

Soft law nell'ordinamento comunitario

di Annamaria Poggi

Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti

L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali – Catania, 14-15 ottobre 2005

1. Introduzione	2
2. Le definizioni dottrinarie di soft law nel diritto comunitario.....	3
3. Il tratto comune delle definizioni dottrinarie: l'astratta "non" obbligatorietà degli atti o strumenti utilizzati.....	9
4. Il soft law nella giurisprudenza comunitaria: la prospettiva sostanzialistica della Corte con riguardo agli effetti degli atti.	11
5. L'esito del giudizio comunitario: la concreta legittimazione degli strumenti o atti di soft law.	16
6. Il problema: la contraddizione latente tra il carattere astratto della non vincolatività ed i reali effetti degli atti di soft law.	19
7. Dal Consiglio Europeo di Edimburgo ai lavori della Convenzione: l'intento di ridurre e razionalizzare il complesso degli atti e strumenti delle istituzioni comunitarie.	21
8. I Lavori della Convenzione: la ricerca di un punto di equilibrio tra la spinta verso la "tipizzazione" degli strumenti e la necessità di non irrigidire l'azione dell'Unione.	24
9. Gli elementi di sistemazione delle fonti operata dal Trattato che adotta la Costituzione.	27
10. Il problema (ancora parzialmente aperto) del soft law.	29
11. Conclusioni	31

1. Introduzione

Il *soft law* è concetto di elaborazione dottrinale fondato sull'osservazione della realtà effettiva degli atti e strumenti utilizzati dalle istituzioni comunitarie. Tale realtà presenta da tempo una complessità ed eterogeneità di effetti ricollegata ad atti e strumenti che non trovano rispondenza nelle norme dei Trattati, e meno che mai in una inesistente “norma di riconoscimento” delle fonti.

Nessuno dubita infatti che l'attuale art. 249 CE possa considerarsi tale, per cui la proliferazione di atti “atipici” o “non previsti”, cui sono attribuiti effetti giuridici di vario genere, è direttamente collegata agli “obiettivi” che i Trattati prevedono in relazione a determinati settori.

I compiti cui le istituzioni devono assolvere sulla base dei Trattati (le competenze dell'Unione), infatti, non hanno una corrispondenza nella tipologia di atti indicati nell'art. 249¹ e quando i Trattati non prescrivono il tipo di atto da adottare (utilizzando l'espressione “misura”) tale scelta è rimessa alla completa discrezionalità delle singole istituzioni con la conseguenza che la forza dell'atto prodotto è indipendente dalla norma e rimessa al giudizio della Corte di giustizia delle Comunità europee, ovvero all'opera interpretativa della dottrina.

L'indipendenza quasi totale del sistema comunitario dai sistemi nazionali (perchè i “sistemi nazionali delle fonti sono costruiti su base eminentemente formale, il sistema delle fonti comunitarie non è costruito su base formale”,² con la conseguenza che “la categorizzazione

¹ Vi sono infatti sia settori di competenze in cui i Trattati definiscono gli atti adottabili senza escludere l'adozione di generiche “misure” cui non corrispondono atti tipizzati: così per la LIBERA CIRCOLAZIONE DI PERSONE, SERVIZI E CAPITALI in cui sono individuati direttive e regolamenti quali strumenti principe di azione, non escludendo, tuttavia, altre misure non tipizzate (artt. 40 e 41 CE). Vi sono poi settori in cui sono definiti obiettivi e citate alcune tipologie di atti presenti nell'art. 249 CE, senza tuttavia stabilire tra di essi una gerarchia: così per l'AGRICOLTURA (art. 35 CE secondo cui l'adozione in materia di regolamenti, direttive e decisioni non pregiudica altresì l'adozione di raccomandazione). Vi sono, infine, settori i cui gli obiettivi fissati nei Trattati paiono raggiungibili unicamente con atti non vincolanti, sia quelli previsti dall'art. 249 CE, sia altri non definiti se non in relazione al “contenuto” dell'atto e all'indicazione di un “procedimento” da seguire. E' il caso del settore OCCUPAZIONE in cui l'art. 128 CE individua le raccomandazioni, mentre il 125 individua un contenuto (indirizzi di massima) e un procedimento (quello del coordinamento in materia economica di cui all'art. 99, par. 2) senza citare la forma dell'atto che, comunque, vertendo in un campo in cui è esclusa l'armonizzazione, esclude unicamente i regolamenti, le direttive e le decisioni. E', ancora il caso dei settori CULTURA (per cui l'art. 135 CE prevede unicamente raccomandazioni); della SANITÀ PUBBLICA (nell'ambito del quale l'art. 152 CE non tipizza alcun tipo di provvedimento, pur chiarendo che devono essere rispettate le competenze degli Stati membri); dell'INDUSTRIA (per cui l'art. 157 CE non cita alcun provvedimento specifico se non l'esigenza del coordinamento); della COESIONE ECONOMICA E SOCIALE (rispetto alla quale l'art. 158 CE individua unicamente il procedimento di cui all'art. 251 CE per l'adozione di atti in materia).

² A.D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie, Il diritto dell'Unione europea*, 2001, 592.

degli atti normativi comunitari è effettuata prescindendo completamente dalla componente formale”³) comincia a generare molte questioni e, per quanto qui interessa, ha prepotentemente portato all’attenzione il tema del *soft law* soprattutto in relazione al significato e all’importanza che taluni strumenti di *soft law* hanno ormai acquisito nel diritto comunitario e nei diritti nazionali.

2. Le definizioni dottrinarie di *soft law* nel diritto comunitario

Il termine *soft law* è comunemente utilizzato per contrassegnare una diversificata tipologia di atti e strumenti di diritto comunitario il cui tratto comune è costituito dal carattere “non” vincolante delle regole che in essi vengono poste, benché ad essi vengano comunque riconosciuti effetti giuridici.

Tale carattere si rinviene, seppure con sensibilità diverse, nei tre principali orientamenti dottrinali sul tema: quello secondo cui il *soft law* individua una tipologia di atti, quello secondo cui esso delinea una tecnica di regolazione, quello, infine, secondo cui il fenomeno comprenderebbe tanto una tipologia di atti, quanto una tecnica di regolazione.

Il primo orientamento è ascrivibile sia a dottrine di stampo anglosassone, che definiscono i vari strumenti ad esso riconducibili quali regole di condotta a portata generale; sia alle dottrine di stampo più prettamente continentale, che fondano il proprio ragionamento sull’art. 249 CE e sulla distinzione in esso contenuta tra atti vincolanti (regolamenti, direttive e decisioni) e atti non vincolanti (raccomandazioni e pareri).

Per le dottrine di stampo anglosassone il *soft law* consiste di regole di condotta cui non è attribuito dall’ordinamento carattere vincolante ma che, comunque producono effetti giuridici, ovvero sono adottate con lo scopo di raggiungere gli stessi effetti giuridici formalmente collegati ad atti vincolanti.

Le differenti formulazioni utilizzate non sfumano tali caratteri comuni poiché sostenere che *soft law* sono “*Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (in direct) legal effects, and that are aimed and may produce practical effects*”⁴; ovvero che esso consiste di

³ *Ibidem.*

⁴ L.SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, 112.

“rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable), but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that has to be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensity with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed at (intention of the drafters) and have as effect (through the medium of Community legal order) that they influence the conduct of Member States, institutions, undertaking and individuals, however without containing Community rights and obligations”,⁵ non muta la qualità strutturale del fenomeno cui ci si riferisce.

Oltre che sulla non-vincolatività della regola posta, infatti, l’insistenza qui è posta altresì sullo scopo (da parte di chi adotta l’atto) di produrre effetti giuridici diretti o indiretti (*“This definition expresses that in the case of soft law there is in fact a tension between intention and result”*).⁶ Ciò che realmente descrive il *soft law*, secondo queste ricostruzioni, è l’intenzione di produrre un atto astrattamente non vincolante, ma volutamente alternativo ad un atto vincolante, nella certezza che esso comunque produrrà effetti giuridici.

Perciò, tra le tre funzioni in cui vengono classificati gli atti ascrivibili tale fenomeno e cioè *pre-law* (strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti quali Libri bianchi, Libri verdi), *post-law* (strumenti di interpretazione di atti vincolanti quali linee guida, codici di condotta, comunicazioni interpretative) e *para-law* (strumenti alternativi ad atti vincolanti quali raccomandazioni, pareri comunicazioni non interpretative), solo quest’ultima viene ritenuta funzione di “vero” *soft law*, poiché essa renderebbe assolutamente evidente lo scopo che si vuole raggiungere: dar vita ad un atto alternativo alla legislazione.⁷

Di qui l’esigenza di una chiarificazione degli effetti legali del *soft law*: o attraverso una loro riconduzione alla norma di riconoscimento degli atti giuridici dell’Unione, ovvero attraverso un loro drastico ridimensionamento.⁸

Le tesi di stampo più propriamente continentale, pur assumendo le stesse premesse (e cioè di una effettività vincolatività degli atti di *soft law*) giungono a conclusioni differenti circa la necessità dell’inclusione del fenomeno nell’area degli atti comunitari. In questa

⁵ G.BORCHARDT and K. WELLENS, *Soft Law in European Community law*, *El. Rew.*, 14, 1989, 285.

⁶ L.SENDEN, *Soft Law in European Community Law* cit., 112.

⁷ *Ibidem*, 219 ss.

⁸ *Ibidem*, 498 ss.

prospettiva, infatti, l'art. 249 CE dovrebbe costituire la norma di riconoscimento degli atti giuridici dell'Unione, anche di quelli non vincolanti.

Perciò gli altri atti creati dalla prassi comunitaria, quali gli atti atipici e cioè quelli che “pur corrispondendo nella denominazione alla tipologia elencata all'art. 249 CE hanno tuttavia natura, caratteri, ed effetti diversi da quelli propri degli atti tipici ivi previsti”⁹ (quali regolamenti interni, direttive pareri e raccomandazioni che una istituzione indirizza ad un'altra nell'ambito di un procedimento, ovvero alcune decisioni che mascherano quando accordi internazionali, quando accordi interistituzionali), ovvero gli atti non previsti, che “non rientrano in alcuna delle categorie di cui all'art. 249 e che neanche sono contemplati dai Trattati”,¹⁰ costituiscono prassi da evitare o comunque da ridurre.

Tali atti, infatti, concretano una *soft law* dell'Unione europea che, a differenza della *soft law* del diritto internazionale¹¹ è costituita da atti che “creano un vincolo giuridico più preciso”.¹² L'incertezza sulla loro natura ed i loro effetti provoca, in questa prospettiva, dubbi di legittimità e di opportunità poiché essi “potrebbero prestarsi al tentativo di creare degli obblighi di comportamento, falsando i meccanismi istituzionali, senza offrire adeguate garanzie per gli interessati”.¹³

Sempre a questo primo orientamento vanno altresì ricondotte quelle tesi che considerano il *soft law* una fonte atipica che rileva prevalentemente sul versante dell'interpretazione, assumendo tale connotazione nel momento stesso in cui l'interprete lo individua e lo utilizza: “l'operare del *soft law*, in questa prospettiva, conferma che l'interpretazione costituisce un aspetto interno della dinamica delle fonti”.¹⁴

⁹ G.STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Dal Trattato di Roma alla Costituzione Europea*, Torino, 2005, 223.

¹⁰ *Ibidem*, 224.

¹¹ E' in questo ambito del diritto che nasce il termine di derivazione dottrinale. Nell'ampia letteratura v. per un primo orientamento R.R.BAXTER, *International Law in Her Infinite Variety, The International and Comparative Law Quarterly*, 1980, 549 ss.; O.ELIAS, C.LIM, *General Principles of Law, Soft Law and the Identification of International Law, Netherlands Yearbook of International Law*, 1997, 3 ss. Il *soft law* è anche richiamato in dottrina a qualificare fenomeni giuridici diversi da quelli prodotti dagli atti tipizzati nell'ordinamento ma, comunque, produttivi di effetti giuridici negli ordinamenti nazionali. L'elemento che accomuna tale nozione di *soft law* è generalmente legato al diritto prodotto da organismi quali le autorità indipendenti, ovvero organismi produttori di regole etiche, deontologiche o comportamentali. Con riferimento al primo fenomeno v., nella dottrina italiana, A.PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997 e per il secondo, sempre nella dottrina italiana v. S.RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999. Per un'analisi delle differenze tra *soft law* anglosassone (nelle esperienze degli USA e del Regno Unito) e continentale (prevalentemente nell'esperienza italiana) v. G.DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004.

¹² T.BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2001, 123.

¹³ G.STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Dal Trattato di Roma alla Costituzione Europea* cit., 224.

¹⁴ B.PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti, Lav. e dir.*, 2003, 13.

Il secondo orientamento, pur fondandosi sulla prima compiuta definizione di soft law ascrivibile a F. Snyder (*“Rules of conduct which in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effect”*)¹⁵ accentua, invece, il carattere di tecnica di regolazione di volta in volta alternativa, complementare o preparatoria ai tradizionali e formalizzati sistemi di produzione delle regole, così come previsti nei Trattati.¹⁶ Perciò esso si esprime in *“commitments which are more than policy statements but less than law in its strict sense. They all have in common, without being binding as a matter of law, a certain proximity to the law or a certain legal relevance”*.¹⁷

In questa prospettiva l’accento è posto più sulle tecniche di regolazione di talune politiche che devono venire condotte in maniera *“soft”*, che sui singoli atti che esse producono (che assumono valore vincolante diverso). L’utilizzo di tali tecniche si rende necessario per superare un certo *“paradoxical character”* che caratterizza il processo di integrazione europea in tensione *“between the powerful political attachment to a traditional and high form of constitutionalism which is focused on limited EU powers, clarity in the division of competences between States and the EU (...) on the one hand; and the reality of a highly reflexive and pragmatic forms of governance entailing the expansion of EU activity into virtually all policy fields, profound degree of mixity in terms of the sharing of competence between levels and sites of decision-making”*.¹⁸

Tale paradosso, che alimenta una serie di tensioni (tra divisione delle competenze e principio di sussidiarietà; tra l’enfasi sulla rappresentanza istituzionale dei governi e l’inclusione di attori diversi nella formazione delle politiche comunitarie...) costituisce un freno alla stessa integrazione europea. Esso potrebbe essere superato in termini procedurali attraverso metodologie di formazione delle politiche *“which can neither be dismissed as «primarily national» or primarily EU-level but which is genuinely multilevel in nature,*

¹⁵ F.SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, in S.MARTIN, *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht, 1994, 198.

¹⁶ Identica definizione è fatta propria da D.M.TRUBEK, P. COTTREL and M.NANCE, *“Soft law”, “Hard Law” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, Jean Monnet Working Paper 2/05, New York, 2005. Nello stesso senso pur con qualche sfumatura,

¹⁷ D.THÜRER, *The Role of Soft law in the Actual Process of European Integration*, in O. JACOT-GUILLARMOD and PESCATORE, *L’avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen*, Zürich, 1990, 132.

¹⁸ G. DE BURCA, *The Constitutional Challenge of new Governance in the European Union*, *European Law Review*, 2003, 814.

which in principle offers a mode of decision-making open to a wider range of actors and interests than traditional forms, and which aims to avoid some the rigidities of the latter”.¹⁹

Il *soft law*, secondo queste ricostruzioni, si renderebbe necessario sia nei settori in cui è prevista l’armonizzazione (ma essa risulta difficile da raggiungere con i soli strumenti vincolanti essendovi necessità di stemperare, attraverso accordi informali, posizioni divergenti tra gli Stati membri),²⁰ sia nelle aree in cui l’armonizzazione è esclusa, ma vi è comunque l’esigenza politica di creare un consenso sociale su cui si fondi la futura convergenza delle politiche nazionali in settori cardine per la costruzione della solidarietà europea.²¹

Tali tecniche di regolazione possono assumere forme diverse. Esse possono essere complementari, quale quella utilizzata per il coordinamento della politica fiscale, o alternative (e/o preparatorie), quali quella utilizzata per la politica dell’occupazione che ha dato vita, dopo il Consiglio europeo di Lisbona, all’*Open Method of Coordination* (d’ora innanzi OMC).

La prima delle due, finalizzata alla sostenibilità dell’euro, impiega due diversi strumenti: uno di *soft law*, consistente nella fissazione di *standards* di prudenza fiscale, che includono sistemi di sorveglianza multilaterale per incoraggiare l’aderenza agli *standards* stessi; l’altro di *hard law* consistente nell’applicazione delle regole dei Trattati che definiscono il deficit eccessivo prevedendo sanzioni.²²

La seconda tecnica, l’OMC, utilizzata prevalentemente nella definizione della politica sull’occupazione, si serve, invece, unicamente strumenti non vincolanti: definizione di obiettivi iniziali da parte degli stati membri (da tradursi in atti non vincolanti);

¹⁹ *Ibidem*, 816.

²⁰ Sottolineano questo aspetto in relazione al coordinamento della politica fiscale ai fini della sostenibilità dell’euro M.TRUBEK, P. COTTREL and M.NANCE, “*Soft law*”, “*Hard Law*” and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, cit.; ne sottolinea la portata altresì in settori quali l’immigrazione, l’asilo politico e le telecomunicazioni; G. DE BURCA, *The Constitutional Challenge of new Governance in the European Union* cit., 824; A.LENSCHOW, *New Regulatory Approaches in “greening” EU Policies*, *European Law Journal*, 2002, 8, 19 ss.

²¹ Lo rileva J.KENNER, *Il Capitolo sull’occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft law?*, *Dir. delle rel. Industriali*, 1999, 416, con riguardo alla politica sull’occupazione. Sull’applicazione di tali tecniche a settori quali l’esclusione sociale, l’istruzione, la salute, la ricerca scientifica v. G. DE BURCA, *The Constitutional Challenge of new Governance in the European Union* cit., 824.

²² Così D.M.TRUBEK, P. COTTREL and M.NANCE, “*Soft law*”, “*Hard Law*” and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, cit.: qui la complementarietà è nel fatto che in tale politica si integrano strumenti di *soft* e *hard law*.

presentazione di report nazionali di attuazione di tali obiettivi; periodiche revisioni e scambio di buone pratiche; rielaborazione dei piani nazionali individuali.²³

L'armonizzazione, in questa prospettiva, non costituisce più l'obiettivo principale dell'UE poiché ad essa si preferiscono tecniche di regolazione che consentono di raggiungere gli obiettivi spingendo inizialmente sul motore del consenso sociale.²⁴ Ciò consente di “progredire nel processo di integrazione o coordinamento comunitario anche per periodi significativi di tempo prima di introdurre eventuali modifiche formali del Trattato con valore legale e che creano diritti dinanzi all'autorità giurisdizionale interna”.²⁵

Il *soft law* emerge, qui, linearmente e limpidamente quale “processo che non si affida interamente al *medium* della norma giuridica”,²⁶ e perciò non costituisce “un mero succedaneo funzionale dell'*hard law*”,²⁷ con la conseguenza che il periodo di tempo che separa la sua introduzione e la sua formalizzazione in atti vincolanti potrebbe diventare infinito, nel momento in cui esso diventa un metodo istituzionalizzato di azione comunitaria cui si riconoscono determinati effetti giuridici.

Il terzo orientamento ritiene compresi nel fenomeno sia atti atipici o non previsti, sia atti politicamente vincolanti, sia tecniche di regolazione, sul presupposto che la non vincolatività sia superata dal consenso sostanziale alle regole prestato da coloro che le hanno sottoscritte, o hanno concorso a formarle ovvero le rispettano ritenendole vincolanti.²⁸

Qui il *soft law* comunitario pare riallacciarsi direttamente alla natura dei rapporti tra Stati e Stati e tra Stati e Unione in cui “ogni Stato membro deve fidarsi degli altri e dell'Unione”.²⁹

²³ Considerano tale Metodo come strumento di *soft law* tale J.KENNER, *Il Capitolo sull'occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft law?*, cit., 415 ss.; D.M.TRUBEK and L.G.TRUBEK, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe, Workshop on Opening the Open Method of Coordination*, European University Institute, Firenze, 2003; G.DE BURCA, *The constitutional challenge of new governance in the European Union*, *European Law Review*, 2003, 814 ss.; F.BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, *Lav e dir.*, 2003, 49 ss.; F.BARAZZONI e V.CERULLI IRELLI, *Gli atti dell'Unione* in F.BASSANINI, G.TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004, 210. Sul punto più problematicamente B.CARUSO, *Alla ricerca della “flessibilità mite”: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, *Dir. delle rel ind.*, 2000, 141 ss.

²⁴ J.KENNER, *Il Capitolo sull'occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft law?*, cit., 416. Secondo l'A. il varo di tale tecnica si è reso necessario in seguito all'impatto della Presidenza Blair sulle politiche occupazionali che avrebbe imposto la c.d. “terza via” che mette insieme la strategia normativa con quella del decentramento attraverso un meccanismo di recezione normativa (generalmente direttive) di accordi stipulati liberamente dalle parti sociali.

²⁵ J.KENNER, *Il Capitolo sull'occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft law?*, cit., 431.

²⁶ F.BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, cit., 57.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Così F.PALERMO, *La forma di stato dell'Unione europea*, Padova, 2005, 204-205.

²⁹ *Ibidem*, 205.

Il contesto, infatti, è caratterizzato da “una diversa forma del potere, basata sulla circolarità e la continuità del processo, su un’ampia serie di prescrizioni reciproche presupposte, non formalizzate, vincolanti nei fatti ma non sanzionabili giuridicamente: vincolanti ma non vincolanti”.³⁰

Tale fluidità di rapporti genererebbe una serie di atti, di principi comuni, di convenzioni, di accordi che pur non astrattamente vincolanti, vengono ritenuti in concreto obbligatori sulla base del consenso, della convenienza, o della convenzione.

In queste prospettive il *soft law* più che fonte del diritto è direttamente collegata con il “potere comunitario di indirizzo politico”,³¹ per cui “gli atti atipici costituiscono, cioè, strumenti di diritto mite, dotati di una efficacia giuridica molto minore rispetto alle fonti tipiche (...) volti a perseguire obiettivi politici attraverso la loro persuasione ovvero la plusvalenza che ad essi deriva in termini di autorevolezza mutuata dall’organo (o dagli organi) da cui promanano, più che attraverso la forza coattiva del diritto”³²

Più in generale la stessa prospettiva pare debitrice di teorie che si riallacciano ai mutamenti strutturali del fenomeno giuridico e, in particolare, del diritto legislativo, costretto a mutare i propri connotati in società sempre più complesse e sempre meno convinte alla regola del “comando”,³³ e sempre più orientate a dotarsi di strumenti reticolari e di coordinamento.

3. Il tratto comune delle definizioni dottrinarie: l’astratta “non” obbligatorietà degli atti o strumenti utilizzati.

Gli orientamenti appena delineati consentono di effettuare alcune considerazioni iniziali.

La prima è che al *soft law* vengono ascritti, dai diversi AA. secondo combinazioni differenti, una gamma molteplice di strumenti che vanno dalle raccomandazioni e pareri

³⁰ *Ibidem*. Sulle relazioni tra Stati e Unione e sui vari modelli cooperativi v. la ragionata sistemazione di F.G.PIZZETTI, *Riflessioni sul principio di leale cooperazione nell’ordinamento comunitario* in P.BILANCIA, F.G.PIZZETTI (a cura di), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, 91 ss.

³¹ R.MANFRELOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell’integrazione europea*, Torino, 2004, 192.

³² *Ibidem*.

³³ Per tutti v. in proposito le riflessioni di M.R.FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

(esplicitamente previsti quali atti non vincolanti dall'art. 249 CE) ai libri bianchi e libri verdi, risoluzioni e conclusioni del Consiglio Europeo, comunicazioni della Commissione, linee-guida, programmi generali, linee di indirizzo, codici di condotta, accordi interistituzionali,³⁴ carta dei diritti (prima del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa),³⁵ all'OMC.³⁶

La seconda è che l'elemento che accomuna l'eterogeneità di strumenti individuati e la loro collocazione in un sistema od altro dell'ordinamento comunitario, è che il *soft law* è considerato "diritto" in senso assai lato, cui i Trattati non riconoscono -in astratto e *a priori*- valore vincolante, ma che ugualmente determina effetti giuridici di vario genere. Esso, infatti, determina effetti nei rapporti tra Stati e Stati, tra Stati ed Unione e determina altresì effetti giuridici nei confronti dei terzi, fondandosi nei primi due casi sul principio della leale cooperazione e, nel terzo caso, sull'adesione volontaria a regole pur prodotte attraverso strumenti non formalizzati nel diritto comunitario. Va comunque precisato in proposito che secondo alcuni il misconoscimento di tali effetti è conseguenza della carenza di requisiti formali, secondo altri, invece esso è una sorta di necessità del processo di integrazione che per poter procedere ha bisogno di strumenti di tale natura.

La terza è che proprio perciò il tema è dai più collocato al confine tra il sistema delle fonti e la *governance*³⁷ quando non direttamente inquadrato in quest'ultima.³⁸ Coloro che lo riconducono al sistema delle fonti, invece, si mostrano fortemente critici verso tale categoria

³⁴ L.SENDEN, *Soft Law in European Community Law* cit., 118.

³⁵ S.MANFRELOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, 206; B.PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti* cit., 7; G. DE BURCA, *The Constitutional Challenge of new Governance in the European Union* cit., 833-834;

³⁶ V. *supra* nota 9.

³⁷ Oltre agli AA. Citati nelle note 5, 6 e 7 v. in tal senso A. PREDIERI, *Europeità dei fondi strutturali: compendio e metafora* in ID (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione Europea*, Milano, 1996 83 ss.; S.MANFRELOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea* cit., 192

³⁸ Significativamente lo descrivono come "*softer forms of governance*" M. CINI, *The Soft Law approach: Commission rule-making in the EU's State aid regime*, *Journal of European Public Policy*, 2001, 8, 192 ss.; K. JACOBSSON, *Soft Regulation and the subtle Transformation of States: the case of EU employment policy*, *Journal of European Social Policy*, 2004, 14, 355 ss. In relazione all'OMC quale prototipo di *soft law* e, dunque, di "*new forms of governance*" v. G. DE BURCA, *The Constitutional Challenge of new Governance in the European Union* cit., 823; J. GOETSCHY, *The European employment strategy, multilevel governance and policy co-ordination: Past Present and Future* in J.ZEITLIN and D.TRUBEK, *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford, 2003; J.SCOTT and D.TRUBEK, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, *European Law Journal*, 2002, 8, 1 ss.

di atti ritenendoli “strumenti di azione anomali in un contesto che ha scelto di tipizzare i singoli provvedimenti”.³⁹

4. Il soft law nella giurisprudenza comunitaria: la prospettiva sostanzialistica della Corte con riguardo agli effetti degli atti.

Va precisato sin dall’inizio che la Corte, e allo stesso modo il Tribunale di primo grado, non hanno mai individuato, a differenza della dottrina, atti o strumenti come atti o strumenti di *soft law*: tale termine non ricorre nelle sentenze.

Tuttavia è proprio nella giurisprudenza comunitaria che tale categoria di strumenti prende forma. Precisamente quando la Corte, cambiando i suoi precedenti in proposito, inizia a dichiarare ricevibili ricorsi contro atti non nominati dai Trattati.⁴⁰ Di lì in poi la categoria di strumenti che la dottrina man mano ascrive al *soft law* è implementata dai ricorsi in cui la Corte ritiene di volta in volta ricevibili ricorsi contro atti diversi.

Tale prospettiva è diventata in qualche misura inevitabile dopo il varo della politica giurisprudenziale sostanzialistica che consiste nel valutare se qualunque atto, indipendentemente dal suo *nomen* e indipendentemente dalla sua esplicita previsione nei Trattati, miri a produrre effetti giuridici o tra Stati e Unione, o tra Unione e soggetti terzi di diritto internazionale o nei confronti di terzi.

Quando l’atto non nominato non è ritenuto produttivo di effetti giuridici la Corte dichiara irricevibile il ricorso. Quando l’atto oggetto di ricorso è ritenuto produttivo di effetti allora, e solo allora, la Corte valuta se poteva essere adottato, e cioè se vi è una base giuridica per la sua adozione nei Trattati, se l’istituzione che lo ha adottato è competente o meno, se, infine, riveste la forma giuridica prevista dai Trattati stessi.

³⁹ A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie* in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1996, 1, 66. Nella stessa direzione G. STROZZI, *Diritto dell’Unione Europea. Dal Trattato di Roma alla Costituzione Europea*, Torino, 2005, 224. Ne sottolinea tutti gli aspetti problematici con riguardo al sistema delle competenze e alla legittimazione democratica L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, 478 ss.

⁴⁰ Criterio che, invece, la Corte ha tenuto fermo sino agli inizi degli anni Settanta. L’ultima sent. in tal senso è quella del 18 giugno 1970, causa 74/69 in cui la Corte affermava che: “*L’applicazione uniforme del diritto comunitario è garantita solo da atti formali, adottati a norma del Trattato*”.

Perciò, il giudizio su atti che astrattamente non potrebbero produrre effetti giuridici, o perché non sono previsti nei Trattati o perché non hanno la forma richiesta, costituisce il terreno in cui è possibile valutare la posizione della Corte sul *soft law*.

La giurisprudenza che a tal fine viene in rilievo è principalmente quella del ricorso per annullamento ex art 230. Tale norma, nonostante preveda esplicitamente la sola impugnazione di atti vincolanti (adottati congiuntamente dal Parlamento e dal Consiglio, di atti del Consiglio, della Commissione e della BCE) ed escluda altrettanto esplicitamente il ricorso contro raccomandazioni e pareri, è infatti interpretata in maniera sostanzialistica dalla Corte di giustizia, in funzione dell'effettivo effetto giuridico prodotto dall'atto contro cui si dirige l'impugnativa.

Applicando costantemente il principio della prevalenza del contenuto sulla qualificazione formale dell'atto, dunque, la Corte ritiene ricevibili i ricorsi ogniqualvolta i ricorrenti dimostrino che tali atti sono produttivi di effetti giuridici.⁴¹

Non potendo collegare l'effetto dell'atto alla sua qualificazione formale, la Corte (qualche volta il Tribunale) motiva la ricevibilità e, successivamente, legittima la sua decisione su tre basi diverse:

- a) sul principio di certezza;
- b) sul principio di cooperazione;
- c) sul principio di competenza.

a) Al principio di certezza la Corte si è richiamata nella causa C443-97 in cui la Spagna ha chiesto l'annullamento di alcune linee direttrici che la Commissione aveva adottato in una comunicazione, in applicazione di alcuni regolamenti comunitari in materia di coordinamento dei vari Fondi strutturali. La Corte ha dichiarato irricevibile il ricorso ritenendo che quelle linee *“contribuiscono a garantire che, quando la Commissione adotta decisioni in base a detto articolo, gli Stati membri o le autorità da essi designate fruiscano,*

⁴¹ Si tratta di giurisprudenza costante: v. tra le altre sent. 31 marzo 1971, causa C22/70 Commissione v. Consiglio; sent. 9 ottobre 1990 causa C366/88, Francia v. Commissione.

in situazioni analoghe, di un trattamento identico. Le linee direttrici possono altresì rafforzare la trasparenza delle singole decisioni indirizzate agli Stati membri".⁴² Un atto del genere, prosegue la Corte, *"rende manifesta soltanto l'intenzione della Commissione di seguire una determinata linea di condotta nell'esercizio della competenza attribuitale"*.

Qui l'atto di *soft law* (che la Corte non ha annullato poiché inidoneo a produrre effetti giuridici in quella determinata situazione) viene sostanzialmente assunto quale parametro normativo delle future decisioni della Commissione in materia.

Indicare preventivamente le proprie intenzioni di condotta in relazione a future decisioni, motivarle sull'esigenza di uguaglianza di trattamento degli Stati membri e di affidamento dei destinatari di atti futuri, infatti, significa dettare una disciplina astratta della materia che diviene parametro per le decisioni future dello stesso organo.

b) Gli atti di *soft law* vengono spesso legittimati attraverso il richiamo al principio di cooperazione che viene dedotto dall'art. 10 CE⁴³ e che viene ritenuto dalla Corte quale fondamento di atti adottabili, quando non è possibile *"to establish a common policy"* a causa di *"divergences of interest which it has not yet been possibile to resolve"*.⁴⁴

Tali dichiarazioni sono dalla Corte effettuate nel corso di un giudizio in cui la Francia, sostenuta dalla Commissione, ha chiesto che la Corte dichiarasse che un determinato atto del Regno Unito era stato adottato contravvenendo al Trattato CEE, e si sono basate sulla considerazione che l'atto adottato dal Regno Unito presentava misure più restrittive di quelle "consigliate" dalla commissione in un certo numero di raccomandazioni. Più precisamente la Corte ha dichiarato l'omissione del Regno Unito sul presupposto che l'adozione dell'atto non aveva rispettato il procedimento di consultazione previsto, tanto più necessario nella fattispecie "in quanto è pacifico, come è stato sottolineato dal governo francese e dalla Commissione ed ammesso dallo stesso Governo del Regno Unito, che il decreto di cui trattasi, benché dia attuazione a determinate raccomandazioni della CPANE, va cionondimeno, sotto diversi aspetti, al di là di quanto prescritto in tali raccomandazioni".

⁴² Sent. 6 aprile 2000, causa C443/97 Regno di Spagna v. Commissione,

⁴³ Secondo cui *"Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato"*.

⁴⁴ Così nella sent. 4 ottobre 1979, causa 141/78 Repubblica francese v. Regno Unito di Gran Bretagna

Il principio di cooperazione, inoltre, viene spesso richiamato quale fondamento di legittimità degli accordi interistituzionali cioè di quegli atti “non nominati con cui le istituzioni comunitarie mettono per iscritto in modo formale l’accordo raggiunto in merito alle modalità di esercizio delle rispettive attribuzioni, stabiliscono regole di comportamento, meccanismi di coordinamento delle rispettive competenze o modalità di cooperazione in determinate procedure, nell’ottica di migliorare il loro svolgimento ed evitare o risolvere possibili conflitti”.⁴⁵

L’“ufficialità” degli accordi interistituzionali è stata sancita dalla Dichiarazione n. 3 allegata al Trattato di Nizza che, richiamando l’art. 10 CE, ed allo scopo di agevolare l’applicazione delle disposizioni del Trattato ha sancito che il Parlamento europeo, Il Consiglio e la Commissione possono concludere accordi interistituzionali che non possono, tuttavia, né modificare, né completare, le disposizioni del Trattato.

La prima importante sentenza della Corte in proposito è la sent. 31 marzo 1971⁴⁶ con cui la Corte ha altresì inaugurato la giurisprudenza, poi ampiamente consolidatasi, secondo cui l’azione di annullamento deve potersi esperire contro “qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma) che miri a produrre effetti giuridici”.

In quel caso la Corte ha respinto il ricorso proposto dalla Commissione per l’annullamento di una deliberazione del Consiglio in merito alla negoziazione e stipulazione dell’accordo europeo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuano trasporti internazionali su strada, sul presupposto dell’effettiva competenza del Consiglio a vincolare il comportamento degli Stati membri.

A tale deliberazione (che dunque non è stata annullata) la Corte ha negato il mero carattere di “*espressione o constatazione di un coordinamento volontario*”, per attribuirle un ben più pregnante significato poiché le ha riconosciuto “*la finalità di stabilire una linea di condotta vincolante per le istituzioni come per gli Stati membri, destinata ad incidere in seguito*”.

Stesso principio è stato utilizzato dalla Corte per dichiarare irricevibile un ricorso della Grecia contro un atto di storno del bilancio delle Comunità europee per l’esercizio 1986, con la motivazione che in presenza di una oggettiva difficoltà di individuazione di termini e

⁴⁵ L. RONCHETTI, *Gli accordi interistituzionali nell’ordinamento comunitario*, Dir. pubbl., 2003, 3.

⁴⁶ Sent. 31 marzo 1971, causa 22/70, Commissione delle Comunità europee v. Consiglio delle Comunità europee.

attribuzioni della procedura, occorre rifarsi ad una “*dichiarazione comune*” del Parlamento, del Consiglio e della Commissione.⁴⁷

In quella dichiarazione comune le tre istituzioni preso atto “*che il buon funzionamento delle Comunità esige una cooperazione armoniosa tra le istituzioni*” e che “*è opportuno, nel rispetto delle rispettive competenze delle varie istituzioni della Comunità, quali sono definite dai trattati, stabilire di comune accordo varie disposizioni volte a migliorare la procedura di bilancio*” convenivano, poi, sulla definizione di spesa obbligatoria applicabile ai fini della redazione del bilancio.

La tesi accolta dalla Corte in quella circostanza è stata ben esplicitata dall’Avvocato generale MANCINI nelle sue conclusioni quando ha sottolineato il valore di “*atti politicamente impegnativi*” delle dichiarazioni istituzionali che si “*collegano funzionalmente con l’articolo 15 del trattato di fusione che (...) deve ritenersi espressione del principio di collaborazione tra gli organi*”.

Il richiamo alla politicità dell’atto ha assunto ai fini di quella decisione un contenuto assolutamente specifico: atto politico come atto di decisione normativa.

c) Il richiamo al principio di competenza viene effettuato dalla Corte ogniqualvolta essa rileva che l’atto adottato o non ha base giuridica nel diritto comunitario,⁴⁸ ovvero è adottato da un organo incompetente e/o da organo competente che ha ecceduto dalle proprie attribuzioni.

In questi casi, sebbene l’atto venga normalmente annullato, è evidente che esso assume una autonoma fisionomia poiché il motivo dell’annullamento verte propriamente sul riconoscimento della sua obbligatorietà.

E’ il caso dell’impugnativa contro un codice di condotta concernente il coordinamento dei diversi interventi di carattere strutturale adottato dalla Commissione, in assenza di specifiche previsioni fondanti tale competenza.

Qui, diversamente dalla sentenza concernente le linee direttrici (che la Corte non aveva annullato riconoscendole improduttive di effetti giuridici nel caso in oggetto),

⁴⁷ Sent. 27 settembre 1988, causa 204/86, Repubblica ellenica v. Consiglio delle Comunità europee.

⁴⁸ Sent. 9 ottobre 1990, causa 366/88, Repubblica francese v. Commissione con cui sono state annullate delle Istruzioni interne adottate dalla Commissione con la motivazione che in tal modo la Commissione “non si è limitata ad esplicitare la normativa vigente; essa ha inteso accrescere i propri poteri con riferimento ad atti per i quali non disponeva invece di alcuna competenza”.

l'annullamento del Codice è stato motivato dal riconoscimento della sua vincolatività in quanto *“impone (agli Stati) obblighi specifici”* e ulteriori rispetto a quelli previsti dall'ordinamento comunitario.⁴⁹

Ancora, è il caso dell'annullamento di una comunicazione che, pur se formalmente adottata in attuazione di una direttiva, poneva in realtà obblighi ulteriori che si aggiungevano a quelli previsti dalla stessa direttiva.⁵⁰ Facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato generale TESAURO, la Corte ha riconosciuto alla comunicazione in questione la configurazione di atto che si rivolge *“in termini generali ed astratti, a categorie di persone indeterminate e si applica a situazioni determinate oggettivamente”* secondo, del resto, le intenzioni della stessa Commissione che aveva affermato in udienza che il mancato rispetto degli obblighi sanciti dalla comunicazione avrebbe provocato l'apertura di una procedura di infrazione.⁵¹

5. L'esito del giudizio comunitario: la concreta legittimazione degli strumenti o atti di soft law.

L'esito del giudizio dinanzi alla Corte produce, per quanto riguarda la sorte dell'atto o dello strumento di *soft law*, contro cui è prodotto il ricorso, l'annullamento o il mancato annullamento dell'atto.

Sia l'uno che l'altro effetto vanno attentamente valutati perché indici di un atteggiamento della Corte apparentemente arroccato su alcuni principi (certezza del diritto comunitario) ma in realtà assai pragmatico.

Prima ancora va valutato il fatto che la Corte abbia deciso (dal 1971 in poi) di vagliare gli atti indipendentemente dalla loro qualificazione formale: in tal modo essa ritiene che la loro adozione sia comunque consentita, al di là della loro previsione nei Trattati.

⁴⁹ Sent. 13 novembre 1991, causa c-303/90, Repubblica francese v. Commissione delle Comunità europee.

⁵⁰ Sent. 16 giugno 1993, causa C 325/91 Repubblica francese v. Commissione delle Comunità europee.

⁵¹ In questo filone di sentenze va compresa anche la sent. 19 marzo 1996, causa c-25/94, Commissione delle Comunità europee v. Consiglio dell'Unione europea in cui la Corte ha annullato una decisione (ma qui il termine non è da intendersi ai sensi dell'atto tipico previsto dall'art. 230 CE) adottata dal Consiglio nell'ambito della procedura di stipulazione di un accordo internazionale sul presupposto che quella decisione aveva prodotto nei rapporti tra la Comunità e gli Stati membri, fra le istituzioni e fra la Comunità e i soggetti di diritto internazionali coinvolti *“conseguenze giuridiche le quali vietano di ritenere che essa abbia solo natura procedurale o protocollare”*

Le ipotesi in cui l'atto viene annullato dimostrano al di là dell'eliminazione dell'atto, la rilevanza del problema poiché tale effetto è diretta conseguenza del riconoscimento dell'obbligatorietà dell'atto.

In queste ipotesi, infatti, la Corte pare riconoscere che lo strumento di *soft law* portato innanzi al suo giudizio ha gli stessi requisiti di obbligatorietà che l'ordinamento comunitario in astratto e *a priori* riconosce, nei propri Trattati, a determinati strumenti.

Applicando il principio della prevalenza del contenuto sulla forma, che richiede di procedere alla qualificazione dell'atto sulla base del suo contenuto, essa pare trattare atti di *soft law* come atti muniti degli stessi requisiti di atti espressamente abilitati a produrre effetti obbligatori.

Quando ciò accade l'atto di *soft law*, pur sfornito dei requisiti di forma previsti dal diritto comunitario per la produzione di effetti vincolanti è, comunque e di fatto, equiparato agli atti cui tale forma ricollega effetti.

Certamente le ipotesi più rilevanti dovrebbero essere quelle in cui l'atto di *soft law* non viene annullato e ad esso sono riconosciuti effetti esterni.

Ma ciò non accade poiché la Corte tiene fermo il principio secondo cui l'esigenza della certezza del diritto “*richiede che ogni atto inteso a produrre effetti giuridici tragga, a pena di nullità, il proprio valore giuridico da una norma del diritto comunitario che va esplicitamente indicata come base giuridica e che prescrive la forma giuridica di cui l'atto deve essere rivestito*”.⁵²

Al di là dell'affermazione del principio ovvero contestualmente all'affermazione di principio, la Corte adotta tuttavia comportamenti più pragmatici: come quando asserisce che le linee-direttrici sono solo istruzioni interne ma, comunque, manifestano preventivamente la linea di condotta che terrà la Commissione per il futuro. Oppure quando nella causa *Brother Industries v. Commissione delle Comunità Europee*, che aveva ad oggetto l'annullamento di un *memorandum* con cui la Commissione invitava gli Stati membri a tenere determinati comportamenti, ha prima dichiarato che “*an obligation on the Member States to adopt specific measures cannot be created by a Commission memorandum in the absence of a particular provision in the Treaty or in binding acts adopted by the institution*”

⁵² Sent. 16 giugno 1993 cit.

per poi, tuttavia, dover ammettere che quel *memorandum* sebbene non avesse “*binding force*” doveva comunque considerarsi “*source of guidance*”.⁵³

Emblematico in proposito è il caso delle varie tipologie di comunicazioni che costituiscono, tra gli atti non previsti dall’art. 249 CE, certamente la tipologia di *soft law* più consistente nei settori strategici per la realizzazione del mercato comune e quella che più frequentemente è oggetto di ricorso per annullamento.

Soprattutto le comunicazioni c.d. interpretative,⁵⁴ e cioè quelle adottate per dirigere l’interpretazione del diritto comunitario nei casi in cui la stratificazione della normativa in materia genera incertezza tra gli operatori, sono volutamente costruite allo scopo di indirizzare l’attività di Stati membri e soggetti privati in determinati settori.

In tale contesto i ruoli di Commissione e Corte spesso si confondono e la prima non infrequentemente utilizza strumentazioni che sarebbero proprie della seconda. Se per un verso, infatti, in molte comunicazioni interpretative la Commissione richiama gli orientamenti giurisprudenziali in materia, in altre essa si serve del lavoro della Corte per “coadiuvare il lavoro interpretativo che essa compie quale custode degli interessi generali della Comunità”.⁵⁵ Con la conseguenza che anziché trattarsi di comunicazioni interpretative, queste spesso implementano i principi tratti dalla giurisprudenza comunitaria sovrapponendosi ad essa come fonti del diritto.⁵⁶

L’“inversione dei ruoli”,⁵⁷ che in tal modo si verifica, si è giustamente sottolineato non costituisce propriamente un virtuosismo del sistema, mentre evidenzia un dato assai rilevante del *soft law* e cioè che questo, al di là dei pareri e raccomandazioni, è categoria “creata” dalla giurisprudenza comunitaria che, in quanto tale, non abbisogna di basi

⁵³ Ord. 30 settembre 1987, causa 229/86 *Brother Industries v. Commissione delle Comunità europee*

⁵⁴ La classificazione delle comunicazioni in relazione alle finalità cui sono ispirate vede, oltre alle interpretative, quelle informative (che espongono risultati di indagini compiute) e quelle decisorie (che indicano le linee di condotta in un determinato settore). Su tali istituzioni e soprattutto sul ruolo e valore che tali atti rivestono nel diritto comunitario v. P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea* cit., 121 ss.; M.ANTONIOLI, *Le comunicazioni della Commissione al vaglio della Corte di giustizia*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 858 ss.; M.C.REALE, *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee*, *Riv. di dir. europeo*, 1993, 507 ss.; S.FARINELLI, *La comunicazione sulla cooperazione tra Commissione e autorità garanti nell’applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza*, *Il diritto dell’UE*, 1998, 131 ss.

⁵⁵ M.C.REALE, *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee*, cit., 517.

⁵⁶ Sul punto v. l’analisi di M.ANTONIOLI, *Le comunicazioni della Commissione fra diritto comunitario e diritto interno*, *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 1995, 41 ss.

⁵⁷ Così G.GRECO, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: un’ulteriore fonte (combinata) di obblighi e di poteri amministrativi per gli Stati membri*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 1320.

giuridiche nei Trattati poiché si legittima sulla forza delle sentenze della Corte di giustizia quali fonti del diritto comunitario.⁵⁸

6. Il problema: la contraddizione latente tra il carattere astratto della non vincolatività ed i reali effetti degli atti di *soft law*.

Tolti i pareri e le raccomandazioni, i cui effetti sono direttamente disposti nell'art. 249 CE, la rimanente produzione di atti e strumenti che non hanno rispondenza formale nei Trattati viene così legittimata formalmente, pur nel misconoscimento di effetti vincolanti

Diventa così ancora più evidente l'intima contraddizione che caratterizza il dibattito sul tema sia dal punto di vista formale, che sotto il profilo sostanziale. Formalmente la negazione del *soft law* come vero e proprio diritto è vanificata dal riconoscimento che la giurisprudenza comunitaria ne effettua attraverso le sue sentenze quale categoria di atti giuridici produttivi di effetti. Dal punto di vista sostanziale, inoltre, l'astratta non vincolatività del *soft law*, motivata dalla carenza di una previsione nei Trattati, è vanificata dal riconoscimento di effetti.

Il *soft law*, in realtà, è più *law* di quanto non sia *soft*.⁵⁹ Gli atti e strumenti attraverso cui è prodotto spesso vincolano in concreto più di quanto gli strumenti che lo veicolano facciano astrattamente supporre.

In questa prospettiva ribadire il carattere della non-vincolatività quale dimensione distintiva della categoria non solo è inadeguato, ma diventa in qualche misura pericoloso per almeno due motivi.

In primo luogo perché mistifica gli effetti degli atti reggendosi sull'ambigua distinzione tra "non giuridicamente vincolante" e "produzione di effetti giuridici" e, dunque, mascherando nella forma di atti non obbligatori atti che, in realtà, sono vincolanti.

⁵⁸ Così M.ANTONIOLI, *Le comunicazioni della Commissione fra diritto comunitario e diritto interno*, Riv. it. di dir. pubbl. com.it., 54.

⁵⁹ In questo senso con riguardo agli accordi interistituzionali T.BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2001, 122

In secondo luogo perché alimenta la preoccupante divaricazione tra forma dell'atto ed effetti dello stesso, che è oggettivamente riconosciuto come uno dei problemi più rilevanti dell'ordinamento normativo comunitario, anche con riguardo agli atti vincolanti, come dimostra la vicenda a tutti nota della distinzione di effetti tra regolamenti e direttive.

Un problema incrementato da una serie di fattori: la prevalenza di un criterio sostantivo per cui le differenze tra gli strumenti normativi non si collocano sul terreno delle forme degli atti, ma su quello delle norme, il frazionamento delle fonti comunitarie in relazione alla distinzione in tre pilastri, ciascuno caratterizzato dalla possibilità per le istituzioni comunitarie di adottare atti diversi e di diversa natura e intensità;⁶⁰ l'inesistenza del principio di divisione dei poteri;⁶¹ che genera inevitabilmente l'"anomalo assetto delle fonti comunitarie".⁶²

Si potrebbe obiettare che ciò è sostanzialmente inevitabile all'interno di un ordinamento in cui i "ruoli" dei vari organi comunitari sono dagli stessi interpretati in chiave esclusivamente funzionalista, con la conseguenza che la produzione di atti da parte degli stessi non può non dar luogo a valutazioni di tipo sostanziale e non formale.⁶³

Il "*soft*", dunque, prevale sul "*law*" e non incomprensibilmente poiché tale prevalenza che negli ordinamenti nazionali viene considerata un'anomalia costituisce, invece, per l'ordinamento comunitario la conseguenza di una certa fluidità nell'assetto delle relazioni tra istituzioni, generatrice di una conseguente elasticità degli strumenti utilizzati per assolvere i propri compiti.

In realtà la risposta esclusivamente funzionalista, soprattutto in funzione di perenne autolegittimazione di determinati effetti, non solo non costituisce una risposta ai problemi sopra evidenziati, ma casomai li acuisce.

Le conclusioni dell'Avvocato generale TESAURO nella causa c-325/91 (Repubblica francese v. Commissione delle Comunità europee) lo esprimono perfettamente: in assenza di un

⁶⁰ P.CARETTI, *I riflessi del nuovo sistema delle fonti comunitarie sul diritto interno*, Relazione al Seminario di Pisa sulle fonti comunitarie, Pisa, 5 novembre 2004, www.astridonline.it

⁶¹ F.SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, *Quad. cost.*, 1993, 80.

⁶² A.D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, 591; F.DONATI, *Le fonti del diritto dell'Unione*, *Giornata di studio in ricordo di Albero Predieri sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'unione Europea*, Firenze, 18 febbraio 2005, in corso di pubblicazione su *Il Diritto dell'Unione europea*.

⁶³ Così R.JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, Liegi, 1983, 189; P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea* in F.GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1990, 123.

minimo di forme essenziali si può ritenere un atto idoneo a produrre effetti giuridici? La vincolatività dell'atto può essere ricondotta non all'atto in sé, ma al carattere obbligatorio delle norme e dei principi che esso contribuisce a stratificare ovvero dalle conseguenze che possono indirettamente collegarsi alla sua violazione?

L'esigenza di rispondere a tali quesiti, si legge ancora nelle conclusioni, è dettata dalla convinzione "che se è ben vero che la scelta della forma non può mutare la natura dell'atto, è altrettanto vero che l'assenza di taluni requisiti formali, in particolare di quelle forme che consentono di identificare un atto come vincolante, avrebbe comunque come conseguenza che, anche qualora un esame del loro contenuto ne rivelasse la vocazione a produrre effetti giuridici, essi sarebbero in ogni caso inopponibili ai terzi".

Ed ancora e più risolutamente: l'adozione di tali atti, provocando il disorientamento dei destinatari in merito al loro valore, non rischia di minare proprio il valore della certezza del diritto comunitario che dovrebbe costituire il fondamento della loro adozione?

7. Dal Consiglio Europeo di Edimburgo ai lavori della Convenzione: l'intento di ridurre e razionalizzare il complesso degli atti e strumenti delle istituzioni comunitarie.

Il problema della scissione tra forma dell'atto e suoi reali effetti nell'ordinamento comunitario, del resto, è emerso più volte in varie sedi istituzionali.

Nel Consiglio Europeo di Edimburgo dell'11 e 12 dicembre 1992, pur puntando l'attenzione alle tecniche di redazione degli atti comunitari, si inizia a prendere coscienza del vistoso e crescente fenomeno dell'aumento di atti atipici o non previsti adottati dalle istituzioni comunitarie.⁶⁴

Successivamente un Rapporto del Consiglio di Stato francese del 1992, finalizzato a valutare la qualità del diritto europeo,⁶⁵ torna sulla questione della scissione tra forma ed effetti (con riguardo prevalentemente alla distinzione sempre più flebile tra direttive e

⁶⁴ Sul punto v. A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Milano, 2001.

⁶⁵ CONSEIL D'ETAT, *Sur le droit communautaire, Etudes et documents*, Paris, La documentation française, 1992.

regolamenti) denunciando il contestuale aumento di atti atipici, quale proiezione dello stesso fenomeno.

Le Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000 portano alla luce, per la prima volta nella documentazione ufficiale, uno strumento di azione, l'OMC, che per talune sue caratteristiche viene dalla dottrina catalogato come strumento di *soft law* o meglio come strumento di *soft governance*,⁶⁶ conformemente, del resto, alla natura anfibia che si addebita al fenomeno in questione.

Le motivazioni che hanno condotto all'introduzione di tale Metodo vanno probabilmente correlate al fatto che la realizzazione dell'obiettivo individuato a Lisbona (*“diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica al mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale (punto 5)”*) richiede interventi in settori in cui l'Unione dispone di competenze differenziate.

In alcuni di essi, infatti, è esclusa l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 129 CE con riguardo all'occupazione; art. 137 CE in relazione alla politica sociale, istruzione e formazione professionale); in altri casi sono previste azioni di sostegno e integrazione alle politiche dei singoli Stati (art. 163 CE per quanto riguarda la ricerca e lo sviluppo tecnologico); in altri casi ancora è previsto un coordinamento (art. 98 per la politica economica).

L' OMC, dunque, costituisce una strategia di intervento in settori in cui l'Unione non può procedere con l'armonizzazione e che, tuttavia, costituiscono aree di grande importanza per la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

Perciò gli strumenti utilizzati all'interno della strategia complessiva non devono essere vincolanti. Ed anzi la regola è esattamente inversa: utilizzare il più possibile strumenti non vincolanti per raggiungere, tuttavia, lo stesso scopo che sottende l'armonizzazione.

Certo la dichiarazione di tale scopo è effettuata in maniera “*soft*” poiché l'OMC viene definito “*strumento per diffondere la migliore pratica e conseguire una maggiore convergenza verso le finalità dell'UE*” (punto 37).

Le modalità attraverso cui esso si esplicita tuttavia, in qualche misura e per certi passaggi, sono meno *soft* di quanto dichiarato: “*definizione di orientamenti dell'Unione in*

⁶⁶ V. *supra* note 6, 7, 8 e 9.

combinazione con calendari specifici per il conseguimento degli obiettivi da essi fissati a breve, medio e lungo termine (...) trasposizione di detti orientamenti europei nelle politiche nazionali e regionali fissando obiettivi specifici e adottando misure che tengano conto delle diversità nazionali e regionali” (punto 37).

Nell’OMC, in sostanza, come emerge nelle Conclusioni di Lisbona, ma diventa man mano più evidente nei passaggi successivi, l’attenzione è puntata sulla strategia complessiva e sullo scopo da realizzare, ovvero sullo scopo di giungere ad un indirizzo politico comunitario in determinati settori, più che sui singoli atti da adottare. Questi ultimi, infatti, saranno selezionati in relazione alla strategia che si decide di perseguire.

Diversamente non potrebbe essere posto che l’ OMC, proprio in quanto nasce per realizzare obiettivi complessi, investe settori di azioni diversificati in cui il livello di competenza dell’Unione può essere assai differenziato.

Perciò la dottrina più avvertita sottolinea come l’OMC, in realtà, supera la contrapposizione tra *hard* e *soft law*, dando vita ad una strategia di interventi politici che costituisce un procedimento “ibrido”, in cui vengono normalmente utilizzati strumenti non vincolanti, ma in cui possono anche venire utilizzati strumenti di forza diversa.

Il Libro Bianco sulla *Governance* del 5 agosto 2001 mette ulteriormente a punto gli scopi dell’OMC, definendola quale tipologia di azione comunitaria, che in certi casi può comprendere anche i Paesi candidati, che ha l’obiettivo di “*promuovere la cooperazione e lo scambio delle pratiche migliori e di concordare obiettivi e orientamenti comuni agli Stati membri*”. Tale metodo, si precisa nel Libro Bianco, si declina in maniera diversa a seconda dei settori in cui interviene, in relazione alle diverse competenze che in essi sono attribuite all’Unione, dando vita a diversi OMC.

Diverso problema, precisa il Libro Bianco, attiene alla scelta degli atti con cui l’Unione persegue i suoi obiettivi. Per la prima volta in documenti ufficiali si prende atto della necessità di procedere, per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione, anche con atti non vincolanti, nel rispetto, tuttavia, dell’esigenza di “*una stretta coerenza tra i vari strumenti utilizzati e di una grande attenzione alla scelta degli strumenti stessi*” (par. 3.2, punto b).

8. I Lavori della Convenzione: la ricerca di un punto di equilibrio tra la spinta verso la “tipizzazione” degli strumenti e la necessità di non irrigidire l’azione dell’Unione.

Bisogna, tuttavia, giungere alla Convenzione per trovare riflessioni più compiute, anche se non completamente risolutive ed esaurienti, sul tema.

In quella sede, infatti, è emerso un vasto consenso sull’esigenza di semplificare strumenti e procedure motivata dalla maggioranza dei Convenzionali in ragione di un estremo disordine e una grande complessità imperanti in materia. Disordine e complessità alimentate dalla struttura in pilastri “che ha stabilito cataloghi di tipi di atti specifici della politica estera (strategia comune, posizione comune, azione comune etc), nonché della cooperazione in materia penale (decisione, decisione quadro etc)”⁶⁷.

La riduzione del numero di strumenti, si è sottolineato, “sarebbe tuttavia inutile se non fosse accompagnata da una effettiva razionalizzazione degli strumenti, mediante una nuova definizione e codificazione degli stessi a seconda dei loro effetti”.

La stessa logica di razionalizzazione, si è ancora evidenziato, “potrebbe essere applicata agli atti non vincolanti, il cui numero dovrebbe essere limitato. Oltre ai pareri e alle raccomandazioni, altri strumenti (dichiarazioni, risoluzioni etc.) potrebbero, se necessario, essere codificati, chiarendone in tal modo gli effetti”⁶⁸.

La linea che è emersa dal Mandato adottato dal Praesidium e indirizzato al Gruppo di lavoro sulla Semplificazione, in sostanza, è stata quella di agire sulla riduzione e razionalizzazione degli strumenti (vincolanti e non vincolanti) attraverso la chiave di volta della loro formalizzazione nei Trattati correlata alla chiarificazione circa la loro efficacia.

Nel contempo è stata sottolineata anche un’altra esigenza, connessa ma diversa da quella della tipizzazione degli atti, e attinente la eventuale formalizzazione di alcune “tecniche di concertazione interistituzionale” (come quella riguardante la procedura di bilancio) o “dei nuovi meccanismi flessibili di consultazione e di cooperazione” (l’OMC).⁶⁹

⁶⁷ LA CONVENZIONE EUROPEA, *Mandato del Gruppo di lavoro IX “Semplificazione delle procedure legislative e degli strumenti”*, Bruxelles 17 settembre 2002, CONV 271/02.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

- Tali necessità sono state ulteriormente ribadite in una riunione del Gruppo Semplificazione del 22 ottobre 2002 in cui si è proceduto all'audizione di alcuni esperti che, per quanto qui interessa hanno suggerito, tra l'altro di: utilizzare lo strumento della raccomandazione per “organizzare il metodo di coordinamento aperto”;⁷⁰
- ricondurre il numero di strumenti esistenti ai cinque previsti nell'art. 249 CE e introdurre un altro articolo in cui gli altri strumenti previsti (decisioni quadro, azioni comuni, posizioni comuni...) vengano rapportati ad una precisa forma di atto giuridico, possibilmente uno dei cinque previsti nell'art. 249 CE⁷¹;
- inserire una norma secondo cui il Consiglio “legislatore” eviti di adottare atti non obbligatori (risoluzioni, conclusioni, dichiarazioni...) quando gli siano sottoposte proposte legislative.⁷²

All'interno di altri Gruppi è stata poi maggiormente articolata la discussione intorno all'OMC, ai suoi scopi e alla sua eventuale formalizzazione nel Trattato costituzionale.

Così nella Relazione finale del Gruppo XI “EUROPA SOCIALE”⁷³ si è manifestata la convinzione di formalizzare l'OMC nel Trattato quale strumento di integrazione dell'azione legislativa dell'Unione, “ma che non può in alcun caso sostituirsi ad essa”.

Perciò, si è concluso, l'OMC dovrebbe essere introdotto “nel Trattato costituzionale, nel capo riguardante gli strumenti dell'Unione tra le misure non legislative”, con la precisazione che ad esso si possa ricorrere “soltanto in mancanza di competenza legislativa dell'Unione e di competenza della stessa in materia di coordinamento settoriale prevista dal Trattato o quando l'Unione è competente soltanto per definire norme minime, per andare oltre tali norme”.

Posizione in parte diversa è stata espressa dal Gruppo “GOVERNANCE ECONOMICA” nella cui Relazione finale emergono posizioni differenziate: da un lato quella della formalizzazione dell'OMC (con la cura di un maggior coinvolgimento delle parti sociali, di una più diretta

⁷⁰ Audizione del sig. PETITE, Direttore generale del servizio giuridico della Commissione.

⁷¹ Audizione del sig. PIRIS, Direttore generale del servizio giuridico del Consiglio

⁷² Audizione del sig. PIRIS cit.

⁷³ LA CONVENZIONE EUROPEA, *Relazione finale del Gruppo XI “Europa sociale”*, Bruxelles 4 febbraio 2003, CONV 516/03

partecipazione di Parlamento e Commissione) e, dall'altro, quella di mantenere le caratteristiche informali del Metodo evitandone l'inserzione nel Trattato.⁷⁴

Stessa divergenza di opinioni ha caratterizzato la conclusione dei lavori del Gruppo V "COMPETENZE COMPLEMENTARI", nella cui Relazione finale si cita la posizione di "alcuni membri del Gruppo" che hanno chiesto la codificazione dell'OMC in quanto "processo iterativo reciproco di pianificazione, esame, raffronto e adeguamento delle politiche sociali degli Stati membri, basato su obiettivi comuni".⁷⁵

L'impressione complessiva che si trae dai lavori dei diversi Gruppi che hanno ragionato, a diversi livelli e secondo differenti angolature prospettiche sul tema del *soft law* (di volta in volta inteso come discussione sugli atti atipici o non previsti ovvero sull'OMC) è la consapevolezza di raggiungere un punto di equilibrio tra l'esigenza di ricondurre il sistema degli atti al tradizionale schema della "forma", secondo l'archetipo invalso nei sistemi costituzionali continentali, e la necessità di conservare quegli elementi di flessibilità (e indeterminatezza) dell'azione dell'Unione e delle sue istituzioni, quale garanzia il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione stessa e del completamento del processo di integrazione.

La Relazione finale del Gruppo "SEMPLIFICAZIONE"⁷⁶ la esprime esemplarmente. Così, pur procedendo ad una tipizzazione degli strumenti obbligatori (legislativi, delegati ed esecutivi) e proponendo di rendere più chiara la gerarchia delle norme comunitarie adottate in base al Trattato, il Gruppo non nasconde che "considerate le peculiarità del sistema istituzionale dell'Unione, è difficile procedere a una delimitazione chiara e precisa, sul modello dei sistemi nazionali, tra ciò che rientra nell'ambito legislativo e ciò che invece fa parte dell'ambito esecutivo".

Ed ancora, in relazione agli atti "atipici" mentre si conferma la decisione di formalizzare pareri e raccomandazioni quali atti non vincolanti, per altro verso si rileva che in relazione ad "altri" atti "la semplificazione debba essere effettuata con cautela, al fine di preservare la flessibilità necessaria nella loro utilizzazione".

⁷⁴ LA CONVENZIONE EUROPEA, *Relazione finale del Gruppo VI "Governance economica"*, Bruxelles 21 ottobre 2002, CONV 357/02.

⁷⁵ LA CONVENZIONE EUROPEA, *Relazione finale del Gruppo V "Competenze complementari"*, Bruxelles 4 novembre 2002, CONV 375/02.

⁷⁶ LA CONVENZIONE EUROPEA, *Relazione finale del Gruppo IX "Semplificazione"*, Bruxelles 29 novembre 2002, CONV 424/02.

9. Gli elementi di sistemazione delle fonti operata dal Trattato che adotta la Costituzione.

E' indubbio che il Trattato abbia operato una razionalizzazione significativa del complesso di atti comunitari che potrebbe incidere (indirettamente) anche sulla futura produzione futura di *soft law*, nonché sul suo riconoscimento indiretto ad opera della Corte di giustizia.

Gli elementi che qui rilevano in proposito sono i seguenti:

- a) la riconduzione ad unitarietà dei tre pilastri;
- b) l'elencazione delle categorie di competenze dell'Unione operata dagli artt. da I-12 a I-17;
- c) l'elencazione degli atti giuridici dell'Unione di cui all'art. I-38;
- d) la previsione di principi comuni agli atti giuridici dell'Unione;
- e) l'introduzione di una gerarchia tra gli atti stessi.

Il primo elemento va nella direzione di estendere il sistema delle fonti del pilastro comunitario anche agli altri due pilastri (quello relativo alla politica estera e di sicurezza e quello relativo alla giustizia e agli affari interni) ognuno dei due attualmente caratterizzato da un proprio complesso di atti di diversa natura e intensità.

L'elencazione delle competenze dell'Unione, pur con tutti i punti oscuri evidenziati in dottrina, equivale in ogni caso ad introdurre “uno schema fondato sul principio che tutti i poteri attualmente esercitati dall'Unione debbano trovare collocazione nell'una o nell'altra delle competenze individuate”,⁷⁷ poiché in tal modo si opera “una definizione precisa delle differenze che sussistono, quanto agli effetti, “fra leggi e gli atti adottati nell'esercizio dell'una o dell'altra competenza”.⁷⁸

⁷⁷ F.PIZZETTI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà* in F.BASSANINI e G.TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea* cit., 99.

⁷⁸ *Ibidem*.

Nella stessa direzione va il tentativo di costruzione di un “sistema” di fonti che va individuato più che nell’elencazione degli atti giuridici dell’Unione, negli altri due elementi e cioè la previsione di principi comuni agli atti giuridici dell’Unione e la previsione di una gerarchia tra di essi.

La previsione di una gerarchia, infatti, fondandosi sul dato formale del “tipo” di atto è l’elemento che maggiormente potrebbe condurre ad un superamento della prospettiva funzionalista in cui ciò che conta è il raggiungimento dell’obiettivo indipendentemente dalle forme di azione in cui questo si traduce.

Ancora più importanti, sotto certi profili, sono i principi comuni agli atti giuridici dell’Unione.

Se, infatti, come è stato sottolineato, si mette in relazione l’obbligo di motivazione di cui all’art. I-38 par. 2 (*“Gli atti giuridici dell’Unione sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o ai pareri previsti dalla Costituzione”*) con quanto previsto dalla stessa norma al par. I (*“Qualora la Costituzione non preveda il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità di cui all’art. I-11”*) ne emerge che il primo diviene “un elemento chiave per orientare a priori e per controllare a posteriori la scelta da parte delle istituzioni comunitarie del tipo di atto da adottare”.⁷⁹

L’indifferenza dell’atto rispetto al raggiungimento degli obiettivi è così doppiamente condizionata: dall’elencazione delle competenze dell’Unione e dal giudizio sulla congruenza tra esercizio della competenza e forma dell’atto.

In questo contesto anche la stessa c.d. clausola di flessibilità trova i suoi condizionamenti. Per cui se da un lato si prevede la possibilità per le istituzioni di scegliere l’atto da adottare qualora la Costituzione non preveda forme specifiche, per altro verso si richiama a non disgiungere contenuto e forma dell’azione con gli obiettivi dell’Unione (*“In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione non vanno al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Costituzione”*).

⁷⁹ P.CARETTI, *I riflessi del nuovo sistema delle fonti comunitarie sul diritto interno*, Relazione al Seminario di Pisa sulle fonti comunitarie cit.

L'insieme e la combinazione degli elementi sopra ricordati danno ragione a chi ha sottolineato come dal Trattato emerge indubbiamente la volontà di recuperare all'interno dell'Unione i "criteri che reggono negli ordinamenti statali i rapporti tra le fonti".⁸⁰

10. Il problema (ancora parzialmente aperto) del *soft law*.

In tale contesto ci si poteva attendere una chiusura del cerchio rispetto al *soft law* attraverso, secondo quanto proposto all'interno del Gruppo semplificazione, l'elencazione nell'art. I-33 o in altra norma contenuta nella Parte prima di quegli atti (soprattutto comunicazioni, accordi, conclusioni e risoluzioni) che costituiscono la massa critica del fenomeno, e la cui rilevanza nel diritto comunitario è indubbiamente in crescita.

Se il *soft law* è, come pare sempre più evidente almeno in relazione ad alcuni strumenti (tolti pareri e raccomandazioni i cui effetti sono chiariti), *più law* che *soft* la sua considerazione sistematica all'interno del Trattato avrebbe apportato indubbi elementi di chiarezza e, primo fra tutti, avrebbe sciolto la riserva sulla "natura" stessa del fenomeno.

Così non è avvenuto perché l'art. I-33 ha unicamente formalizzato raccomandazioni e pareri quali atti cui non sono riconosciuti effetti non vincolanti.

Nello stesso tempo, tuttavia, vi sono almeno due elementi che consentono di affermare che la tematica del *soft law*, seppure non affrontata sistematicamente trova una chiave di lettura diversa all'interno del Trattato.

Il primo è che norme quali l'art. I-33 par. 2 (*"In presenza di un progetto di atto legislativo, il Parlamento europeo e il Consiglio si astengono dall'adottare atti non previsti dalla procedura legislativa applicabile al settore interessato"*) e I-38 par.1 (*"Qualora la Costituzione non preveda il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità di cui all'art. I-11"*) legittimano, pur stringendoli dentro condizioni, atti "non previsti" dal Trattato e che possono venire di volta in volta adottati dalle istituzioni.

⁸⁰ F.SORRENTINO, *Considerazioni introduttive sulle nuove fonti del diritto europeo*, *Dir. pubbl. com. ed. europeo*, 2003, 1751.

Il secondo elemento è che, oltre ad ipotetici atti non previsti (i cui effetti ovviamente rimangono sganciati da previsioni normative) la Parte III prevede una serie di strumenti non elencati all'art. I-33 cui sono collegati effetti giuridici di vario genere.

Anche nel contesto del Trattato, infatti, non vi è correlazione tra le differenti competenze normative dell'Unione e la tipologia di atti delineata nell'art. I-33, per cui tale norma non può considerarsi un elenco tassativo e chiuso di atti attraverso cui l'Unione e le singole istituzioni assolvono i loro compiti.

Ciò vale, sebbene con gradazioni diverse, sia per la competenza esclusiva e concorrente, sia per i settori in cui è previsto il coordinamento delle politiche che per i settori in cui sono previste azioni di sostegno, di coordinamento o di complemento.⁸¹

La competenza esclusiva, a norma dell'art. I-12, comporta solo che atti legislativi e giuridicamente vincolanti possano essere adottati dall'Unione mentre gli Stati membri possano adottarli autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per attuare atti dell'Unione. Nei settori in cui essa è prevista, peraltro, gli strumenti di azione dell'Unione previsti nella correlativa Parte III non sono necessariamente atti legislativi o giuridicamente vincolanti, essendo altresì previsti atti non vincolanti (così per la politica monetaria gli artt. III-185 e III-187 prevedono pareri e raccomandazioni della BCE).

Alla stessa maniera all'attribuzione di competenze concorrenti all'Unione corrisponde il fatto che in quei settori solo Unione e Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Il che non equivale a dire che nei medesimi settori le competenze possano venire esercitate anche con strumenti non vincolanti. Ed infatti nella Parte III le modalità di azione dell'Unione in quei settori comprendono anche strumenti non vincolanti: così per la politica sociale (art. III-213); per i trasporti (art. III-242).

I settori in cui tale carenza di collegamento è ancora più evidente sono quelli in cui sono previste azioni di sostegno, coordinamento e complemento poiché in tali settori, che sono di competenza degli Stati membri, l'Unione può ugualmente intervenire anche con atti legislativi e atti vincolanti, che tuttavia, precisa l'art I-12, c. 5 *“non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”*.

⁸¹ Sul punto si è soffermata analiticamente L.AZZENA, *Il sistema di competenze dell'Unione europea*, www.astridonline.it

11. Conclusioni

L'uno e l'altro elemento sopra evidenziati (la previsione di atti "non previsti" contenuta negli artt. I-33 e I-38 e la mancanza di correlazione tra tipologia di atti di cui all'art. I-33 e modalità di esercizio delle competenze normative dell'Unione) inducono a ritenere che vi sia un *soft law* previsto dal Trattato e uno lasciato sostanzialmente libero alle istituzioni, pur con le limitazioni previste indicate negli artt. I-33 par. 2 e I-38 par. 1.

Per individuare il *soft law* che trova spazio nel Trattato occorre completare l'elenco di atti previsti nell'art. I-33 con quelli previsti nella Parte III che definiscono più dettagliatamente le modalità di azione dell'Unione e delle istituzioni comunitarie in un determinato settore.

La necessità di una lettura congiunta della norma di riconoscimento degli atti giuridici dell'Unione con le parti dei Trattati che specificano le modalità di azione nei diversi settori, del resto, è stata esplicitamente formalizzata nell'art. I-12 c. 6 del Trattato costituzionale secondo cui *"La portata e le modalità di esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni della parte III relative a ciascun settore"*.

Tra gli strumenti previsti nella Parte III e non previsti nell'art. I-33 vi sono, in primo luogo, numerose ipotesi di "accordi".

Così quello previsto dall'art. III-174 nei seguenti termini: *"Qualora la Commissione constati che una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato e provoca, per tal motivo, una distorsione che deve essere eliminata, essa provvede a consultarsi con gli Stati membri interessati. Se attraverso tale consultazione non si raggiunge un accordo (...) il Consiglio stabilisce, su proposta della Commissione, le direttive all'uopo necessarie"*.⁸² Qui l'accordo, sostituendo l'eventuale adozione di una direttiva, assume contenuto e forma di atto del diritto comunitario.

Analogamente altri "accordi", quali atti "altri" rispetto a quelli previsti dall'art. I-33 sono definiti dagli artt. III-326 par. 3 ; 170 e 174 C.E.

Il primo tipo di "accordo" può essere raggiunto dal Consiglio (in deroga al procedimento di cui all'art. 300) sul sistema di tassi nei confronti delle valute non comunitarie.⁸³

⁸² La stessa norma è contenuta nell'art. 96 CE.

⁸³ Norma già contenuta nell'art. 111 CE..

Il secondo tipo di “accordi” (che devono essere adottati con la procedura di cui all’art. 300) sono, invece, previsti in materia di ricerca (III-255) e ambientale (art. III-233)⁸⁴ allo scopo di fissare le regole della cooperazione tra Stati membri, Comunità e organizzazione internazionali

Diverso tipo di accordi sono gli “accordi comunitari” previsti nell’art. III-212 nei seguenti termini: *“Il dialogo tra le parti sociali a livello comunitario può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi. Gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri oppure, nell’ambito dei settori contemplati dall’art. III-210, a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base a regolamenti o decisioni europei adottati dal consiglio su proposta della Commissione. Il Parlamento europeo è informato”*.⁸⁵

Anche qui si tratta di veri e propri atti che, peraltro, solo a richiesta possono venire trasfusi in atti previsti nell’art. I-33, altrimenti vivono di forma “altra”.

Ancora di diversa tipologia sono gli “accordi interistituzionali” compiutamente formalizzati nel Trattato costituzionale all’art. III-397 secondo cui *“Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione procedono a reciproche consultazioni e definiscono di comune accordo le modalità della cooperazione. A tale scopo, nel rispetto della Costituzione, possono concludere accordi interistituzionali che possono assumere carattere vincolante”*.⁸⁶

Nella stessa prospettiva di atti non contemplati dall’art. I-33 vanno annoverate le “conclusioni” del Consiglio europeo di cui all’art. III-206 che costituiscono l’atto base contenente gli orientamenti di cui devono tenere conto gli Stati membri nelle rispettive politiche in materia di occupazione.

E’ vero che tali “conclusioni” sono considerate un atto che presuppone l’adozione di un atto del Consiglio (*“Sulla base delle conclusioni del Consiglio europeo, il Consiglio ...elabora”*)⁸⁷ ma è altrettanto vero che, nella *ratio* della norma, esso pare costituire parametro di legittimità per l’adozione del secondo, sempre che questo venga adottato. Ed anzi in caso di mancata adozione del rispettivo atto da parte del Consiglio saranno le conclusioni del Consiglio europeo a costituire la fonte degli orientamenti rivolti agli Stati membri.

⁸⁴ Gli stessi “accordi” sono previsti nell’art. 174 CE in materia ambientale e 170 CE in materia di ricerca del Trattato costituzionale.

⁸⁵ La stessa norma con qualche differenza procedurale è prevista nell’art. 139 CE.

⁸⁶ Tali accordi comparivano già nell’art. 161 CE relativamente alle misure di attuazione dei Fondi strutturali.

⁸⁷ La norma è contenuta nell’art. 128 CE.

Dal quadro appena delineato possono trarsi alcune considerazioni.

La prima è che il valore della norma di riconoscimento degli atti giuridici dell'Unione non dovrebbe essere individuato nell'elencazione tassativa di tali atti, quanto nella "formalizzazione" che degli stessi viene effettuata, quale "regola generale" di azione dell'Unione e delle istituzioni comunitarie.

La seconda è che la formalizzazione in atti non si accompagna sempre e in maniera chiara con la dichiarazione del grado di obbligatorietà. È il caso degli accordi interistituzionali che, secondo l'art. III-397, "*possono*" avere valore vincolante e la cui "durezza" sarà presumibilmente rinviata al contenuto degli accordi stessi, quando non decisa dalla Corte. Lo stesso art. III-33, del resto, gradua la vincolatività delle fonti: dal massimo di obbligatorietà (il regolamento) sino alla sua negazione per alcuni tipi di atti (pareri e raccomandazioni). In questa prospettiva è indubbio che vi sono atti di varia "durezza", per cui il criterio della vincolatività in qualche misura non perde completamente il suo significato a condizione, tuttavia, di non ergerlo a unico criterio di riconoscimento del *soft law*.

La terza è che diventa in tal modo possibile distinguere casi in cui la terminologia contenuta nei Trattati equivale alla previsione di obiettivi (posizioni comuni, indirizzi di massima, orientamenti...) da quelli in cui tali obiettivi sono formalizzati in atti diversi da quelli elencati nell'art. I-33. Allo stesso modo diventa possibile fornire qualche elemento di maggiore distinzione rispetto all'OMC. Quest'ultimo, infatti, sia nella dottrina, sia nelle definizioni che ne sono state date in documenti istituzionali (primo tra tutti le Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona), sia ancora nelle discussioni interne ai Gruppi di lavoro della Convenzione, pare costituire al momento una zona grigia che occupa lo spazio che sta tra la formazione dell'indirizzo politico in determinati settori e la sua traduzione in strumenti o atti specifici.

La quarta è che mancano, nell'elencazione di atti appena passati in rassegna, le comunicazioni della Commissione che, in alcuni settori (v. gli aiuti di Stato) costituiscono indubbiamente la fonte cui la Commissione ricorre più spesso e nei cui confronti frequentemente si appuntano i ricorsi per annullamento dinanzi alla Corte di giustizia.

Anche solo per tale motivo è evidente che la sistemazione che nel Trattato è effettuata del complesso di atti e strumenti che normalmente sono ricondotti al *soft law* è parziale e incompiuta.

Con ciò, tuttavia, risulta evidente che il punto di equilibrio è costituito dal riconoscimento effettuato nello stesso Trattato di un *soft law* lasciato libero alle istituzioni comunitarie, pur nei limiti previsti dagli artt. I-33 e I-38.

Lette all'interno del contesto delineato nel paragrafo precedente tali norme potrebbero indicare una direzione ben precisa e cioè che la prassi degli strumenti "non previsti" dovrebbe costituire l'eccezione rispetto alla regola secondo cui la modalità di azione dell'Unione dovrebbe essere caratterizzata da atti e strumenti la cui forma, procedimento di adozione e forza, sono previsti nel Trattato.

Non c'è dubbio, tuttavia, che tali norme costituiscono più al fondo la spia di una tensione difficilmente superabile tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali per cui per quanto il primo stia tentando di recepire i criteri che reggono i rapporti tra fonti negli ordinamenti nazionali, il processo di integrazione richiede una "zona franca" dall'applicazione dei criteri formali. Per cui rimane vera la definizione di sistema "anomalo" del complesso di atti comunitari.⁸⁸ Naturalmente anomalo dal punto di vista del giurista continentale che fatica a comprendere il motivo per cui la "categorizzazione degli atti normativi comunitari è effettuata prescindendo completamente dalla componente formale".⁸⁹

⁸⁸ A.D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie, Il diritto dell'Unione europea* cit., 592.

⁸⁹ *Ibidem*, 594.