, in uno con le conseguenze che gli stessi producono sul piano della regolazione multilivello del settore bancario (par. VI), sui rapporti tra giudici nazionali e Corte di giustizia (par. VII), sull’evoluzione del sistema di tutela giurisdizionale nel suo complesso (par. VIII, IX, X). A tale analisi viene anteposta una disamina della controversia nazionale da cui il rinvio è originato (par. II) e degli argomenti sviluppati dalla pronuncia della Corte di giustizia (par. III, IV, V).

**II.** Con ricorso depositato in data 8 novembre 2017, la Federazione Bancaria Francese (associazione di categoria che riunisce e tutela gli interessi degli enti creditizi transalpini, omologa straniera dell’Associazione Bancaria Italiana; in seguito, “FBF”) impugnava un parere<sup>3</sup> adottato un mese prima dall’Autorità di controllo prudenziale e di risoluzione (l’autorità francese deputata al controllo dei mercati finanziari, ovvero il corrispettivo della CONSOB italiana; in seguito, “ACPR”), chiedendo al Consiglio di Stato francese di annullarlo per eccesso di potere.

Il parere impugnato costituiva in realtà nient’altro se non l’atto tramite il quale l’ACPR affermava di conformarsi agli orientamenti dell’Autorità bancaria europea (in seguito, secondo il più noto acronimo inglese, “EBA”) sui dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio.

---

*sche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2022, p. 453; M. CHAMON, N. DE ARRIBA-SELLIER, *FBF: On the Justiciability of Soft Law and Broadening the Discretion of EU Agencies*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2022, p. 1; H. MARJOSOLA, M. VAN RIJSBERGEN, M. SCHOLTEN, *How to exhort and to persuade with(out legal) force: Challenging soft law after FBF*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2022, p. 1523.

<sup>3</sup> Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, *Avis del 6 settembre 2017, Mise en œuvre des orientations de l’Autorité bancaire européenne sur les politiques et les pratiques de rémunération liées à la vente et à la fourniture de produits et de services de banque de détail (EBA/GL/2016/06)*, reperibile online all’indirizzo <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2017/09/19/avis-eba-gl-2016-06.pdf>.

Gli orientamenti di EBA, maggiormente conosciuti secondo la terminologia anglosassone di *guidelines*, sono atti atipici e piuttosto innovativi, già oggetto di diverse analisi dottrinali<sup>4</sup>. Per quanto interessa in questa sede, si tratta di atti indirizzati alle autorità nazionali di regolamentazione (o, potenzialmente, anche direttamente alle banche o agli istituti finanziari europei, benché tale prassi sia piuttosto rara), che entro due mesi devono rispondere ad EBA se intendono conformarsi a quanto prescritto negli orientamenti, oppure fornire le motivazioni del loro dissenso.

Pertanto, come emerge chiaramente dall'art. 16 del regolamento istitutivo di EBA<sup>5</sup>, tali atti *non* sono giuridicamente vincolanti; tuttavia, nella prassi (ormai ultradecennale) consolidatasi sinora, essi hanno acquisito un valore fondamentale per le autorità nazionali e per gli operatori economici<sup>6</sup>.

Le *guidelines* di EBA – ma l'analisi potrebbe estendersi anche a quelle adottate dalle agenzie “sorelle” della vigilanza prudenziale, ovvero ESMA<sup>7</sup> ed EIOPA<sup>8</sup>, che condividono una disciplina e un contesto regolatorio estre-

---

<sup>4</sup> *Ex multis*, K. MICHEL, *Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen: eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der European Banking Authority*, Berlino, 2015, in part. p. 238; S. LAUFENBERG, L. PETERSEN, *Aufsichtliches Überprüfungsverfahren nach den Leitlinien der European Banking Authority (EBA)*, in S. GRIESER, M. HEEMANN (a cura di), *Europäisches Bankaufsichtsrecht*, Francoforte, 2020, p. 313. *Amplius* sugli atti atipici, si veda, *ex multis*, P. DE LUCA, *Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2012; F. TERPAN, *Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law*, in *Europ. Law Journal*, 2015, p. 68 ss.; nonché, per ampi riferimenti dottrinali, l'analisi a cura di O. STEFAN e a., *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, in *SoLaR Working Paper*, 2018, disponibile online all'indirizzo <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=3346629>.

<sup>5</sup> Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, in *GUUE* L 331/2010, p. 12 e successive modificazioni.

<sup>6</sup> Oltre ai lavori citati alla nota precedente, si vedano i lavori basati sulle *guidelines* di ESMA, del tutto analoghe a quelle di EBA, tra cui M. VAN RIJSBERGEN, *Legitimacy and Effectiveness of ESMA's Soft Law*, Cheltenham, 2021; N. MOLONEY, *The Age of ESMA: Governing EU Financial Markets*, Oxford, 2018, in particolare p. 261. Sia consentito altresì rinviare a J. ALBERTI, *The Unbearable Lightness of European Security and Markets Authority's Soft Law: an Italian Perspective*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (a cura di), *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden/Boston, 2020, p. 301.

<sup>7</sup> L'Autorità europea per gli strumenti finanziari e i mercati, più nota secondo l'acronimo inglese di ESMA, è disciplinata dal Regolamento (UE) n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, in *GUUE* L 331/2010, p. 84 e successive modificazioni.

<sup>8</sup> L'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali, più no-

mamente simile a quello di EBA – sono dunque degli atti ibridi, innovativi. A volerle avvicinare a qualcosa di più conosciuto di quel “piccolo mondo antico” degli atti giuridici dell’Unione europea – che ha certamente conosciuto innovazioni settoriali<sup>9</sup> ma che, in fondo, resiste praticamente immutato nei suoi tratti e nomi essenziali sin dagli albori della CEE – esse assomigliano in parte alle direttive, per la necessità di “trasposizione” nazionale (l’atto con cui le autorità nazionali decidono di conformarsi alle medesime) e, per altra parte, ai regolamenti, perché le *guidelines* sono in realtà del tutto *self-standing* (sono *obbligatorie in tutti i loro elementi*, verrebbe da osservare, se non fosse per la natura *soft...*), dal momento che lasciano una discrezionalità minima, o talvolta financo assente, alle autorità nazionali, che si devono limitare ad accettarle o a rifiutarle praticamente *in toto*. Nel caso che ora ci occupa, ad esempio, le *guidelines* di EBA permettevano alle autorità nazionali di decidere unicamente se estendere l’ambito di applicazione delle medesime anche ad una serie di operatori previsti da EBA stessa<sup>10</sup>.

Le prassi nazionali di “recepimento” delle *guidelines* di EBA – il lettore scuserà l’utilizzo di un lessico proprio degli atti vincolanti, che d’altronde spesso rimane, se non il più preciso, quantomeno quello che meglio permette di illustrare tali atti ed il loro funzionamento – sono molto varie. D’altronde, il già citato art. 16 del regolamento istitutivo di EBA lascia libertà in tal senso alle autorità nazionali (fa rimanere «salva la [loro] competenza in merito alla forma e ai mezzi» per dichiarare la propria conformità, si potrebbe osservare citando la nota formula dell’art. 288 TFUE, a ulteriore dimostrazione di quanto queste “nuove” fonti giuridiche in realtà si ispirino a prassi risalenti e consolidate).

Nella causa ora in commento, detto “recepimento” avveniva, curiosamente, secondo una prassi del tutto analoga a quella che, nell’ordinamento ita-

---

ta secondo l’acronimo inglese di EIOPA, è disciplinata dal Regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, in *GUUE* L 331/ 2010, p. 48 e successive modificazioni.

<sup>9</sup> Si pensi, su tutti, agli atti nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, su cui si rimanda a S. MIGLIORINI, *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, p. 421; per una panoramica più generale delle modifiche che si sarebbero potute avere *in subiecta materia* con l’entrata in vigore del Trattato che adotta una costituzione per l’Europa, e che invece non si sono verificate, H. HOFMANN, *Legislation, delegation and implementation under the Treaty of Lisbon: typology meets reality*, in *Europ. Law Journal*, 2009, p. 482.

<sup>10</sup> European Banking Authority, 13 dicembre 2016, EBA/GL/2016/06, *Guidelines on remuneration policies and practices related to the sale and provision of retail banking products and services*, in particolare punti 6-10.

liano, è solitamente seguita dalla CONSOB. In particolare, la dichiarazione di conformità era avvenuta per il tramite del già citato parere, meramente pubblicato sul sito internet dell'ACPR; un atto, dunque, non (formalmente) vincolante che altro non costituiva se non una semplice “lettera accompagnatoria”, di poche righe, con cui l'ACPR affermava di conformarsi alle *guidelines* di EBA sui dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio (non a caso, debitamente allegate al parere stesso) e specificava i soggetti a cui detti orientamenti dovevano applicarsi, secondo quanto previsto nelle *guidelines* stesse.

Impugnando tale parere, FBF contestava principalmente la circostanza per cui, a monte, EBA non avrebbe avuto le competenze per adottare le *guidelines* e, pertanto, l'ACPR non avrebbe avuto alcuna base giuridica per dichiarare di conformarsi alle medesime.

La questione sottoposta dinanzi al *Conseil d'Etat* era, dunque, una questione essenzialmente e pressoché esclusivamente “comunitaria”, essendo basata sulla presunta incompetenza di EBA nell'adottare le *guidelines* sui prodotti bancari; i profili di illegittimità “interna”, seppur presenti, venivano formulati in estremo subordine e in termini ancillari al primo, ovvero incapaci di suscitare, autonomamente, l'eventuale annullamento dell'atto impugnato. Per la precisione, dunque, dall'ordinanza di rinvio non emerge alcun argomento *à la Gauweiler*<sup>11</sup>, ai sensi del quale la nullità dell'atto dell'Unione sarebbe potuta derivare dal contrasto con norme interne di rango costituzionale, a qualche titolo capaci di impedire che le istituzioni dell'Unione agiscano *ultra vires*; ma unicamente, per l'appunto, un motivo basato sull'incompetenza di EBA nell'adottare quelle *guidelines* che, di fatto, costituiscono non solo la ragion d'essere dell'atto nazionale, ma anche il suo contenuto prescrittivo.

Di fronte a una controversia così smaccatamente “comunitaria”, il Consiglio di Stato francese sollevava tre quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia; i primi due di tipo processuale, l'ultimo totalmente di merito.

In primo luogo, il giudice *a quo* si poneva chiaramente, seppur implicitamente, nell'ottica della giurisprudenza *TWD* e successivi arresti<sup>12</sup>, chie-

---

<sup>11</sup> Corte giust. 16 giugno 2015, C-62/14. *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400. La bibliografia a commento della causa è ricchissima; si rimanda, per tutti, al fascicolo speciale uscito sul *Maastricht Journal Europ. Comp. Law*, 2016.

<sup>12</sup> Corte giust. 15 maggio 1997, C-355/95 P, *TWD*, ECLI:EU:C:1997:241. Sull'impatto di tale giurisprudenza e dei successivi arresti in materia, si rimanda, per tutti, a B. CORTESE, *Rinvio pregiudiziale e ricorso di annullamento: parallelismi, intersezioni e differenze*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 241.

dedo quindi alla Corte di giustizia se le *guidelines* di EBA potessero essere oggetto di ricorso di annullamento *ex art. 263 TFUE* (*rectius*: il quesito veniva formulato in termini più ampi, riferendosi genericamente agli orientamenti di «un'autorità europea di vigilanza», *ergo* potenzialmente anche ESMA e EIOPA, probabilmente a dimostrazione di una necessità di chiarimento che andasse oltre la specificità del caso di specie). E ciò sia alla luce della loro natura formalmente non vincolante, sia alla luce della specificità del caso in esame, che vedeva come ricorrente un'associazione portatrice di interessi diffusi, notoriamente soggetta a una legittimazione attiva dinanzi ai giudici di Lussemburgo ancor più limitata<sup>13</sup> di quella, già in vero nient'affatto ampia, concessa alle persone fisiche e giuridiche<sup>14</sup>. Il ragionamento del giudice nazionale, infatti, mirava innanzitutto a valutare la propria stessa competenza a occuparsi della questione: se la ricorrente avesse potuto impugnare l'atto contestato dinanzi ai giudici dell'Unione, allora, a mente della giurisprudenza *TWD* e del suo successivo affinamento in *Georgsmarienhütte*<sup>15</sup>, il giudice nazionale dovrebbe rigettare il ricorso dinanzi a sé pendente, in quanto tardivo, senza nemmeno affrontare la questione sostanziale ad esso sottesa.

In secondo luogo, e ovviamente in caso di risposta negativa al primo quesito, il giudice nazionale chiedeva alla Corte di giustizia se le *guidelines* di EBA (ancora: il quesito è anche qui in realtà redatto nei termini più ampi già riportati *supra*) possano essere oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità, anche se la ricorrente nel giudizio nazionale non è riguardata né direttamente, né individualmente, dalle medesime.

Infine, il *Conseil d'Etat* entrava nel merito della questione e chiedeva se EBA, adottando le *guidelines* sui dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio (e solo qui il riferimento è ad un'autorità precisa e ad un singolo atto ...) avesse effettivamente ecceduto le competenze che le

<sup>13</sup> *Ex multis*, si rimanda a K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, in particolare pp. 330-331.

<sup>14</sup> Nella vastità della bibliografia sul tema si rimanda, *ex multis*, a: K. LENAERTS, *The Legal Protection of Private Parties under the EC Treaty: A Coherent and Complete System of Judicial Review?*, in AA.VV., *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano, 1998, p. 591; C. AMALFITANO, *Protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in questa *Rivista*, 2003, p. 13; M. JAEGER, *L'accès au juge de l'Union européenne des personnes physiques ou morales: quelques réflexions sur la jurisprudence de la CJUE concernant l'article 263, quatrième alinéa, du TFUE*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRÀVALLO, N. EGERIA, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 577.

<sup>15</sup> Corte giust. 25 luglio 2018, C-135/16, *Georgsmarienhütte*, ECLI:EU:C:2018:582.

sono attribuite dal regolamento (UE) n. 1093/2010, “traslando” dunque verso il giudice dell’Unione il motivo di ricorso sollevato dalla FBF nel contenzioso nazionale. A tale quesito, possiamo già anticiparlo, la Corte di giustizia risponde in senso negativo, confermando quindi la validità delle *guidelines* di EBA. In questi punti, la pronuncia intercetta profili di diritto bancario e finanziario, connessi essenzialmente alla riconducibilità della *governance* dei prodotti bancari, formalmente esclusa dalle competenze di EBA, ad altri settori invece ivi ricompresi; non influenzando sui dibattiti connessi alla sindacabilità degli atti di *soft law*, essi verranno omessi dalla presente analisi<sup>16</sup>.

**III.** Ai primi due quesiti pregiudiziali la Corte risponde, in breve, che gli orientamenti di EBA *non* possono essere impugnati tramite azione di annullamento, per la loro natura non vincolante, ma ben possono essere oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità. Questi i passaggi logici della pronuncia della Corte.

**IV.** Innanzitutto, i giudici del Kirchberg muovono dalla constatazione secondo la quale «il ricorso di annullamento [...] è esperibile avverso tutte le disposizioni adottate dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione in qualsiasi forma, che mirino a produrre effetti giuridici vincolanti»<sup>17</sup>. E l’affermazione non può passare inosservata, perché se è vero che la giurisprudenza della Corte ha sempre prestato attenzione, con approccio sostanzialistico, alla produzione di effetti giuridici vincolanti, andando oltre al *nomen iuris* dell’atto, è parimenti vero che – nonostante tale giurisprudenza e nonostante le diverse modifiche pattizie intercorse negli anni – il ricorso in annullamento vede tutt’ora definiti i propri legittimati passivi solo tramite una lunga e dettagliata lista di atti impugnabili, specificata all’art. 263, comma 1, TFUE.

L’allora deputata del Parlamento europeo Kaufmann, in seno alla Convenzione sul futuro dell’Europa, come noto propedeutica all’adozione di quello che poi divenne il Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, aveva proposto di modificare il comma 1 dell’allora art. 230 TCE esattamente come sancito dalla Corte di giustizia nel punto ora in commento: ov-

---

<sup>16</sup> Tra i contributi settoriali che si sono occupati di tali temi, si rimanda a D. BUSCH, *How ‘hard’ is ‘soft law’?*, in *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2021, p. 365; F. ANNUNZIATA, *The Remains Of The Day: Eu Financial Agencies, Soft Law And The Relics Of Meroni*, in *EBI Working Paper Series*, 2021, n. 106.

<sup>17</sup> Punto 36.

vero non più una lista, sedimentata negli anni, di atti impugnabili, ma una più chiara, omnicomprensiva, e forse financo “coraggiosa” menzione di «tutti gli atti adottati dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell’Unione, destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi»<sup>18</sup>. Ebbene: detta proposta venne rigettata dal Circolo di discussione sulla Corte di giustizia, evidentemente poiché capace di estendere eccessivamente il novero degli atti impugnabili, che doveva invece rimanere ancorato all’approccio selettivo proprio di una lista specifica. E tale approccio fu, d’altronde, confermato non solo dalla Conferenza intergovernativa del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, ma anche in seno al Trattato di Lisbona.

Al punto 36 della sentenza in commento la Corte di giustizia, forse presa dalla necessità di sancire una linea rossa nell’azione di annullamento nella natura vincolante dell’atto impugnato, riporta paradossalmente in auge il vecchio approccio dell’on. Kaufmann. Le conseguenze di questa formulazione sembrano più “concettuali” che pratiche: d’altronde, l’unica istituzione i cui atti non erano menzionati al comma 1 dell’attuale art. 263 TFUE era la Corte dei conti, che però può lo stesso inquadrarsi come legittimata passiva dinanzi alla Corte di giustizia, benché i casi in cui essa adotti atti produttivi di effetti giuridici vincolanti siano certamente rari, secondo una giurisprudenza ormai risalente e consolidata<sup>19</sup>. Forse questo passaggio potrà incidere sulla impugnabilità delle raccomandazioni, che sono sicuramente un atto adottato dalle istituzioni dell’Unione, e che, per la nota capacità del *soft law* di incidere su piani nuovi e diversi da quelli propri delle fonti “classiche”, potrebbero astrattamente arrivare a produrre effetti giuridici vincolanti, sebbene la lettera dell’art. 288 TFUE lo escluda *a priori*. Secondo la lettera dell’art. 263, comma 1, TFUE, come noto immutata sul punto dalla prima versione del TCEE, le raccomandazioni *non* sono impugnabili; secondo il passaggio in commento, esse dovrebbero esserlo, se produttive di effetti giuridici vincolanti. La questione, aperta e dibattuta da tempo, non è ancora stata

---

<sup>18</sup> Ricostruisce il tema M. CHAMON, *EU Agencies. Legal and Political Limits to the Transformation of EU Administration*, 2016, Oxford, in particolare p. 363. Si noti, peraltro, come la Corte di giustizia, nel punto ora in commento, abbia espressamente qualificato gli effetti giuridici che possono portare alla revisione per annullamento come “vincolanti”, a differenza sia di quanto attualmente sancito dall’art. 263, comma 1, TFUE, sia di quanto proposto anni fa dall’on. Kaufmann. Il punto attiene all’evoluzione (e alle incoerenze) dell’approccio sostanzialistico della Corte di giustizia e non può essere compiutamente trattato in questa sede.

<sup>19</sup> Corte giust. 17 maggio 1994, C-416/92, *H c. Corte dei Conti*, ECLI:EU:C:1994:194.

risolta del tutto dalla Corte di giustizia<sup>20</sup>. Per la sua formulazione ampia, e per la chiarezza con cui si oppone al diverso dato letterale dell'art. 263 TFUE, non può escludersi che, in futuro, questo passaggio potrà essere usato per affrontare, e auspicabilmente risolvere in senso positivo, la disciplina relativa all'impugnabilità di tali atti.

Dopo aver delimitato il campo dell'azione di annullamento, esercitabile solo nei confronti di atti produttivi di effetti giuridici vincolanti (*rectius*: che «mirino a produrre effetti giuridici vincolanti»), come se tale produzione possa essere anche solo in potenza, e non in atto; e chissà perché la Corte non ha utilizzato la locuzione «destinati a produrre effetti giuridici vincolanti»<sup>21</sup>, propria dell'art. 263, comma 1, TFUE), la Corte dichiara di voler applicare il suo solito approccio sostanzialistico per valutare se, in concreto, le *guidelines* contestate producono effetti giuridici vincolanti. In particolare, al punto 38, la pronuncia in commento propone i classici criteri relativi alla sostanza dell'atto, al contenuto dell'atto stesso, al contesto in cui è stato adottato nonché ai poteri dell'autorità emanante<sup>22</sup>.

Due sono gli elementi che, su tale punto, meritano di essere messi in evidenza.

Innanzitutto, l'estensione della valutazione della Corte. Com'era lecito aspettarsi, i giudici di Lussemburgo riformulano implicitamente il quesito pregiudiziale, perché non si esprimono sulla capacità generale «degli orientamenti adottati da un'autorità europea di vigilanza» di produrre effetti giuridici vincolanti, bensì unicamente dello specifico atto, adottato da EBA, oggetto del contenzioso nazionale. Eppure, per il respiro dell'analisi e per gli argomenti scelti in favore della non vincolatività, la risposta della Corte

---

<sup>20</sup> Migliore esempio di tale *impasse* è sicuramente Corte giust. 20 febbraio 2018, C-16/16 P, *Belgio c. Commissione*, ECLI:EU:C:2018:79, dove la Corte sviluppa i propri argomenti sull'impugnabilità delle raccomandazioni (punti 25-45) senza mai sciogliere chiaramente l'interrogativo di fondo, ovvero se detti atti siano impugnabili, allorquando produttivi di effetti giuridici vincolanti, o se viceversa di fatto non lo siano, poiché espressamente esclusi dal novero degli atti impugnabili dal primo comma dell'art. 263 TFUE e, comunque, poiché la loro capacità di produrre tali effetti è notoriamente esclusa dall'art. 288 TFUE. Viceversa, per un'articolata analisi sul tema e per una proposta di soluzione, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale BOBEK nella medesima causa, presentate il 12 dicembre 2017, ECLI:EU:C:2017:959.

<sup>21</sup> Si noti che la differenza linguistica tra il punto 36 della sentenza in commento e l'art. 263, comma 1, TFUE permane anche nella versione francese e tedesca della pronuncia. La versione inglese, invece, ricalca fedelmente la norma dei trattati.

<sup>22</sup> Punto 38.

ben potrebbe applicarsi anche ad altre *guidelines*, potenzialmente pure adottate dalle altre due autorità europee di sorveglianza, ovvero ESMA ed EIO-PA, e quindi segnare una regola generale relativa alla natura non vincolante di tali atti.

In secondo luogo, degna di nota è la rimodulazione, in senso restrittivo, del test relativo alla capacità di produrre effetti giuridici. L'analisi, infatti, rimane ad un livello molto superficiale e parziale: i criteri classici vengono sì enunciati, ma di fatto non applicati; diversi argomenti che farebbero propendere per la vincolatività di tali atti non vengono presi in considerazione. La Corte di giustizia era solita compiere valutazioni caso per caso molto dettagliate: si pensi all'Avvocato generale Cruz Villalón, in *Gauweiler*, che era arrivato a utilizzare le scienze economiche, e non giuridiche, per valutare se un comunicato stampa potesse essere in grado di influenzare il comportamento degli operatori finanziari<sup>23</sup>; oppure la dettagliata analisi del Tribunale con riguardo alla capacità di un atto programmatico della BCE di produrre effetti giuridici vincolanti, che arrivava a valutare la percezione che di tale atto avevano avuto le autorità nazionali.<sup>24</sup> Al contrario, questa pronuncia ci presenta un controllo della vincolatività degli atti condotto unicamente sulla carta – e financo senza valutare tutti gli elementi letterali riportati nell'atto.

Infatti, l'incapacità di produrre effetti giuridici vincolanti è associata a due elementi, assai generali e potenzialmente posseduti da qualsiasi *guideline* del settore bancario, finanziario o assicurativo: il primo è un argomento *a contrario*, ovvero la circostanza per cui EBA (e lo stesso è a dirsi per ESMA ed EIOPA) è dotata di poteri effettivamente vincolanti, da esercitarsi però con altri atti (le c.d. norme tecniche di attuazione); il secondo, che è l'argomento a cui la Corte dedica maggior attenzione, è la possibilità, per i destinatari, di non conformarsi all'atto stesso.

Il primo argomento è ineccepibile, ma con poca forza argomentativa. Se anche un'autorità è dotata di poteri effettivamente vincolanti, ben può utilizzare il *soft law* per adottare atti che non potrebbe adottare nelle forme vincolanti. E ciò è particolarmente valido sia per le agenzie dell'Unione in generale, che notoriamente usano il *soft law* per aggirare i limiti alle competenze che possono essere loro delegate ufficialmente<sup>25</sup>; sia con particolare riguar-

<sup>23</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale CRUZ VILLALÓN, 14 gennaio 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:7, in particolare punto 87 e nota 46.

<sup>24</sup> Trib. 4 marzo 2015, T-496/11, *Regno Unito c. BCE*, ECLI:EU:T:2015:133, in particolare punti 45-49.

<sup>25</sup> L. SENDEN, A. VAN DER BRINK, *Checks and balance of soft EU Rule-Making*, Rappor-

do ad EBA, dal momento che gli atti vincolanti che possono essere adottati da essa (le già citate norme tecniche di attuazione) sono sì elaborate dall'agenzia, ma successivamente autorizzate dalla Commissione, che dunque ben ne potrebbe bloccare l'entrata in vigore<sup>26</sup>.

Il secondo argomento, ovvero il fatto che i destinatari delle *guidelines* possono rifiutare di conformarsi alle medesime, viene ripetuto dalla Corte secondo almeno due angolazioni: prima si evidenzia che il punto 2 degli orientamenti impugnati sancisce che i medesimi si limitano a «presentare “la posizione [di EBA] in merito alle prassi di vigilanza adeguate”», per l'appunto non vincolando i destinatari<sup>27</sup>; poi si traccia un parallelo con le raccomandazioni, ricordando come anche esse non vincolino i destinatari e, quindi, siano «in linea di principio, prive di forza vincolante»<sup>28</sup>.

Questo argomento, con i suoi due corollari dimostrativi, suscita qualche perplessità.

Innanzitutto, in termini generali, pare lecito interrogarsi se le *guidelines* di EBA *non* producano effetti giuridici vincolanti ... nemmeno quando i destinatari, e magari tutti i destinatari, decidano autonomamente di conformarsi ad esse.

Mentre per le raccomandazioni e i pareri è lo stesso art. 288, ultimo comma, TFUE a sancirne formalmente ed esplicitamente la natura non vincolante, per le *guidelines* di EBA il legislatore non è arrivato a tanto. A mente dell'art. 16 del regolamento istitutivo della medesima, infatti, si richiama unicamente la possibilità dei destinatari di non conformarsi alle *guidelines*, rispondendo entro un termine prestabilito, dietro motivazione pubblica; e, peraltro, a prescindere da tale decisione, le autorità nazionali e gli stessi operatori finanziari hanno comunque un obbligo di compiere ogni sforzo per conformarsi alle *guidelines*. La decisione di conformarsi o meno appartiene, infatti, a un momento a valle, meramente ulteriore, dal carattere certamente rafforzativo, ma forse non del tutto costitutivo, di un originario dovere di compiere ogni sforzo per osservare il contenuto precettivo di tali atti. E,

---

to per il Parlamento europeo, Bruxelles, 2012, p. 65; per un'analisi recente e *in subjecta materia*, M. VAN RIJSBERGEN, E. ROGGE, *Changes To The European Financial Supervisory Agencies' Soft Law Powers: Legitimacy Problems Solved Or New Puzzles Created?*, in *Europ. Journal Legal Studies*, 2022, p. 219.

<sup>26</sup> Art. 15 del Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, in *GUUE* L 331/2010, p. 12, come successivamente modificato.

<sup>27</sup> Punto 39.

<sup>28</sup> Punto 42.

d'altronde, le *guidelines* non vengono mai definite come non vincolanti. La dichiarazione espressa di non vincolatività è riservata alle “Domande e risposte” (assai più note, nel settore bancario, con l'acronimo *Q&As*), in forza del chiaro disposto dell'art. 16 *ter*, par. 2, del regolamento istitutivo di EBA.

Il dubbio pare, dunque, del tutto lecito: *a fortiori* se alcune o tutte le autorità nazionali decidono liberamente di uniformarsi, come accaduto nel caso di specie e come, peraltro, avviene nella grande maggioranza dei casi<sup>29</sup>, questi atti rimangono non vincolanti? La Corte non sviluppa in alcun modo il punto, non prendendo posizione sul fatto che l'autorità francese (e, con essa, altre 22 autorità nazionali) avesse effettivamente deciso di uniformarsi<sup>30</sup>. Il silenzio della Corte su tale punto pare aprire degli scenari interessanti, che verranno ulteriormente sviluppati e su cui necessariamente la Corte sarà chiamata a tornare ad esprimersi.

In secondo luogo, anche limitandosi ad un'analisi di tipo letterale delle *guidelines* contestate, la valutazione della Corte non sembra tenere in considerazione tutti gli elementi rilevanti.

Il punto 2 degli orientamenti impugnati effettivamente sancisce che tali atti specificano meramente la posizione di EBA; ma anche – alla riga successiva – che «le autorità competenti *sono tenute a conformarsi a detti orientamenti* integrandoli opportunamente nelle rispettive prassi di vigilanza (per esempio modificando il proprio quadro giuridico o le proprie procedure di vigilanza), anche quando gli orientamenti sono diretti principalmente agli enti»<sup>31</sup>. E, nel precedente punto 1, il concetto è espresso ulteriormente, affermando che «le autorità competenti e gli enti finanziari *compiono ogni sforzo*

<sup>29</sup> A differenza di ESMA, EBA non pubblica una *compliance chart* comune per tutte le *guidelines* pubblicate, ma solo in relazione a ciascun atto. Tuttavia, Banca d'Italia ha pubblicato sul proprio sito una tabella congiunta, da cui emerge che, per lo meno in Italia, tutte le *guidelines* di EBA sono state recepite (<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/orientamenti-vigilanza/elenco-esa/index.html>).

<sup>30</sup> È appena il caso di evidenziare che, come emerge dalla *compliance chart* compilata dalla stessa EBA, le uniche autorità nazionali che hanno affermato di non volersi conformare alle *guidelines* controverse sono quelle austriache e tedesche; quelle slovacche e finlandesi, invece, hanno statuito di volersi conformare, ma unicamente in taluni settori o con riguardo a talune categorie di operatori. Tutte le altre autorità nazionali, nonché le tre degli Stati dello Spazio Economico Europeo, hanno dichiarato di conformarsi (cfr. <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1141044/b675660b-cae9-4921-85a5-02937a3abd46/EBA%20GL%202015%2018-CT-V3%20GLs%20on%20product%20oversight%20and%20governance.pdf?retry=1>).

<sup>31</sup> European Banking Authority, 13 dicembre 2016, EBA/GL/2016/06, cit., punto 2 (enfasi aggiunta).

per conformarsi agli orientamenti»<sup>32</sup>. Ambedue tali affermazioni sembrerebbero dimostrare una certa forza vincolante, ma vengono completamente omesse dalla Corte di giustizia dalla propria valutazione. E lo stesso è a dirsi per il punto 3 degli orientamenti contestati, che sancisce la data a partire dalla quale detti orientamenti diventano applicabili: questo elemento ben potrebbe essere interpretato nel senso di segnalare una capacità dell'atto di produrre effetti giuridici vincolanti, perché se fosse un atto di mero indirizzo, allora sarebbe sempre liberamente utilizzabile dagli operatori a titolo di indirizzo interpretativo, e non già da una data predeterminata. E ancora, la Corte non dedica attenzione alcuna al meccanismo di *comply or explain*, e successivo *name and shame*, previsto per le *guidelines* dall'art. 16, par. 3, comma 3, del regolamento istitutivo di EBA (ma identica disciplina si ritrova anche per ESMA ed EIOPA): ovvero, se un'autorità nazionale afferma di *non* volersi conformare a un orientamento, deve fornire adeguate motivazioni; e, inoltre, detto diniego potrà poi essere reso pubblico da EBA. E tale pubblicità risulta particolarmente ostica alle autorità nazionali, che sovente poi si trovano a dover fronteggiare critiche sul piano interno: *in primis*, da parte di quei soggetti regolati, e non sono pochi, che preferiscono avere un *single rulebook* di regole e prassi da seguire su tutti i mercati europei. Questo è, dunque, un tipico meccanismo che potrebbe rendere *de facto* vincolanti atti formalmente *soft*<sup>33</sup>; ma anche di tale elemento la Corte di giustizia non offre analisi alcuna.

Ciò desta diverse perplessità: le *guidelines* sono atti estremamente seguiti dagli operatori finanziari, che li applicano per timore di essere sanzionati o anche solo di ricevere un danno reputazionale sul mercato, venendo indicati come quelli che non applicano le *best practices* ivi codificate. Le stesse autorità nazionali hanno dimostrato, negli anni, di conformarsi ad esse nella grande maggioranza dei casi. Lo stesso comportamento della ricorrente rivela l'importanza di questi atti: FBF, di fronte ad un atto formalmente non vincolante di EBA, "recepito" in Francia tramite un parere ancora formalmente non vincolante, ha inteso agire in giudizio per chiederne l'annullamento: anche se avrebbe potuto semplicemente disattenderlo, trattandosi di un atto formalmente non vincolante. Il comportamento tenuto, a valle dell'atto *soft*, dai consociati è uno degli elementi che la giurisprudenza della Corte (anche se, a dire il vero, minoritaria) aveva già valorizzato per controllare l'effettiva

---

<sup>32</sup> Ivi, punto 1 (enfasi aggiunta).

<sup>33</sup> Analogamente, sul punto, v. F. ANNUNZIATA, *The Remains of the Day: EU Financial Agencies, Soft Law and the Relics of Meroni*, in *EBA Working Paper Series*, 2021, n. 106, in particolare p. 30.

capacità dell'atto impugnato di produrre effetti giuridici vincolanti<sup>34</sup>; ma, nel caso di specie, non viene in alcun modo considerato.

In terzo luogo, il parallelo con le raccomandazioni, che la Corte usa per avvalorare la tesi della non vincolatività delle *guidelines*, appare piuttosto involuto e basato su una similitudine linguistica che genera fraintendimenti. È certamente vero che le *guidelines* assomigliano alle raccomandazioni; ma non alle raccomandazioni tipiche, di cui l'art. 288, ultimo comma, TFUE sancisce la natura non vincolante, bensì alle raccomandazioni "atipiche", adottate da EBA a mente dell'art. 16 del proprio regolamento istitutivo: e quindi atti del tutto identici alle *guidelines*, senza alcuna dichiarazione espressa di non vincolatività, sottoposti ai medesimi meccanismi di conformazione volontaria, motivazione, *name and shame*, con l'unica differenza relativa alla loro portata generale o individuale<sup>35</sup>. Al punto 42, però, la Corte opera un salto logico, perché porta a sostegno della propria tesi la natura non vincolante delle raccomandazioni tipiche, ovvero adottate *ex art.* 288, ultimo comma, TFUE.

Tuttavia, l'art. 16 del regolamento istitutivo di EBA *non* menziona l'art. 288 TFUE; parimenti, l'art. 288 TFUE sancisce che le raccomandazioni "tipiche" possono essere adottate solamente dalle istituzioni dell'Unione (tra cui, notoriamente, le agenzie come EBA *non* sono ricomprese, non essendo menzionate all'art. 13 TUE; e le recenti pronunce rese nel caso *EMA* insegnano che quando i trattati si riferiscono alle istituzioni dell'Unione, non può da ciò desumersi che anche le agenzie siano ricomprese in quella dizione)<sup>36</sup>. Perché, allora, le raccomandazioni "atipiche" adottate da EBA dovrebbero ritenersi formalmente non vincolanti, come lo sono quelle tipiche *ex art.* 288 TFUE<sup>37</sup>? Certo, per l'analogia nel *nomen iuris*; ma tale sovrapposizione terminologica non è sorretta da analoghe concomitanze giuridiche.

<sup>34</sup> Si veda, come sentenza sul punto molto "didattica" e ricostruttiva della giurisprudenza precedente, nonché dell'applicazione del criterio della percezione dell'atto avuta dai soggetti regolati, Tribunale 4 marzo 2015, T-496/11, *Regno Unito c. BCE*, cit.

<sup>35</sup> Per la precisione, a mente dell'art. 16 del Regolamento (UE) n. 1093/210, cit., le *guidelines* possono essere indirizzate alla totalità delle autorità nazionali o degli istituti finanziari mentre le raccomandazioni solo ad alcuni di essi.

<sup>36</sup> Si veda, con particolare riguardo all'(im)possibilità di usare l'art. 341 TFUE, che menziona solo le istituzioni, come base giuridica per definire la sede delle agenzie, Corte giust. 14 luglio 2022, C-59/18 e C-182/18, *Comune di Milano c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:567, punti 67-99 e, in particolare, punto 97 nonché l'identica sentenza 14 luglio 2022, C-106/19 e C-232/19, *Comune di Milano c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:568, punti 111-143 e, in particolare punto 141.

<sup>37</sup> Il tema era stato sollevato anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona, 17 settembre 2020, causa C-501/18, *BT c. Baltarska Narodna Banka*

Pertanto, ritenendo non impugnabili gli orientamenti di EBA, la Corte evita di rispondere alla seconda parte del primo quesito, ovvero quello relativo alla legittimazione ad agire di una federazione professionale non riguardata direttamente e individualmente dagli orientamenti, ma mossa unicamente dal fatto che i medesimi sono rivolti ai membri di cui difende gli interessi.

V. Il secondo quesito pregiudiziale è affrontato in pochi punti argomentativi, nei quali la Corte sancisce la propria competenza pregiudiziale nel valutare la validità delle *guidelines* di EBA, nonostante la loro natura non vincolante. Anche in tal caso, preme specificare che, tecnicamente, la Corte si riferisce unicamente agli atti controversi nella causa nazionale; ma, di nuovo, il tenore argomentativo sembra suggerire una presa di posizione a favore di una generale competenza su tutti gli atti simili ad essi, *ergo* almeno tutte le *guidelines* di EBA, ESMA ed EIOPA ma, con ogni probabilità, a tutti gli atti *soft* dell'Unione europea.

La questione era, in verità, rimasta aperta da tempo nella giurisprudenza e nella dottrina giuridica.

In termini positivi si era espressa gran parte della dottrina di lingua inglese<sup>38</sup>, francese<sup>39</sup>, e tedesca<sup>40</sup>, nonché una parte decisamente minoritaria di

---

(*Balgarska Banka*), ECLI:EU:C:2020:729, punto 76, dove parimenti viene tracciato un parallelo tra le raccomandazioni adottate da EBA *ex art.* 16 del proprio regolamento istitutivo e quelle tipiche previste dall'art. 288, ultimo comma, TFUE; tuttavia, anche in tal caso non viene fornito alcun supporto argomentativo a tale comparazione.

<sup>38</sup> Senza citare *Grimaldi*, d'altronde pronunciata nelle more della pubblicazione, H. SMIT, *Article 177*, in H. SMIT, P. HERZOG (a cura di), *The Law of the European Economic Community – A Commentary on the EEC Treaty*, New York, 1990, pp. 5-458.1; più recentemente, K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, cit., p. 464, che, alla nota 47, danno comunque conto che il passaggio della giurisprudenza *Grimaldi* da cui viene dedotta la possibilità di sollevare un quesito pregiudiziale sulla validità di atti non vincolanti era stato reso dalla Corte di giustizia all'interno di un rinvio pregiudiziale di interpretazione. Viceversa, in termini laconici e senza argomentare, M. BROBERG, N. FENGER, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2021, p. 97.

<sup>39</sup> Ante *Grimaldi*, si pronunciò per l'impugnabilità tramite rinvio di validità di atti non vincolanti G. BEBR, *Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE*, in *Cah. dr. eur.*, 1975, p. 379 ss., in particolare p. 391, affermando però come «*en pratique la valeur de cet examen soit douteuse*»; di diverso avviso invece furono G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, in particolare p. 304. Post *Grimaldi*, la tesi dell'esperibilità di un pregiudiziale di validità avverso atti non vincolanti è quella che pare nettamente maggioritaria: si veda M. WAELBROECK, *Article 177*, in J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK, M. WAELBROECK, *La Cour de justice – Les actes des institu-*

quella in lingua italiana<sup>41</sup>, essenzialmente valorizzando il dato letterale dei trattati e la giurisprudenza *Grimaldi*<sup>42</sup> che, da un lato, evidenziava (ancorché

*tions. Commentaire Megret*, Bruxelles, 1993, in particolare p. 209; più recentemente, J. PERTEK, *Renvoi préjudiciel en appréciation de validité*, in *Juris Classeur Europe Traité*, Fasc. 362, 2019, par. 22, che evidenzia una maggior apertura negli atti suscettibili di pregiudiziale di validità rispetto a quelli oggetto di annullamento, proprio sulla base della giurisprudenza *Grimaldi* (tuttavia, in *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE: le renvoi préjudiciel*, 2021, Bruxelles, pp. 314-317, il medesimo A. sviluppa un approccio più "italiano", sottolineando comunque i necessari parallelismi tra pregiudiziale di validità e azione di annullamento); inoltre, F. PICOD, J. RIDEAU, *Renvoi préjudiciel*, in *Répertoire de droit européen*, Bruxelles, 2022, al punto 63 sottolineano, citando *Grimaldi*, la maggior apertura del pregiudiziale negli atti suscettibili di controllo rispetto all'azione di annullamento (si noti, tuttavia, nei punti specificatamente dedicati agli atti suscettibili di rinvio pregiudiziale di validità (86-94), non sviluppano il punto, né trattano il tema di un quesito di validità vertente su atti non vincolanti. Sviluppa invece un approccio totalmente "italiano", ovvero sostenendo l'esperibilità di un pregiudiziale di validità solo sugli atti suscettibili di azione di annullamento, P. ROSEREN, *Art. 234*, in I. PINGEL (a cura di), *Commentaire article par article des traités UE et CE: de Rome à Lisbonne*, Bâle-Parigi-Bruxelles, 2010, in particolare p. 1538.

<sup>40</sup> H. KRÜCK, *Artikel 177*, in H. VON DER GROEBEN, J. THIESING, C.D. EHLERMANN (a cura di), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Baden Baden, 1997, Fascicolo 4, in particolare p. 613 osservava, citando *Grimaldi*, che «ebensowenig spielt es eine Rolle, ob die genannten Rechtsakte verbindlich oder unverbindlich sind», senza tuttavia ulteriormente sviluppare il punto. Più recentemente, in senso concorde e con ampia analisi, M. KNAUFF, *Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens*, in *Europarecht*, 2011, p. 735 e ss., in particolare p. 735; non sviluppa il punto, ma sancisce chiaramente che l'art. 267 TFUE ha un campo di applicazione più ampio, quanto agli atti impugnabili, dell'art. 263 TFUE, U. KARPENSTEIN, *Artikel 267 AEUV*, in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, München, 2022, in particolare par. 23-24. Laconicamente, invece, J. SCHWARZE, *Artikel 267 AEUV*, in J. SCHWARZE, U. BECKER, A. HATJE, J. SCHOO (a cura di), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2012, in particolare p. 2232, afferma che «die gesamte Sekundärrecht (in einem weiteren Sinne) [...] kann damit einer Gültigkeitsüberprüfung durch den EuGH im Rahmen des Art. 267 unterzogen werden», senza ulteriormente sviluppare il punto.

<sup>41</sup> Risolve nel senso positivo il problema dell'impugnabilità di una raccomandazione tramite rinvio pregiudiziale di validità, ancorché quale mero esempio utile a riflettere sulla natura delle sentenze di invalidità, già G. M. UBERTAZZI, *Effetti della pronuncia di invalidità di un atto comunitario ex art. 177. In particolare revoca e adattamento dell'atto invalido da parte dell'istituzione che lo ha emanato*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1979, p. 71, in particolare p. 75; viceversa, ritenne il problema insussistente L. FERRARI BRAVO, *Articolo 177*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea: commentario*, Milano, 1965, in particolare p. 1314, dove la questione dell'esperibilità di un rinvio avverso i pareri del Comitato economico e sociale viene affrontata per i quesiti interpretativi, ma non per quelli di validità, dal momento che quest'ultima riguarderebbe «se mai la validità dell'atto del Consiglio o della Commissione per il quale il parere era richiesto». Più recentemente e più precisamente sul punto, R. BARATTA, *Il sistema*

unicamente in un inciso) una competenza a pronunciarsi sulla validità degli atti delle istituzioni *senza alcuna eccezione* e, dall'altro (e tale punto era particolarmente caro alla dottrina italiana)<sup>43</sup>, chiamava ad un cambio di paradigma, perché se i giudici nazionali erano tenuti a tenere in considerazione anche atti non vincolanti dell'Unione per *interpretare* le norme nazionali, allora occorreva permettere loro anche di sindacare la *validità* di detti atti, così da poter non tenerne conto, allorquando illegittimi.

Viceversa, la sostanziale totalità della manualistica, nonché dei commentari, italiani ha sempre propeso per una soluzione negativa, ritenendo esperibile il rinvio pregiudiziale di validità unicamente in relazione ai medesimi atti impugnabili *ex art. 263*, comma 1, e quindi unicamente atti produttivi di effetti giuridici vincolanti<sup>44</sup>.

---

*istituzionale dell'Unione europea*, Milano, 2020, p. 300 afferma che «il giudizio comprende anche norme non vincolanti: l'art. 267 TFUE, a differenza del ricorso per invalidità, si riferisce agli atti dell'Unione senza eccezione alcuna (sent. 13 dicembre 1989, 322/88, *Grimaldi*)»; lo stesso A., inoltre, in *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2015, p. 33 ss., in particolare a p. 39 rileva, in proposito, che la Corte di giustizia ha sancito l'applicabilità del principio in questione «operando un salto logico»; a livello di manualistica, si veda P. MENGOZZI, C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2014, p. 230. Si veda, altresì, la dottrina citata *infra* alla nota 44.

<sup>42</sup> Corte giust. 13 dicembre 1989, 322/88, *Grimaldi*, cit., punto 8.

<sup>43</sup> Sviluppano in particolare quest'ultimo argomento A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997, p. 49-50 (che, però, conclude auspicando che la Corte si attribuisca la competenza a sancire la validità di atti non vincolanti, ritenendo che *Grimaldi* non arrivasse già a conferirgliela), nonché M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 238-239 (che, invece, leggono *Grimaldi* come già attributiva di tale competenza).

<sup>44</sup> Nella dottrina italiana, *Grimaldi* è stata, sinora, citata solitamente parlando della competenza interpretativa della Corte, per specificare che i giudici nazionali possono chiedere l'interpretazione anche di atti non vincolanti, essendo chiamati a tenerne conto nell'interpretazione delle norme vincolanti invocate nel contenzioso dinanzi a loro pendente (si veda, in particolare, A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, cit., p. 49-50, dove si afferma che «in materia di interpretazione, la Corte non ha esitato [nelle sentenze *Frecassetti*, *Van Ameyde* e *Grimaldi*] a considerare anche atti non vincolanti; circa la validità, essa non ha avuto sinora occasione di pronunciarsi»). Coerenti con questo approccio sono anche F. FERRARO, F. ROLANDO, *Asimmetrie tra rinvio pregiudiziale di interpretazione e di validità*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, cit., pp. 20-21. Nella manualistica, si vedano: R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 341; analogamente in *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019, pp. 270-271; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, 2018, p. 413; U.

Diversi motivi sono stati adottati, nel tempo, in favore di tale secondo approccio.

Innanzitutto, c'è un evidente cortocircuito logico nel dichiarare invalido un atto che comunque non è vincolante: se non vincola, il giudice può sempre discostarsene, seppur dopo averne soppesato la portata; *ergo*, non serve dichiararne l'invalidità. E ciò anche perché un atto non vincolante non si connette alle categorie giuridiche di validità/invalidità, ma ad altre, più politiche e sociologiche, in forza delle quali può "ispirare", senza vincolo formale, l'agire dei consociati.

In secondo luogo, il rinvio pregiudiziale di validità e l'azione di annullamento sono, a mente di una costante giurisprudenza<sup>45</sup>, meccanismi complementari di un medesimo sistema di tutela giurisdizionale; e, in fondo, la medesima giurisprudenza *Foto-frost*<sup>46</sup> si basa su questo assioma.

In terzo luogo, *Grimaldi* sanciva sì, in termini assai generali, che il rinvio pregiudiziale di validità poteva essere esperito con riguardo agli atti delle istituzioni «*senza alcuna eccezione*», ma si trattava di un mero passaggio, per nulla argomentato, e comunque contenuto in una pronuncia resa in un rinvio pregiudiziale di interpretazione, e non già di validità. Ed infatti, la stessa Corte, nella giurisprudenza successiva, aveva talvolta ripetuto il punto di diritto cristallizzato<sup>47</sup> in *Grimaldi* (sempre evitando di argomentare: si

---

DRAETTA, F. BESTAGNO, A. SANTINI, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale, ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Milano, 2018, p. 307; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, pp. 233-234; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea: parte istituzionale*, Torino, 2019, p. 426; G. TESAURO; P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2020, p. 425; A. VALVO, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019, p. 276; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 429. Tra i commentari, L. FUMAGALLI, *Art. 267 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Assago, 2014, p. 1333 non prende veramente posizione sul punto, citando il punto di diritto di *Grimaldi* senza ulteriormente argomentare sul punto; analogamente, A. RIZZO, *Art. 234 TCE*, in L. FERRARI BRAVO, A. RIZZO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, Milano 2008, p. 730-731 riporta il principio di diritto sancito in *Grimaldi* (alludendo dunque alla possibilità di esperire un rinvio di validità anche su atti non vincolanti) ma, successivamente (p. 738), riporta un estratto di *UPA* dove si afferma la nota complementarietà tra annullamento e pregiudiziale di validità; viceversa, L. DANIELE, *Art. 267 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2117 sancisce chiaramente l'impossibilità di esperire un rinvio di validità relativo ad atti non vincolanti.

<sup>45</sup> Si rimanda, per tutte, a Corte giust. 5 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462, punto 40.

<sup>46</sup> Corte giust. 22 ottobre 1987, 314/85, *Foto-frost*, ECLI:EU:C:1987:452.

<sup>47</sup> Si noti che, prima di *Grimaldi*, universalmente presa come pronuncia che sancisce tale

veda, successivamente, *Florescu*<sup>48</sup> e *Belgio c. Commissione*<sup>49</sup>), senza però mai applicarlo in concreto, e quindi senza mai pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità di un atto non vincolante. Come evidenziato dall'Avvocato generale Bobek nelle conclusioni rese nella causa che ora ci occupa, nella giurisprudenza successiva a *Grimaldi* la Corte aveva piuttosto riformulato il quesito di validità come un quesito interpretativo, dimostrando quindi di non voler sancire l'invalidità di atti non vincolanti<sup>50</sup>. Il miglior esempio, in tal senso, è il sottile e implicito rigetto del quesito pregiudiziale di validità sollevato dal *Bundesverfassungsgericht* in *Gauweiler*, che *non* viene nemmeno affrontato dalla Corte di giustizia, la quale si esprime unicamente sull'interpretazione dell'atto controverso, ovvero il comunicato stampa della BCE, senza esprimersi sulla sua validità, nonostante l'autorevolezza del giudice rimettente e l'enorme rilevanza della causa<sup>51</sup>.

Infine, prima della pronuncia ora in commento si registrava anche una giurisprudenza di segno chiaramente contrario alla contestabilità, in via pregiudiziale, della validità di atti non vincolanti: nella sentenza *Friesland Coberco Dairy Foods*<sup>52</sup>, la Corte aveva sancito che le conclusioni del Comitato del Codice doganale *non* potevano costituire oggetto di un quesito pregiudiziale di validità, stante la loro natura non vincolante, e nonostante il fatto che le «autorità doganali degli Stati membri [fossero] tenute a prendere in considerazione le sue conclusioni, [senza però essere] tenute a seguirle al momento dell'adozione della decisione definitiva»<sup>53</sup>.

Nella pronuncia ora in commento, che si candida dunque a sostituire *Grimaldi* come *leading case* in materia, la Corte di giustizia si esprime chiaramente, ancorché laconicamente, contro tutti gli argomenti sin qui enucleati

---

principio, e infatti citata anche nella pronuncia ora in esame, la Corte si era in realtà già pronunciata in termini del tutto analoghi: si veda Corte giust. 15 giugno 1976, 113/75, *Frecasetti*, ECLI:EU:C:1976:89; 9 giugno 1977, a 90/76, *Van Ameyde*, ECLI:EU:C:1977:101.

<sup>48</sup> Corte giust. 13 giugno 2017, *Florescu e a.*, C-258/14, ECLI:EU:C:2017:448, punto 30.

<sup>49</sup> Corte giust. 20 febbraio 2018, *Belgio c. Commissione*, C-16/16 P, ECLI:EU:C:2018:79, punto 44.

<sup>50</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale M. Bobek, 15 aprile 2021, causa C-911/19, *FBF*, ECLI:EU:C:2021:294, punto 98.

<sup>51</sup> Sia consentito rimandare, oltre che ai lavori citati alla nota 11, a J. ALBERTI, *Challenging the evolution of the EMU: the justiciability of soft law measures enacted by the ECB against the financial crisis before the European courts*, in *Yearb. Europ. Law*, 2018, p. 626.

<sup>52</sup> Corte giust. 11 maggio 2006, C-11/05, *Friesland Coberco Dairy Foods*, ECLI:EU:C:2006:312, punti 34-42.

<sup>53</sup> *Ivi*, punto 40.

ammettendo, in maniera fortemente innovativa, l'esperibilità di un rinvio pregiudiziale di validità anche nei confronti di un atto dichiaratamente non vincolante. E se è vero che un analogo approccio era stato manifestato già in *Balgarska Banka*<sup>54</sup>, una pronuncia di pochi mesi antecedente a quella ora in commento e su cui subito si tornerà, è inevitabile che la composizione del collegio giudicante (Sezione a 5 giudici, in *Balgarska Banka*; Grande Sezione, in *FBF*) accenda essenzialmente su quest'ultima pronuncia le luci dei riflettori.

A sostegno di tale approccio, la Corte richiama il dato letterale dei trattati, che tanto all'art. 19, par. 3, lett. b) TUE, quanto all'art. 267, comma 1, lett. b), TFUE, attribuisce ai giudici di Lussemburgo una competenza a statuire sulla validità degli atti adottati da istituzioni, organi e organismi senza alcuna eccezione o senza alcuna specificazione quanto alla loro natura vincolante o meno.

A valle di ciò, la Corte specifica questo principio con due elementi argomentativi comparativi; uno *a contrario* e uno in positivo. *A contrario*, la Corte evidenzia come sia solo la lettera dell'art. 263, comma 1, TFUE a sancire che gli atti adottati da organi e organismi debbano essere «destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi»; in positivo, la Grande Sezione richiama e, di fatto, conferma la pronuncia resa pochi mesi prima dalla Quinta Sezione nella causa *Balgarska Banka*, a mente della quale la Corte aveva già ammesso la possibilità di sindacare, in via pregiudiziale, la validità delle già citate raccomandazioni di EBA, *ergo* atti che, nella narrazione operata dalla Corte, sarebbero simili a quelli che vengono in rilievo nella causa in commento.

Poco vi è da aggiungere sul primo argomento; esso incontra, in positivo e in negativo, tutte le deduzioni già formulate nel tempo in dottrina e *supra* ricordate. Una riflessione ulteriore va invece dedicata al parallelo con il precedente reso in *Balgarska Banka*, che appare, invero, l'elemento argomentativo meno convincente dei due. Infatti, le raccomandazioni ivi in rilievo erano effettivamente raccomandazioni di EBA (a differenza di quanto accaduto nella risposta al primo quesito pregiudiziale che, come si ricorderà, poneva su un medesimo piano le raccomandazioni di EBA e quelle tipiche *ex art.* 288 TFUE); ma non erano raccomandazioni *ex art.* 16 del regolamento istitutivo di EBA, ovvero quelle oggettivamente molto simili alle *guidelines*, bensì raccomandazioni adottate ai sensi dell'art. 17 del medesimo regola-

---

<sup>54</sup>Corte giust. 25 marzo 2021, C-501/18, *BT c. Balgarska Narodna Banka*, ECLI:EU:C:2021:249.

mento per la procedura, molto particolare, di violazione del diritto dell'Unione.

Tralasciando ogni valutazione sull'effettiva analogia tra tali fonti,<sup>55</sup> quello che più rileva in questa sede è che le raccomandazioni che venivano in rilievo in *Balgarska Banka* erano atti essenzialmente endoprocedimentali<sup>56</sup>. Mentre le raccomandazioni adottate ai sensi dell'art. 16 esauriscono un procedimento regolamentare – con l'unica questione relativa agli effetti, vincolanti o meno, che esse esercitano sui consociati – le raccomandazioni ai sensi dell'art. 17 costituiscono unicamente un passaggio di una ben più lunga procedura che potrebbe sì bloccarsi con una mera raccomandazione dell'agenzia, allorquando questa dovesse riuscire a convincere l'autorità nazionale circa le azioni da porre in essere per attuare al meglio il diritto dell'Unione, ma che arriva a effettivo compimento solo con l'adozione di un parere adottato dalla Commissione europea o, eventualmente, con una decisione della stessa EBA<sup>57</sup>.

I due atti, quindi, sono oggettivamente differenti; e ancor più differenti sono i contesti giuridici in cui vengono in rilievo, che di riflesso condizionano la loro impugnabilità. In *Balgarska Banka*, il quesito pregiudiziale verteva sulla possibilità di invocare una raccomandazione adottata da EBA ex art. 17 del proprio Regolamento istitutivo all'interno di un contenzioso naziona-

---

<sup>55</sup> Si potrebbe discutere – la Corte non lo fa; e ciò è indicativo della laconicità che caratterizza ormai le pronunce della Corte, certamente utile per non impegnare successive pronunce ma talvolta capace anche di minare, almeno in parte, l'autorevolezza delle stesse – se le raccomandazioni adottate ai sensi dell'art. 16 siano ontologicamente analoghe a quelle di cui all'art. 17; e, quindi, se rispondano alla medesima disciplina circa l'obbligo per le autorità nazionali di compiere ogni sforzo per conformarsi, di fornire motivazioni ove non lo facciano, di *name and shame*. Si potrebbe certamente argomentare in tal senso, visto l'analogo *nomen iuris* e un passaggio dell'art. 17, par. 3, che riprende alcuni concetti dell'art. 16, par. 3; eppure, il fatto che l'art. 17 non citi espressamente l'art. 16, e delinea una disciplina comunque diversa da esso, potrebbe anche far giungere a conclusioni opposte. Per un'analisi delle affinità e delle divergenze tra questi due atti, che comunque non risolve gli interrogativi di cui sopra, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA in *Balgarska Banka*, cit., punti 73-89.

<sup>56</sup> Come correttamente evidenziato in dottrina, «Although the recommendation will have persuasive authority, Article 17 does not suggest that the true nature of the recommendation is to be binding on competent authorities. To deal with the situation where a competent authority fails to comply with a recommendation, Article 17(4) turns to the Commission» (P. SCHAMMO, *Actions and Inactions In The Investigation Of Breaches Of Union Law By The European Supervisory Authorities*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2018, p. 1434).

<sup>57</sup> Analogamente, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona in *Balgarska Banka*, cit., punti 82-84.

le volto a ottenere un risarcimento dei danni patiti dal singolo in relazione a un'asserita violazione del diritto dell'Unione perpetrata da un'autorità bancaria nazionale ed affrontata proprio nella raccomandazione di EBA oggetto del quesito di validità. In tal caso, la Corte si esprime in senso favorevole alla possibilità di sindacare la validità di un atto non vincolante, perché esso costituiva la base per pronunciarsi sulla condotta dell'autorità nazionale e, di riflesso, risolvere il caso pendente dinanzi al giudice del rinvio; e, parimenti, la sede pregiudiziale era l'unica che permetteva un controllo sulla validità dell'atto. Infatti, per la propria natura endoprocedimentale, ancor prima che per la sua efficacia vincolante o meno, la raccomandazione adottata da EBA nel procedimento *ex art. 17* non poteva essere sindacata, né da un ricorrente privilegiato, né da una persona fisica e giuridica, per il tramite di un ricorso diretto<sup>58</sup>.

Ma non è questo il caso delle raccomandazioni adottate *ex art. 16*, e quindi ancor meno delle *guidelines* che ora ci occupano che, come visto, costituiscono atti definitivi, che certamente terminano un procedimento, e che quindi incontrano, come limite oggettivo all'impugnazione, "solo" il test relativo alla capacità di produrre effetti giuridici. E se è vero che natura non definitiva ed efficacia non vincolante sono elementi connessi, con la prima che chiaramente aumenta le *chances* che si verifichi la seconda, è parimenti vero che si tratta di due elementi che la Corte sempre distingue nel valutare l'impugnabilità di un atto. Da questo punto di vista, dunque, *FBF* non solo conferma, con una Grande Sezione, l'approccio già avanzato in *Balgarska Banka*, ma lo declina in un contesto diverso, dove il rinvio pregiudiziale di validità perde, almeno in parte, i tratti di *last resort* per sindacare la validità dell'atto non vincolante propri invece del precedente di pochi mesi prima.

Infine, la Corte affronta l'ultima parte del secondo quesito che, come si ricorderà, verteva sulla possibilità, per i ricorrenti nella causa nazionale, di sindacare la validità di atti non vincolanti che non li riguardassero direttamente e individualmente.

La Corte è molto netta nel negare siffatta condizione di ricevibilità al rinvio pregiudiziale di validità; a tal fine, sottolinea, in modo molto convincente, la chiara lettera dell'art. 267 TFUE, che non riporta in alcun modo tali condizioni, riservandole al solo art. 263 TFUE<sup>59</sup>; ricorda come gli artt. 263,

---

<sup>58</sup> Si veda, analogamente, *ibidem*; l'Avvocato generale pone, però, la natura non definitiva e l'efficacia non vincolante su un medesimo piano, seppur senza argomentare.

<sup>59</sup> Punto 59.

277 e 267 TFUE costituiscano un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti intesi a garantire la legittimità del diritto dell'Unione<sup>60</sup>; infine, evidenzia come in tale sistema giochino un ruolo fondamentale anche gli ordinamenti giuridici nazionali che, nel rispetto del diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva<sup>61</sup>, e sotto le stelle polari dei principi di effettività ed equivalenza, sono chiamati a designare i giudici competenti e a stabilire le modalità procedurali più opportune per i ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione<sup>62</sup>.

*So far so good*: i principi espressi dalla Corte riprendono una giurisprudenza consolidata che, dunque, non stupirà il lettore. Degna di nota è, però, l'incisività e l'ampiezza con cui la Corte formula questi argomenti, offrendo spunti che, nella giurisprudenza successiva, potranno essere ripresi e valorizzati per ampliare ulteriormente la ricevibilità dei rinvii pregiudiziali.

Al punto 63, ad esempio, la Corte sancisce che una controversia nazionale può anche non vertere sull'applicazione, nei confronti dei ricorrenti, dell'atto dell'Unione di cui si richiede l'invalidità. Al successivo punto 64, il principio è ripreso dalla prospettiva opposta, ovvero affermando che i singoli possono contestare la validità di atti dell'Unione anche se tali atti non sono stati oggetto di misure di applicazione adottate nei loro confronti. Benché già diverse pronunce pregiudiziali, recenti, avessero evidenziato una grande apertura della Corte di giustizia nei confronti della ricevibilità dei rinvii pregiudiziali, anche in assenza di atti nazionali attuativi di quello "comunitario" oggetto del quesito<sup>63</sup>, questi passaggi sembrano cristallizzare definitivamente la flessibilità del rinvio pregiudiziale. Esso non è più un mero complemento all'azione di annullamento; non permette ai singoli solamente di sindacare la validità di atti che, vuoi per l'assenza di incidenza diretta e individuale, o vuoi per la presenza (in potenza o in atto) di misure di esecuzione, non possono essere impugnati direttamente; ma va molto oltre, perché anche in assenza di un collegamento tra l'atto dell'Unione avente portata generale e l'atto nazionale contestato è comunque possibile chiedere alla Corte di giustizia, tramite il giudice nazionale, di pronunciarsi sulla validità del primo.

Da questo punto di vista, la pronuncia in commento appare come un "bi-

---

<sup>60</sup> Punto 60.

<sup>61</sup> Punto 61.

<sup>62</sup> Punto 62.

<sup>63</sup> Si pensi, su tutte, alla già citata Corte giust. 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, cit. e 10 dicembre 2018, C-621/18, *Wightman*, ECLI:EU:C:2018:999.

lanciamento” della giurisprudenza *TWD* e successive; tanto quest’ultima spingeva i singoli, in talune circostanze, verso l’utilizzo del ricorso diretto, tanto la sentenza ora in esame riafferma la centralità del rinvio pregiudiziale di validità nella tutela degli interessi dei singoli. Con quali conseguenze, e a quale prezzo, sarà oggetto di riflessioni conclusive<sup>64</sup>.

**VI.** Benché nata in un contesto altamente tecnico e settoriale, la pronuncia in commento comporta una serie di conseguenze di respiro assai più ampio, la prima delle quali riguarda il valore e la portata degli atti di *soft law* adottati dalle agenzie dell’Unione europea, di cui le *guidelines* delle autorità bancarie e finanziarie sono di gran lunga l’esempio più fulgido, nonché degli atti nazionali adottati per conformarsi, o meno, ad esse.

Se possibile, il grado di ambiguità delle *guidelines* adottate dalle Autorità europee di vigilanza bancaria, finanziaria e assicurativa – già, come si diceva in apertura, piuttosto marcato – emerge in termini ancor più rilevanti a valle della pronuncia in commento.

Da un lato, la Corte esplicitamente afferma l’incapacità di tali atti di produrre effetti giuridici vincolanti nei confronti sia delle autorità nazionali (punto 45), sia dei singoli operatori finanziari (punto 46); e tale posizione è ulteriormente ripetuta, a titolo conclusivo e, inevitabilmente, rafforzativo, al punto 49. Dall’altro lato, tuttavia, quest’affermazione emerge dal tessuto motivazionale della pronuncia come un’antifrasi, ovvero un concetto che, per il contesto in cui viene affermato, pare in realtà intendere il significato opposto da quello suo proprio.

A voler tacere del fatto che, in conclusione, l’atto in questione è stato ritenuto valido, interpretando quindi in termini piuttosto ampi il potere delle agenzie di adottare atti *soft* anche in ambiti non totalmente e chiaramente ricompresi nel loro mandato<sup>65</sup>, com’è possibile ritenere *non vincolanti* degli

---

<sup>64</sup> Vedi *infra*, par. X.

<sup>65</sup> Evidenziano il punto anche M. CHAMON, N. DE ARRIBA-SELLIER, *FBF: On the Justiciability of Soft Law and Broadening the Discretion of EU Agencies*, cit., pp. 27-28. Si noti, peraltro, che fortemente indicativo di tale “percezione capovolta” della pronuncia in commento è lo stesso contenzioso nazionale, in cui FBF ha deciso di depositare una memoria integrativa e contestare delle diverse *guidelines* di EBA, sempre assumendo che fossero state adottate *ultra vires* e chiedendo di sollevare nuovo rinvio pregiudiziale. A tale richiesta, il *Conseil d’Etat* ha replicato negando il rinvio, citando la pronuncia qui commentata, «en l’absence de tout doute raisonnable quant à l’application correcte des dispositions en cause» (*Conseil d’État*, 9ème – 10ème chambres réunies, 22/07/2022, 449898, punto 12), e ha invitato le parti a seguire le *guidelines* contestate in giudizio, citando l’art. 16 del regolamento

atti che un giudice nazionale può sottoporre al vaglio di *validità* da parte del supremo giudice dell'Unione europea? Se non fossero stati vincolanti, la Corte avrebbe continuato con la propria prassi di riformulazione del pregiudiziale di validità in uno di interpretazione, che d'altronde le avrebbe parimenti permesso di esprimersi su come e quanto i giudici nazionali – e, di riflesso, i soggetti regolati – sono tenuti a tenere in considerazione tali atti.

L'Avvocato generale dedica ampio spazio a tale paradosso, arrivando financo a scomodare paralleli con il mondo delle serie televisive; se ciò che è morto non può rivivere, a meno che sia un personaggio di *Game of Thrones*, allora ciò che non è vincolante non può essere dichiarato invalido. La Corte di giustizia cerca di uscire da tale contraddizione operando un sindacato di validità meramente formale: ovvero non contesta il merito dell'atto, ma si limita a controllare se esso sia regolarmente venuto ad esistere nell'ordinamento (ovvero, segnatamente, se l'autorità emanante aveva le competenze per adottarlo). Da un lato, l'approccio è convincente: se tali atti hanno una funzione di indirizzo, non cogente, dei consociati, allora il potere giudiziario controlla che per lo meno si siano validamente formati. E d'altronde, anche la dottrina, in passato, si era espressa in favore dell'esperibilità di un rinvio pregiudiziale di validità rispetto ad atti non vincolanti, perché i giudici «possono avere interesse non soltanto a conoscerne l'interpretazione, ma anche ad ottenere un accertamento circa la loro validità. È chiaro, infatti, che l'obbligo [interpretativo] posto al giudice nazionale [...] non potrebbe sussistere rispetto ad una raccomandazione invalida»<sup>66</sup>.

Dall'altro, però, si potrebbe anche sostenere che, se la Corte di giustizia controlla la validità “formale” di questi atti, allora dovrebbe controllare anche quella sostanziale; soprattutto se tali atti, di fatto, hanno un ruolo particolarmente incisivo nell'indirizzare l'agire dei consociati. Una volta squarciato il velo del controllo di legittimità di questi atti, infatti, potrebbe essere molto complicato trovare un limite tra profili di invalidità formale e sostanziale; e, in definitiva, diventerebbe sempre più difficile sostenere che questi atti non siano vincolanti.

Il quadro, peraltro, è ulteriormente complicato dalla presenza di un atto nazionale con cui l'autorità preposta afferma di conformarsi, o meno, alle *guidelines*. Benché la Corte non sviluppi in alcun modo il punto, è evidente

---

istitutivo di EBA, che come noto richiede a tutti i soggetti dell'ordinamento di compiere ogni sforzo per uniformarsi a questi atti (*ivi*, punto 8).

<sup>66</sup> A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, cit., p. 51; analogamente M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, cit., pp. 238-239.

che tale elemento ben potrebbe incidere sulla capacità delle *guidelines* di produrre effetti giuridici vincolanti.

Si pensi, in primo luogo, all'eventualità – aliena al caso di specie, ma che ben potrebbe avvenire, come dimostrato dalla prassi italiana e francese in materia<sup>67</sup> – in cui la decisione di conformarsi venga adottata, a livello nazionale, richiamando le *guidelines* all'interno di un atto legislativo interno, o addirittura codificandole in una disposizione normativa. In tali casi, il “recepimento” interno potrebbe attribuire efficacia (anche formalmente) vincolante alle *guidelines*, oppure non ne modificherebbe la natura? E quali sarebbero gli effetti di una dichiarazione di invalidità delle *guidelines* trasposte internamente con un atto vincolante? In particolare, essi porterebbero alla disapplicazione degli atti nazionali adottati sulla loro base, o ne lascerebbero intatta l'efficacia, poiché d'altronde quegli atti avrebbero un'efficacia vincolante autonoma, e non derivata dalle *guidelines*, che la sentenza in commento definisce prive di tale coerenza?

E ancora, in secondo luogo, si immagini il caso di un'autorità nazionale che decida di non conformarsi alle *guidelines*. In tal caso, gli operatori possono ora tranquillamente disattenderle, stante la recente dichiarazione di non vincolatività operata in *FBF*, o sono comunque tenuti a seguirle? La natura non vincolante, unita alla specifica (e legittima) decisione dell'autorità nazionale, farebbero propendere per la prima opzione; eppure, è difficile pensare che degli atti che sono sempre in qualche modo espressione di principi generali sanciti a livello legislativo, quando non pattizio, possano essere liberamente disattesi dai giudici nazionali e dai consociati.

Tali scenari, peraltro, sembrano assumere implicazioni ancor più complesse in quei casi in cui la BCE – che, come noto, nell'ambito del Meccanismo Unico di Vigilanza è un'autorità di controllo degli enti creditizi, al pari delle autorità nazionali, e quindi anch'essa chiamata a conformarsi o meno alle *guidelines* di EBA<sup>68</sup> – ha adottato una decisione favorevole alle *guidelines*, mentre l'autorità nazionale no. In tali casi, su un medesimo territorio

---

<sup>67</sup> N. RUBIO, O. STEFAN, *No Longer Small Enough to Fall through the Cracks: A French Story of Adaptation to the Petites Sources of EU Law* e J. ALBERTI, M. ELIANTONIO, *Judges, Public Authorities and EU Soft Law in Italy: How You Cannot Tell a Book by its Cover*, entrambi in M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (a cura di), *EU Soft Law in the Member States – Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Oxford, 2021, rispettivamente p. 135 e p. 185.

<sup>68</sup> Nella vastità della bibliografia sul tema si rimanda, tra i più recenti, a P. SCHAMMO, *Institutional change in the Banking Union: the case of the Single Supervisory Mechanism*, in *Yearb. Europ. Law*, 2021, p. 265.

nazionale potrebbero esservi enti creditizi sottoposti al controllo della BCE (le cosiddette banche *significant*) che saranno tenute a compiere ogni sforzo per conformarsi alle *guidelines*, mentre quelle *non significant*, sottoposte al controllo dell'autorità nazionale, rimarrebbero invece potenzialmente libere di disattendere le procedure e i criteri di dettaglio ivi stabiliti. I minori oneri burocratici e, di conseguenza, i vantaggi competitivi delle seconde sarebbero evidenti; ma parimenti evidente sarebbe il pericolo di avere, in un medesimo ordinamento nazionale, la convivenza di due regimi distinti di un medesimo settore economico. Anche per questi motivi, trovare una risposta certa ai quesiti di cui sopra pare fondamentale.

VII. Continuando ad osservare il tema, ma prendendo la prospettiva dei rapporti tra ordinamenti, pare lecito chiedersi come debba comportarsi, ora, un giudice nazionale chiamato a dirimere una controversia in cui si invocano delle *guidelines* asseritamente invalide. L'argomento è ampio e meriterà certamente una più approfondita attenzione, in uno con il consolidamento della prassi e della giurisprudenza, nazionale e dell'Unione, successiva a *FBF*; ma, a titolo preliminare e ricostruttivo, tre sono le questioni che emergono come più importanti, almeno *prima facie*.

a) *Si può disapplicare/non considerare un atto soft?* In primo luogo, ci si può chiedere se, a valle della pronuncia in commento, un giudice potrà liberamente disapplicare delle *guidelines*, stante la loro natura non vincolante, oppure se dovrà fare ciò unicamente in seguito a una dichiarazione di invalidità da parte della Corte di giustizia.

Concettualmente, è evidente che ambo le strade sono aperte: da un lato, la dimensione non vincolante permette chiaramente al giudice il noto margine di manovra che lo stesso da sempre esercita con riguardo al *soft law*; dall'altro, la neo-ammissa possibilità di espungere totalmente quell'atto, ancorché non vincolante, sollevando un quesito di validità, inevitabilmente potrebbe ingessare l'agire dei giudici, esortandoli a formulare un espresso rinvio.

Concretamente, è lecito immaginare che i giudici nazionali continueranno a tenere in considerazione il *soft law* e, dunque, ad applicarlo in misura più o meno preponderante, per le ragioni e nei limiti già oggetto di diversi studi dottrinali<sup>69</sup>. Certamente, la novella possibilità di sindacarne la validità po-

---

<sup>69</sup> Si veda M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. STEFAN (a cura di), *EU Soft Law in the Member States – Theoretical Findings and Empirical Evidence*, cit., *passim*; O. STEFAN, *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*,

trebbe portare qualche istanza giudiziaria a sollevare quesiti pregiudiziali in quei casi in cui le disposizioni contenute nell'atto *soft* concretamente impatterebbero sugli oneri delle parti (e, in diversi settori, gli atti *soft* hanno tale funzione, per quanto paradossale possa sembrare)<sup>70</sup> e il giudice dubiti della correttezza e dell'opportunità di tale conseguenza. In tali casi, è ragionevole ipotizzare che il giudice, al posto di disattendere esplicitamente o tacitamente l'atto *soft*, oppure invece di applicarlo anche ritenendolo errato (e, per quanto assurdo possa sembrare, vi sono anche casi di questo tipo)<sup>71</sup>, possa anteporre a ciò l'esperimento di un rinvio pregiudiziale per contestarne, dinanzi alla Corte di giustizia, la validità; ma una compiuta risposta a tale domanda non potrà che venire dall'osservazione della prassi.

b) *Si può disapplicare/non considerare un atto soft?* Ciò apre, però, un secondo tema, ovvero quello relativo all'applicabilità della giurisprudenza *Foto-frost*<sup>72</sup> al *soft law*. Il giudice nazionale che dubita della validità di un atto non vincolante sarà obbligato a effettuare un rinvio pregiudiziale, esattamente come lo è con riguardo agli atti vincolanti dell'Unione, oppure rimarrà sottoposto a una mera facoltà – a meno, beninteso, di decidere in ultima istanza – stante comunque la natura non vincolante dell'atto in questione?

L'Avvocato generale, a differenza della Corte, affronta il punto, propendendo per una soluzione di tipo negativo, argomentando che i due pilastri

---

Alphen aan den Rijn, 2013; Z. GEORGIEVA, *Soft law in EU competition law and its judicial reception in the Member States: a theoretical perspective*, in *German Law Journal*, 2015, p. 223; Z. GEORGIEVA, *The judicial reception of competition soft law in the Netherlands and the UK*, in *Europ. Comp. Journal*, 2016, p. 54; Z. GEORGIEVA, *Competition soft law in French and German courts: A challenge for online sales bans only?*, in *Maastricht Journal Europ. Comp. Law*, 2017, p. 175; P.L. LÁNCOS, *A Hard Core Under the Soft Shell: How Binding Is Union Soft Law for Member States?*, in *Europ. Public Law*, 2018, p. 755 ss.; J. ALBERTI, F. CROCI, *L'impatto del soft law dell'Unione europea nei giudizi interni: un'analisi sul campo*, in questa *Rivista*, 2020, p. 271.

<sup>70</sup> Si veda, con particolare riguardo al settore finanziario, J. ALBERTI, *The Unbearable Lightness of European Security and Markets Authority's Soft Law: an Italian Perspective*, cit., pp. 312-320.

<sup>71</sup> Si veda Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di impresa "A", sent. 23 giugno 2014, n. 8400, confermata da App. Milano, 1° febbraio 2017, n. 407, in cui il giudice afferma di non potersi discostare da un atto *soft* adottato dalla Commissione europea, pur affermando espressamente di non condividere nel merito il contenuto del medesimo. Entrambe le pronunce sono reperibili in J. ALBERTI, F. CROCI (a cura di), *Ita.ca – Italian Case-Law of Private Antitrust Enforcement* (<http://itaca.eurojus.it>).

<sup>72</sup> Corte giust. 22 ottobre 1987, 314/85, *Foto-frost*, cit.

che giustificano *Foto-frost* (l'esigenza di uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri e l'assicurazione di un sistema coerente di tutela giurisdizionale, capace di far espungere quanto prima alla Corte di giustizia, e solo ad essa, un atto dell'Unione asseritamente invalido) non sussisterebbero con riguardo ad atti *soft*<sup>73</sup>.

Eppure, una siffatta conclusione pare potenzialmente pericolosa, per due ordini di ragioni.

Da un lato, le esigenze di uniformità sono connaturate al *soft law* e, soprattutto, alle *guidelines* delle Autorità europea di vigilanza micro-prudenziale, il cui scopo preciso è quello di generare un *level playing field* per tutti gli operatori finanziari del continente. È vero che questa uniformità potrebbe già venire intrinsecamente meno, come condivisibilmente argomenta l'Avvocato generale<sup>74</sup>, ove le singole autorità nazionali non decidessero di conformarsi alle medesime; ma ciò avviene anche con riguardo alle direttive, che però certamente non possono escludersi dal novero degli atti suscettibili di pregiudiziale di validità. Certamente le *guidelines* non sono sottoposte a un vero e proprio obbligo di trasposizione, come invece le direttive; e quindi, per lo meno *de iure*, si potrebbe argomentare che solo queste ultime creino un'uniformità normativa tra gli ordinamenti nazionali così pregnante da rendere necessaria una loro immediata espunzione dall'ordinamento in caso di invalidità. Però, *de facto*, sono proprio le *guidelines* a segnare le migliori *performance* di attuazione (tanto in termini assoluti, quanto guardando al rispetto dei termini all'uopo previsti)<sup>75</sup> e, di conseguenza, di armonizzazione delle prassi e delle legislazioni nazionali, per lo meno nei settori in cui vengono adottate; *ergo*, se si vuole salvaguardare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione occorre, ormai, volgere lo sguardo anche a tali atti.

Dall'altro lato, per quanto concerne l'asserita assenza di coerenza nel sistema che si avrebbe, nella ricostruzione dell'Avvocato generale<sup>76</sup>, ove si permettesse ai giudici nazionali di generare un'invalidità che sarebbe altrimenti preclusa per il tramite dei ricorsi diretti, ci si chiede se questo non sia, da sempre, il ruolo del rinvio pregiudiziale. Ci si può interrogare (e lo si fa-

---

<sup>73</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale M. Bobek, 15 aprile 2021, causa C-911/19, *FBF*, cit., punti 121-133.

<sup>74</sup> *Ivi*, punti 125-126.

<sup>75</sup> Con specifico riguardo al settore che ora ci occupa e all'esperienza italiana, vedi *supra*, nota 29 e 30.

<sup>76</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale M. Bobek, 15 aprile 2021, causa C-911/19, *FBF*, cit., punti 127-130.

rà)<sup>77</sup> se sia opportuno e sensato lasciare un controllo solo indiretto, pregiudiziale, sulla validità di tali atti, o se viceversa un meccanismo di controllo diretto non sia più efficiente. Ma che il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione trovi una sua coerenza solo in una dimensione multilivello, con lacune di tutela dinanzi ai giudici del Kirchberg colmate da interventi attivabili dinanzi ai giudici nazionali, è la cifra dell'ordinamento giudiziario stesso, che non dovrebbe, dunque, inibire, in quanto tale, l'attribuzione al livello nazionale di prerogative sottratte a quello dell'Unione.

Pertanto, se proprio si deve spostare il controllo degli atti *soft* dell'Unione europea dai ricorsi diretti a quelli indiretti, una piena applicazione della giurisprudenza *Foto-frost* pare assolutamente opportuna. In uno scenario così ambiguo e contraddittorio, l'unico vantaggio del ricorso al rinvio pregiudiziale pare essere quello di garantire un controllo più penetrante nei confronti degli atti *soft*. Essi, notoriamente, possono avere un grado di "pericolosità sistemica" quasi nullo, allorquando, ad esempio, raccolgono meramente le *best practices* di un determinato settore; ma possono anche implicare rischi rilevanti per la tenuta dell'ordinamento, quando, ad esempio, colmano le lacune lasciate a livello normativo o propongono determinate discipline esercitando competenze non del tutto attribuite all'autorità emanante<sup>78</sup>. Se un atto siffatto rischia di essere, a qualsivoglia titolo, invalido, allora andrebbe portato immediatamente all'attenzione della Corte di giustizia, e non semplicemente disatteso in un singolo procedimento, per poi magari essere applicato in un altro; *Foto-frost* andrebbe, quindi, certamente applicata anche al *soft law*, lasciando poi evidentemente discrezionalità al singolo giudice circa la fondatezza del dubbio di validità e, quindi, della necessità di operare un rinvio.

c) *Quali motivi di invalidità potranno essere invocati dai giudici nazionali?* Ciò conduce ad affrontare una terza riflessione, relativa al tipo di sindacato di validità esperibile da parte di un giudice nazionale e, di riflesso, ai motivi che il medesimo potrà invocare per contestare la validità delle *guidelines*.

Come già osservato<sup>79</sup>, in *FBF* la Corte di giustizia promuove un controllo di validità degli atti non vincolanti limitato unicamente ai profili di invalidità formale, e non sostanziale. Può essere che ciò sia una conseguenza

---

<sup>77</sup> Vedi *infra* par. VII-X.

<sup>78</sup> Sul ruolo del *soft law* dell'Unione europea nei giudizi nazionali si veda *supra*, nota 70.

<sup>79</sup> *Supra*, par. VI.

contingente del caso di specie, che la giurisprudenza futura della Corte di giustizia ben potrà superare; eppure, alcuni elementi lasciano presagire conclusioni opposte.

Negli anni Sessanta si era discusso molto sulle (eventuali) differenze tra le nozioni di “validità” dell’atto (di cui all’attuale art. 267 TFUE, giunto identico, su questo punto, dal trattato di Roma) e di “legalità” del medesimo (di cui all’attuale art. 263 TFUE, parimenti identico al predecessore). Alcuni Autori<sup>80</sup>, in particolare, avevano sostenuto che la diversità nelle scelte lessicali delle due norme dei trattati implicasse anche una analoga diversità sostanziale; con il controllo di validità esperibile nell’ambito di un rinvio pregiudiziale che doveva confinarsi nell’ambito della legalità esterna dell’atto, a differenza del controllo di piena legalità proprio dei ricorsi diretti, in cui la Corte poteva esaminare anche la legalità interna dell’atto impugnato. Conseguenza di tale dicotomia era l’invocabilità, nell’ambito di un rinvio pregiudiziale di validità, dei soli motivi di ricorso relativi all’incompetenza e alla violazione delle forme sostanziali – e non, dunque, anche dello sviamento di potere e, soprattutto, della violazione dei trattati e di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione – motivi di ricorso, questi ultimi, notoriamente in grado di estendere il sindacato della Corte anche al merito dell’atto impugnato.

Come noto, la Corte ha da tempo rigettato questa impostazione, ritenendo del tutto coincidenti i controlli esperibili nell’alveo dell’azione di annullamento e del rinvio pregiudiziale di validità, con una connessa invocabilità, anche in tale ultimo frangente, di tutti i motivi di ricorso elencati nell’art. 263, comma 2, TFUE<sup>81</sup>.

Tuttavia, ci si potrebbe chiedere se, con riguardo ad atti che la Corte stessa afferma non avere valore giuridico vincolante, sia concettualmente eccepibile una loro illegittimità “interna”: non vincolando i consociati, un atto *soft* certamente non può formalmente ledere, nella sua sostanza, norme ad esso sovraordinate. Ove ciò avvenisse, l’atto starebbe producendo effetti giuridici vincolanti, perdendo dunque la sua natura *soft*, e rientrando, quindi, nella disciplina propria degli atti vincolanti – si pensi, su tutte, alla giurisprudenza *TWD* e successivi arresti con riguardo al rispetto dei termini di impugnazione.

---

<sup>80</sup> Per una ricostruzione di questo interessante dibattito si veda M. WAELBROECK, *Article 177*, in J.V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK, M. WAELBROECK, *La Cour de justice – Les actes des institutions. Commentaire Megret*, cit., in particolare pp. 245-246.

<sup>81</sup> Corte giust. 12 dicembre 1972, 21 a 24/72, *International Fruit*, ECLI:EU:C:1972:115, punti 4-6.

All'atto pratico, ciò implica che il giudice del rinvio dovrebbe utilizzare unicamente i motivi di ricorso atti a controllare l'illegittimità esterna dell'atto; oppure anteporre al suo quesito di validità una richiesta di valutazione della capacità dell'atto di produrre effetti giuridici vincolanti e, solo a seconda della risposta a tale primo quesito, chiedere alla Corte se l'atto sia ancora impugnabile, a mente della giurisprudenza *TWD* e, ulteriormente a valle, delineare i successivi motivi, che potrebbero essere, a questo punto, anche di illegittimità sostanziale.

Una situazione piuttosto complicata, che difficilmente potrà essere gestita precisamente da quei giudici nazionali con competenze in settori altamente tecnici (ma che, poi, sono i più esposti al *soft law*!), e che dimostra, una volta di più, tutti i corto-circuiti logici e giuridici aperti dalla Corte nell'ammettere un pregiudiziale di validità avverso un atto formalmente non vincolante.

**VIII.** L'ultima conseguenza "sistemica" della pronuncia sin qui analizzata concerne la sua relazione con il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione nel suo complesso e, quindi, sull'opportunità e sulla coerenza della scelta di incardinare sui giudici nazionali il controllo degli atti di *soft law*.

Beninteso: *FBF* non impedisce a qualsivoglia ricorrente di sindacare la validità di un atto *soft* per il tramite dell'art. 263 TFUE, evidentemente sull'assunto che il medesimo produca o sia destinato a produrre effetti giuridici vincolanti nei propri confronti. Anche la dichiarazione di non vincolatività delle *guidelines* di EBA è stata condotta con riguardo ad uno specifico atto, sì che – teoricamente – non potrebbe escludersi che ad altre *guidelines* venga invece riconosciuta efficacia vincolante. Tuttavia, indicando così chiaramente la via del rinvio pregiudiziale di validità, e stante i noti ostacoli alla legittimazione ad agire dei privati dinanzi ai giudici di Lussemburgo, è ragionevole vaticinare che, d'ora in poi, sarà proprio quest'ultima la strada più percorsa a tal fine; e, parimenti, gli argomenti addotti in favore della non vincolatività delle *guidelines* oggetto della pronuncia ora in commento sono, si ricorderà, di stampo così generale, che pare assai probabile che la conclusione della Corte sia – a meno di espliciti *revirements* – applicabile a qualsivoglia *guideline* delle tre Autorità europee di vigilanza finanziaria.

Di fronte a tale scenario, è certamente condivisibile il monito di chi ricorda che «there are a number of good reasons why claims should be channelled through Article 267 TFEU rather than Article 263 TFEU»<sup>82</sup>, riferen-

---

<sup>82</sup>M. CHAMON, N. DE ARRIBA-SELLIER, *FBF: On the Justiciability of Soft Law and Broadening the Discretion of EU Agencies*, cit., p. 21 che, beninteso, poi mettono in luce

dosi (ovviamente) alle restrizioni all'accesso alla giustizia per i ricorrenti non privilegiati nell'ambito dei ricorsi diretti e alla necessità di non «(over)burden the EU Courts with theoretic disputes on the validity of EU Law which do not reflect a genuine practical need to have that law reviewed»<sup>83</sup>. Tuttavia, pare lecito chiedersi se, al tempo stesso, non sia piuttosto pericoloso lasciare la competenza a conoscere dell'attuazione del *soft law* dell'Unione europea ai giudici nazionali e affidarsi solo al pregiudiziale come strumento di accentramento del controllo.

Due ordini di considerazioni lasciano propendere per quest'ultima opzione.

**IX.** Il principale rischio che si corre nello spostare il controllo di legittimità del *soft law* dai ricorsi diretti a quelli indiretti è legato, inevitabilmente, ai giudici nazionali e ai contesti nei quali questi ultimi sono chiamati ad operare.

Da un lato, i giudici nazionali sono inevitabilmente più vicini, da un punto di vista istituzionale, sociale e culturale, alle istanze provenienti da determinati attori nazionali (associazioni di categoria, singoli *player* particolarmente influenti a livello nazionale), che potrebbero trovare più agevole contestare delle *guidelines* davanti al “proprio” giudice nazionale, rispetto che ad effettuare un ricorso direttamente alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Si pensi al caso in cui questi attori non siano riusciti a far adeguatamente sentire la propria voce prima, in sede di adozione delle *guidelines*, per il tramite delle consultazioni pubbliche che sovente vengono organizzate; o che ne contestino – e il caso che ora ci occupa costituisce un buon esempio<sup>84</sup> – l'esistenza e il contenuto, poiché impone oneri troppo gravosi e comunque da lasciare al livello regolatorio nazionale.

In tutti questi casi, il giudice nazionale viene lasciato a presidiare la tenuta di atti, le *guidelines*, intrinsecamente ambigui, poiché formalmente non vincolanti, e che poggiano la loro legittimazione sull'autorevolezza dell'organo emanante, sulla loro capacità di esprimere un consenso tra le autorità

---

anche una serie di argomenti per cui, al contrario, proprio i ricorsi diretti dovrebbero rimanere la sede naturale per contestare la validità del *soft law* dell'Unione europea (ivi, p. 22).

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> A ulteriore dimostrazione di tali rischi, si veda la ricostruzione dei motivi di ricorso sollevati da *FBF* nel contenzioso nazionale, che tentavano da diversi punti di rovesciare le *guidelines* di EBA, operata da D. QUELHAS, *The EBA Guidelines on Retail Banking Products' Saga – Lessons from an attempted judicial review of ESAs guidelines*, in *EU Law Live*, 2022, n. 97, p. 1 ss.

nazionali e sulla loro funzione di armonizzazione dell'attuazione del diritto dell'Unione. Già in altra sede si era osservato che tali atti ben potrebbero concorrere a delineare dei rapporti tra Corti meno conflittuali, poiché basati su un piano non propriamente normativo, e quindi scevro della chiara impronta gerarchica data dalla classica connessione tra primato e disapplicazione<sup>85</sup>. Ma *FBF* proietta delle ombre su tale ricostruzione. Se si permette (o addirittura impone, a seconda che si applichi o meno *Foto-frost*) a un giudice nazionale di sindacare la validità di un atto non vincolante per il tramite di un rinvio pregiudiziale, significa di riflesso tornare a ingessare i rapporti tra giudici nazionali e dell'Unione europea all'interno di un contesto gerarchico: il giudice nazionale non sarà più libero di disattendere l'atto *soft*, magari tacitamente, perché d'altronde non vincolante, oppure di sollevare rispetto al medesimo una sola richiesta di interpretazione, che magari permetta alla Corte di giustizia di meglio delinearne (o, al limite, minimizzarne) la portata, ma dovrà inserire il dialogo all'interno del paradigma, normativo e gerarchico, della validità e del contrasto tra competenze nazionali e dell'Unione, già (tristemente) conosciuto a diversi contenziosi recenti<sup>86</sup>. E così, un giudice nazionale particolarmente incline al controllo dell'*ultra vires*, o storicamente più legato alla posizione delle altre amministrazioni dello Stato nel settore bancario e finanziario, potrebbe esercitare un controllo eccessivo sull'operato delle agenzie europee, vuoi sindacandone l'operato tramite diversi pregiudiziali di validità, che certamente minerebbero l'autorevolezza di questi organismi, vuoi magari semplicemente disapplicando le medesime – che, d'altronde, sono state ritenute dalla stessa Corte di giustizia non vincolanti – al fine di dare prevalenza a norme o prassi nazionali di segno contrastante<sup>87</sup>.

Dall'altro lato, il giudice nazionale ben potrebbe anche evitare di solleva-

---

<sup>85</sup> J. ALBERTI, F. CROCI, *L'impatto del soft law dell'Unione europea nei giudizi interni: un'analisi sul campo*, cit., pp. 312-314.

<sup>86</sup> La bibliografia sul punto è estremamente vasta; per una ricostruzione (e sistematizzazione) dei diversi approcci delle Corti supreme degli Stati membri con riguardo al tema dell'identità nazionale e dell'*ultra vires*, si veda L.D. SPIEKER, *Framing and managing constitutional identity conflicts: how to stabilize the modus vivendi between the Court of Justice and national constitutional courts*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2020, p. 361.

<sup>87</sup> Lo scenario è lungi dall'essere meramente scolastico: si veda nuovamente D. QUELHAS, *The EBA Guidelines on Retail Banking Products' Saga – Lessons from an attempted judicial review of ESAs guidelines*, cit., p. 4, per l'approccio del *Conseil d'Etat* francese in materia di *soft law*, nonché i motivi di ricorso sollevati – anche se, nel caso di specie, rigettati – da *FBF* nel caso che ora ci occupa.

re un quesito pregiudiziale. In tal senso, la già discussa applicabilità della giurisprudenza *Foto-frost* risulta cruciale, ma non risolutiva; perché ove anche dovesse trovare applicazione, rimarrebbe comunque sia il problema connesso all'effettiva volontà del singolo giudice di esperire rinvio (che, certo, potrebbe essere al limite sanzionata tramite procedura di infrazione o azione di risarcimento danni: ma trattasi di rimedi oggettivamente non in grado di contrastare efficacemente il fenomeno)<sup>88</sup> sia, e soprattutto, il problema connesso all'impossibilità di talune istanze quasi-giurisdizionali di effettuare un rinvio.

La giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo alla nozione di organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE, come ultimamente cristallizzata nella sentenza *Banco de Santander*<sup>89</sup>, esclude chiaramente una gran parte di istanze quasi-giurisdizionali nel settore bancario, finanziario e assicurativo dal dialogo con la Corte di giustizia. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, le *guidelines* di EBA, ESMA ed EIOPA sono sovente applicate da organismi quali l'Arbitro per le Controversie Finanziarie e l'Arbitro Bancario e Finanziario, ovvero meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie che attualmente non soddisfano i criteri per esperire rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE<sup>90</sup> ma che, sovente, sono gli unici organi che dirimono –

---

<sup>88</sup> Recentemente, osservando il tema dalla prospettiva distinta ma analoga del diniego di rinvio pregiudiziale in forza delle condizioni *CILFIT*, F. MUNARI, *Il "dubbio ragionevole" nel rinvio pregiudiziale*, in *www.Federalismi.it*, 2022, p. 162, in particolare p. 177, condivisibilmente ha osservato che «a conferma, basti pensare alla circostanza secondo cui, ad onta del teorico "discostarsi" dal principio astratto qui in rilievo, non risulta che ciò abbia mai determinato alcuna crisi nel funzionamento del rinvio pregiudiziale, né responsabilità degli Stati per violazione del diritto dell'Unione *in parte qua*». Sull'(in)efficacia dell'azione di risarcimento danni si veda, invece, Z. VARGA, *The effectiveness of the Köbler liability in national courts*, Oxford-Portland, 2020.

<sup>89</sup> Corte giust. 21 gennaio 2020, C-274/14, *Banco de Santander*, ECLI:EU:C:2020:17.

<sup>90</sup> Il tema dell'inquadrabilità dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie e dell'Arbitro Bancario e Finanziario tra gli organismi giurisdizionali abilitati al rinvio a norma dell'art. 267 TFUE è troppo ampio e non può essere qui affrontato; certamente, esse richiederebbero una revisione dei noti criteri delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (come cristallizzati in ultimo nella sentenza *Banco de Santander*, *ibidem*), in particolare sul fronte della composizione e indipendenza dell'organo e della vincolatività delle sue decisioni. Per la disciplina relativa all'Arbitro per le Controversie Finanziarie si veda il Regolamento concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), adottato da CONSOB con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016 e modificato con delibera n. 21867 del 26 maggio 2021; per l'Arbitro Bancario Finanziario si veda l'art. 128-*bis* del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario), in *GURI* 30 settembre 1993, n. 230, come successivamente modificato e la disciplina dello stesso attuativa; a titolo ricognitivo della medesima, molto utile è il

applicando il *soft law*, peraltro in maniera anche piuttosto innovativa<sup>91</sup> – le controversie tra enti creditizi o operatori finanziari e i loro clienti. E se è vero che le decisioni di questi organismi possono sempre essere contestate in giudizio dinanzi ai giudici civili che, certamente, ben potranno esperire rinvio pregiudiziale, è parimenti vero che sovente il contenzioso termina proprio con la decisione adottata da questi Arbitri, perché le parti private non hanno interesse a impiegare ulteriore tempo e denaro in un contenzioso civile e gli enti creditizi preferiscono non esporsi ai danni d'immagine derivanti da un contenzioso<sup>92</sup>.

Tutti questi casi – per la risoluzione dei quali, è bene ricordarlo, le *guidelines* giocano un ruolo fondamentale, specificando la disciplina concreta e di dettaglio che gli enti creditizi sono tenuti ad applicare<sup>93</sup> – già ora sfuggono dalla possibilità di dialogo con la Corte di giustizia. Un'apertura delle maglie relative alla nozione di organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE – complessa, è evidente, perché andrebbe a ulteriormente esacerbare l'incoerenza tra il grado di indipendenza richiesto dall'art. 267 TFUE e quello *ex art.* 19 TUE, già oggetto di diverse critiche<sup>94</sup> – sarebbe però da valutare attentamente, dopo aver investito il livello nazionale del monopolio *de facto* sul controllo di validità del *soft law*. Il rischio, altrimenti, sarebbe quello di restringere la tutela dei diritti, soprattutto per i ricorrenti meno attrezzati che non possono intentare lunghi contenziosi; e che però, sin da *Van Gend & Loos*, concorrono a plasmare l'ordinamento dell'Unione europea.

---

documento stilato da Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, reperibile online all'indirizzo [www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/Disposizioni\\_ABF.pdf](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/Disposizioni_ABF.pdf).

<sup>91</sup> Per la prassi relativa all'Arbitro per le Controversie Finanziarie, sia consentito rinviare a J. ALBERTI, *The Unbearable Lightness of European Security and Markets Authority's Soft Law: an Italian Perspective*, cit., pp. 313-319.

<sup>92</sup> Si pensi che, ove l'intermediario non intenda impugnare la decisione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie o dell'Arbitro Bancario Finanziario e, al tempo stesso, rimanga inadempiente nell'eseguirlo, questi organismi potranno dare notizia di siffatta inerzia attraverso canali di pubblicità, anche telematica (ivi compreso sul sito dell'intermediario stesso!), al fine di far conseguire al medesimo un danno reputazionale. Cfr. per il primo organismo l'art. 16, par 3 e 3bis della delibera CONSOB n. 19602 del 4 maggio 2016, cit., e per il secondo Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, cit., p. 26.

<sup>93</sup> Si veda *supra*, nota 93.

<sup>94</sup> Si veda, per un commento recente, S. BARBIERI, *Il dilemma nel dialogo: indipendenza del giudice del rinvio e crisi dello Stato di diritto fra coerenza ed effettività*, in *Quaderni AISDUE*, Napoli, 2022, p. 464, in particolare p. 473 ss.

X. Da un altro punto di vista, pare invece interessante riflettere se i ricorsi diretti non siano e debbano rimanere la sede naturale<sup>95</sup> per il controllo di legittimità degli atti di *soft law* adottati dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea.

In primo luogo, è inevitabile ripetere che questo spostamento di competenze sui giudici nazionali è avvenuto in uno con la creazione di un cortocircuito logico (il sindacato di validità su atti non vincolanti) che meriterebbe una rimodulazione in termini restrittivi. Un conto, infatti, è ampliare la tutela dei ricorrenti permettendo un controllo di validità su atti formalmente non vincolanti, magari endoprocedimentali, che però, per le specificità che possono emergere in un contenzioso nazionale, risultano effettivamente capaci di impattare sulla posizione giuridica soggettiva dei singoli, in uno con atti nazionali: *Balgarska Banka*, o i mille fili di un'amministrazione sempre più intrecciata tra il livello nazionale ed europeo<sup>96</sup>, possono certamente costituire esempi in tal senso.

Altro conto è, come nella causa che ora ci occupa, permettere di impugnare davanti a un giudice nazionale atti squisitamente ed unicamente dell'Unione europea, che vedono quale unico atto nazionale ad essi connesso una mera lettera di accompagnamento con cui l'autorità nazionale afferma di conformarsi ad essi. In tali casi, ci si chiede se non risulti più efficiente, nonché giuridicamente e concettualmente coerente, mantenere l'azione di annullamento quale via maestra in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea opera un controllo sull'effettiva capacità dell'atto impugnato di produrre effetti giuridici vincolanti nei confronti di terzi e, in caso positivo, un sindacato di legittimità. Il rinvio pregiudiziale, infatti, può e deve certamente intervenire, ma per colmare le lacune del sistema; e l'azione di annullamento, come d'altronde rilevato dalla stessa Corte solo pochi anni fa in *Georgsmarienhütte*, «offre un contesto procedurale particolarmente adatto ad un

---

<sup>95</sup>Di «“maggior adeguatezza” del ricorso diretto» parlava altresì B. CORTESE, *Rinvio pregiudiziale e ricorso di annullamento: parallelismi, intersezioni e differenze*, cit., p. 258.

<sup>96</sup>Il tema della cooperazione amministrativa multilivello, *shared administration* o amministrazione intrecciata è stato ormai analizzato da una nutritissima serie di contributi dottrinali, che hanno descritto tale fenomeno con un lessico parimenti vario; sì che ormai la questione – lungi dall'essersi in qualche modo risolta o conclusa – pare ormai direttamente declinata nei vari settori in cui si verifica, e non più come fenomeno in sé. Si veda, per tutti, J. ZILLER, *Introduction: Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et les fondements du droit administratif européen*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (sous la direction de ), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 235 ss.

esame approfondito e in contraddittorio di questioni tanto di fatto quanto di diritto, in particolare in settori tecnici e complessi»<sup>97</sup>. Altrimenti il rinvio di validità e l'azione di annullamento perdono la loro complementarità diventando, invece, azioni distinte, da esperirsi in contesti diversi e per finalità diverse.

In secondo luogo, una serie di considerazioni di carattere processuale e istituzionale militano nel senso di preferire un saldo ancoraggio del controllo di legittimità degli atti *soft* nell'alveo dei ricorsi diretti.

Processualmente, è inevitabile rilevare che il pregiudiziale è un meccanismo di tutela giurisdizionale non contenzioso a contraddittorio limitato, poiché rimane notoriamente uno strumento, innanzitutto, di dialogo tra giudici. L'assenza di scambi di memorie dinanzi alla Corte di giustizia e il loro deposito contemporaneo, senza quindi permettere alle parti del procedimento principale di replicare alle rispettive argomentazioni, ma anche l'impossibilità per queste ultime di modificare il quesito redatto dal giudice, e quindi il perimetro del giudizio dinanzi alla Corte di giustizia, sono esempi indicativi della compressione del contrasto tra le parti, proprio dei ricorsi diretti, in favore di una dimensione essenzialmente dialogica tra giudice nazionale e dell'Unione<sup>98</sup>. Ciò ha certamente costituito una delle ragioni del successo del rinvio pregiudiziale – che però, non a caso, è nella massima parte dei casi d'interpretazione; ma, non per questo, rende tale modalità certamente e costantemente replicabile in contesti diversi, quale quello di un giudizio sulla validità di atti, per giunta così ambigui.

Da un punto di vista istituzionale, invece, pare lecito chiedersi se gli asseriti svantaggi di un ricorso diretto, già ricordati in apertura di paragrafo (ovvero le condizioni di ricevibilità del ricorso e il carico di lavoro per i giudici di Lussemburgo) non siano, in realtà, o superati dagli eventi (il raddoppio dei giudici del Tribunale, che chiaramente permette a tale organo di assorbire un numero di ricorsi potenzialmente maggiore)<sup>99</sup> o, comunque, argomenti

---

<sup>97</sup> Corte giust. 25 luglio 2018, C-135/16, *Georgsmarienhütte*, cit., punto 19.

<sup>98</sup> Per un'ampia e recente analisi in tema, si rimanda a B. CORTESE, *Rinvio pregiudiziale e ricorso di annullamento: parallelismi, intersezioni e differenze*, cit., *passim* ma, in particolare, p. 248 ss.

<sup>99</sup> La bibliografia sulla riforma dello Statuto (e non solo) della Corte di giustizia dell'Unione europea è estremamente vasta. Si rimanda, *ex multis*, a C. AMALFITANO, M. CON-DINANZI (a cura di), *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018; A. ALEMANNI, L. PECH, *Thinking justice outside the docket: A critical assessment of the reform of the EU' S court system*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2017, p. 129; C. CURTI GIALDINO, *Il raddoppio dei giudici del Tribunale dell'Unione: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea*,

di stampo realistico e pragmatico, ma che in realtà sottendono una precisa scelta di politica giudiziaria, volta a non modificare l'interpretazione delle norme in materia di legittimazione ad agire dei privati<sup>100</sup>.

Parimenti, la natura potenzialmente teorica del ricorso avverso la validità di un atto *soft*, al di là dell'aumentata capacità decisionale del Tribunale in seguito al raddoppio dei suoi membri, potrebbe essere agevolmente gestita attraverso la nozione di interesse ad agire che, per come attualmente interpretato<sup>101</sup>, rende francamente già ora piuttosto improbabile il verificarsi di un contenzioso "teorico", scevro di reali necessità di tutela giurisdizionale in capo ai ricorrenti.

Peraltro, la scelta di spostare il controllo su questi atti dai ricorsi diretti a quelli indiretti pare piuttosto contraddittoria anche con la recente modifica dei regolamenti istitutivi delle tre Autorità europee di vigilanza bancaria, finanziaria ed assicurativa, in cui è stato inserito un articolo, del tutto analogo per le tre agenzie, rubricato «travalicamento delle competenze da parte dell'Autorità», in forza del quale «qualsiasi persona fisica o giuridica interessata direttamente e individualmente dalla questione può inviare un avviso cir-

---

in *www.Federalismi.it*, 2015, p. 1; M. DERLÉN, J. LINDHOLM (a cura di), *The Court of Justice of the European Union: Multidisciplinary Perspectives*, Oxford, 2018; F. DEHOUSSE, *The Reform of the EU Courts. The Need of a Management Approach*, in *Egmont Paper*, 2011, n. 53; F. DEHOUSSE, *The Reform of the EU Courts (II). Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court*, in *Egmont Paper*, 2016, n. 83.

<sup>100</sup> Il tema non può affrontarsi compiutamente in questa sede, né può risolversi su un piano solo astratto, visto che i requisiti di cui all'art. 263, comma 4, TFUE vanno valutati rispetto alla specifica situazione fattuale e giuridica sottesa alla causa. Eppure, parrebbe interessante interrogarsi sulla possibilità, senza modifica alcuna dei trattati, di far rientrare le *guidelines* all'interno di quegli atti regolamentari che riguardano direttamente il ricorrente e che non comportano misure di esecuzione. Sul primo elemento della formula, infatti, non pare che vi possano essere troppi dubbi, stante la portata generale e la natura chiaramente non legislativa di tali atti. Si potrebbe ovviamente obiettare della loro incidenza diretta sull'ipotetico ricorrente e sul loro comportare, o meno, misure di esecuzione, che certamente richiederebbero dei passi avanti alla giurisprudenza corrente (per cui si veda, *ex multis*, C. BURELLI, *Le misure di esecuzione ex articolo 263, quarto comma, TFUE a dieci anni da Lisbona. Effettivo ampliamento della legittimazione a impugnare dei soggetti privati?*, in *www.Federalismi.it*, 2020, p. 301). Ma vi sarebbero, forse, anche margini per una conclusione in senso affermativo, visto che – a prescindere dalla decisione nazionale sul conformarsi o meno! – le autorità nazionali e gli operatori finanziari devono conformarsi ad esse «compiendo ogni sforzo», e che l'atto nazionale in questione altro non è che una mera lettera di accompagnamento, di una pagina, priva di qualsivoglia contenuto precettivo, che afferma che l'autorità nazionale si conforma alle *guidelines*.

<sup>101</sup> Nella ricchezza della bibliografia sul punto si rimanda, per tutti, a K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, cit., pp. 354-364.

costanziato alla Commissione se ritiene che l’Autorità abbia travalicato la propria competenza, anche per inosservanza del principio di proporzionalità di cui all’articolo 1, paragrafo 5, nell’intervenire [adottando *guidelines*, raccomandazioni o i c.d. *Q&As*]».

Pur nella difficoltà di inquadrare una riforma piuttosto controversa e con una prassi applicativa ancora minima<sup>102</sup>, pare evidente che lo spirito del legislatore fosse quello di gestire una possibile invalidità dell’atto *soft* a livello politico, investendo l’autorità di controllo *par excellence*, la quale avrebbe potuto attivare o meno strumenti interni di pressione e revisione, eventualmente poi sindacabili per il tramite di ricorsi diretti, vuoi nel senso dell’annullamento di un atto che dovesse confermare la competenza dell’agenzia ad adottare una certa *guideline*, vuoi nel senso della carenza nel rimanere inerte nel controllo. L’elevato grado di tecnicità connesso a tale contenzioso – questo sì un ostacolo per un giudice come la Corte o il Tribunale, che vuole sempre più essere fortemente generalista<sup>103</sup> – sarebbe stata bilanciata dall’apporto dato, già in fase pre-contenziosa, dalla Commissione europea. Si può certamente discutere della validità di tale approccio; e ciò sia guardando all’incidenza diretta e individuale (che stupisce venga richiesta financo per un ricorso interno, di tipo amministrativo, alla Commissione europea, a guisa di un eterno pregiudizio sulla necessità di queste categorie che, forse, creano più ostacoli che opportunità al processo di integrazione europea), sia guardando all’organismo chiamato a ricevere questi “avvisi” sul possibile travalicamento di competenze.

Un soggetto probabilmente meglio posizionato per conoscere questo tipo di contenzioso – che, certo, interessa il piano politico delle competenze, ma si gioca sempre sui terreni iper-tecnici di come etichettare e che finalità attribuire a determinate scelte politiche nel settore bancario, assicurativo e finanziario, come la causa che ora ci occupa ampiamente dimostra<sup>104</sup> – sarebbe probabilmente stato il *Joint Board of Appeal* delle tre autorità, ovvero la

---

<sup>102</sup> Per un’analisi della disposizione – ma non ancora della prassi – si veda M. VAN RIJSBERGEN, E. ROGGE, *Changes To The European Financial Supervisory Agencies’ Soft Law Powers: Legitimacy Problems Solved Or New Puzzles Created?*, cit., in particolare pp. 251-252.

<sup>103</sup> Si veda, sul punto, M.F. ORZAN, *La specializzazione del Tribunale tra realtà e prospettive: ieri, oggi, domani (?)*, in M. CONDINANZI, C. AMALFITANO (a cura di), *La Relazione della Corte di giustizia dell’UE a 5 anni dal raddoppio del numero dei giudici del Tribunale: luci e ombre di una riforma ancora in itinere*, Milano, 2023 (in corso di pubblicazione).

<sup>104</sup> Punti 66-132.

commissione di ricorso interna, le cui decisioni sono poi impugnabili dinanzi al Tribunale dell'Unione europea; e, non a caso, questa era la posizione del Parlamento europeo in sede negoziale<sup>105</sup>, nonché un'eventualità già ampiamente discussa in dottrina<sup>106</sup>. Ma la circostanza che la scelta operata dalla recente riforma del regolamento istitutivo delle tre Autorità di vigilanza presti il fianco a critiche non giustifica un totale abbandono dello spirito che l'animava, chiamando, piuttosto, a una sua riconsiderazione.

La sentenza commentata ha preso, invece, una direzione di segno diametralmente opposto. Essa è destinata certamente ad ampliare i margini di controllo del *soft law* dell'Unione europea, soprattutto ove si ritenga applicabile la giurisprudenza *Foto-frost* al controllo di questi atti e – quantomeno nell'ordinamento italiano – si riconsideri la nozione di “organo giurisdizionale” abilitato al dialogo tramite rinvio pregiudiziale. Altre strade avrebbero probabilmente comportato minori rivoluzioni, e forse anche ambiguità, al sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione europea; ma, chissà, magari anche meno occasioni di sviluppo.

## ABSTRACT

*Nella sentenza commentata da questo articolo, la Corte di giustizia sancisce, sostanzialmente per la prima volta, che un atto quale le guidelines di EBA – di cui la Corte stessa ammette, esplicitamente, la natura non vincolante – può essere dichiarato invalido per il tramite di un rinvio pregiudiziale di validità. L'articolo analizza l'iter logico seguito dalla Corte e lo contestualizza rispetto ai dibattiti dottrinali sino ad ora registrati sul tema dell'efficacia delle guidelines di EBA e dell'esperibilità di un rinvio pregiudiziale di validità avverso atti non vincolanti. In seguito, l'articolo presenta e analizza tutte le conseguenze che devono trarsi dal principio sancito dalla Corte di giustizia, focalizzandosi in particolare i) sul valore ora attribuibile alle guidelines; ii) sul ruolo del giudice nazionale dinanzi a tali atti; iii) sull'opportunità di tale pronuncia rispetto al sistema di tutela giurisdizionale in generale.*

---

<sup>105</sup> Si veda l'interessante ricostruzione operata da H. MARJOSOLA, M. VAN RIJSBERGEN, M. SCHOLTEN, *How to exhort and to persuade with(out legal) force: Challenging soft law after FBF*, cit., in particolare pp. 1540-1541.

<sup>106</sup> Per un'analisi recente, che affonda le sue radici in dibattiti dottrinali più profondi, si veda M. CHAMON, D. FROMAGE, *Between Added Value and Untapped Potential: The Boards of Appeal in the Field of EU Financial Regulation*, in M. CHAMON, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO (ed.), *Boards of Appeal of EU Agencies – Towards Judicialization of Administrative Review?*, Oxford, 2022, p. 31.

**ABSTRACT**

*In the judgment commented on in that article, the Court of Justice stated, essentially for the first time, that an act such as EBA's guidelines – whose non-binding character is explicitly accepted by the same Court – may be declared invalid by means of a reference for a preliminary ruling on validity. That article analyses the Court's reasoning and contextualises it in relation to the existing debates on the topic of the effectiveness of EBA's guidelines and of the justiciability of soft law through the preliminary ruling on validity. Subsequently, this article sets out and analyses all the consequences that have to be drawn from the principle laid down by the Court of Justice, focusing in particular, i) on the value that is now attributable to EBA (ESAs?) guidelines; ii) on the role that can/shall be played by national courts before soft law; iii) on the suitability of the principles stated in this judgement with regard to the general system of judicial protection.*