

Working Paper Series

---

**TEMPI (POST-)MODERNI: NUOVI IMPULSI  
NORMATIVI EUROPEI ALLA PROVA DELLE  
SOVRAPPOSIZIONI**

SOG-WP32/2016

ISSN: 2282-4189

---

Giulio Stolfi

---

This text may be reproduced only for personal research purposes. Additional reproduction for other purposes, whether in hard copies or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s).

If cited or quoted, references should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper, or the other series, the year and the publisher.

---

© 2016 Giulio Stolfi

Printed in Italy, January 2016

LUISS School of Government

Via di Villa Emiliani, 14

00197 Rome ITALY

email: [sog@luiss.it](mailto:sog@luiss.it)

web: [www.sog.luiss.it](http://www.sog.luiss.it)



# ABSTRACT

---

*The paper aims at giving a contribution to the theory of “overlapping” in the European juridical system. After a short theoretical introduction to the notion of overlapping and a brief summary on its impacts on the institutional and regulatory framework, some of the most recent and significant developments in the EU legislative action are briefly considered; their major issues concerning the increasing level in complexity of the European legal system are exemplified. The questions arising from the observation of these new regulatory impulses are thence contextualized from a legal-historical point of view, allowing to argue – albeit, at this stage, only tentatively – for a new approach to the questions raised by the seemingly unending intricacy of EU law.*

*Keywords: overlapping; complexity of the legal system; crisis and fading of the modern State; crisis of traditional juridical categories.*

# AUTHOR INFORMATION

---

**Giulio Stolfi** is a lawyer and works as analyst at the Bank of Italy (Regulation I Division, Banking and Financial Supervision Department). He holds a Ph.D. in Legal History and Theory at the University of Florence. His fields of research interest fall within constitutional and administrative history: in particular, he focuses on issues connected to the evolution of modern State and its governmental structures.

Contact Information:  
[gstolfi@luiss.it](mailto:gstolfi@luiss.it)

# TABLE OF CONTENTS

---

1. I RECENTI TORNANTI DEL DIRITTO EUROPEO E GLI SCOGLI DELLE SOVRAPPOSIZIONI: CENNI.....	1
1.1 Due piani di riflessione: diritto positivo e categorie.....	1
1.2 Sovrapposizioni: i principali fronti del fenomeno .....	3
2. LA NUOVA GOVERNANCE BANCARIA E FINANZIARIA EUROPEA TRA PROSPETTIVA DELLE FONTI E PROSPETTIVA ISTITUZIONALE: UN RETICOLO DI INTERROGATIVI.....	5
2.1 La (ri)composizione del quadro.....	5
2.2 ...e la rifrazione dei problemi .....	9
2.3 Il “massimo caotico” fra i cerchi di regolamentazione intersecantisi.....	18
3. PER UNA RICERCA DI NUOVE CATEGORIE GIURIDICHE: SPUNTI.....	19
BIBLIOGRAPHIC REFERENCES.....	24

# 1. I RECENTI TORNANTI DEL DIRITTO EUROPEO E GLI SCOGLI DELLE SOVRAPPOSIZIONI: CENNI<sup>1</sup>

Di fronte alla crisi finanziaria, la risposta dell'Unione a partire dal 2011 si è caratterizzata per un approccio, a prima vista, normativistico.

Il rischio che le tensioni si mutassero in irresistibili spinte centripete è stato affrontato intensificando la produzione di regolamentazione scritta. Si è mirato a realizzare contemporaneamente due obiettivi: armonizzare le discipline degli Stati membri e accentrare a livello sovranazionale essenziali funzioni di regolazione dell'economia e della finanza, dotando le istituzioni sorte nel quadro comunitario di nuove, incisive competenze.

L'accelerazione imposta al cammino dell'unificazione negli ampi settori dell'ordinamento dove si intrecciano i percorsi della finanza e del diritto pubblico ha preso le forme di un intervento inedito per modalità e intensità: gli schemi di produzione di regole europee sono sensibilmente mutati, anche rispetto a un recente passato, e si è assistito a una proliferazione, non ancora conclusa, di piani normativi e di enti "tecnici".

I nuovi strumenti normativi, mediante i quali l'architettura giuridica dell'Unione nel campo economico-finanziario viene sottoposta a una vasta ridefinizione, sollecitano riflessioni su (almeno) *due* piani diversi.

## 1.1 Due piani di riflessione: diritto positivo e categorie

Il *primo piano* è, chiaramente, quello del diritto positivo; l'introduzione nell'ordinamento di ulteriori strati di complessità, infatti, già a una prima osservazione solleva numerose questioni interpretative, destinate a mutarsi a breve in problematiche applicative. La dottrina positiva e gli operatori del diritto saranno, verosimilmente, impegnati nel presidiare tali fronti, che in questa sede conviene lambire, anche se solo per accenni, in funzione di una migliore contestualizzazione del discorso.

---

<sup>1</sup> Le opinioni espresse nel presente lavoro rappresentano esclusivamente il personale punto di vista di chi scrive; esse non riflettono in alcun modo la posizione dell'Istituto di appartenenza sulle questioni trattate. Questo scritto, nello spirito del "working paper", non ambisce alla completezza e all'eshaustività propria dei saggi scientifici in senso stretto, ma vuol essere soprattutto una bozza di lavoro su tematiche ampie, aperte, complesse. Per questo, i supporti bibliografici sono da intendersi come un primo, incompiuto elenco di suggerimenti e integrazioni di lettura, non come il tentativo di restituire un quadro esaustivo della letteratura (questo, d'altronde, vista l'ampiezza dei temi toccati, sarebbe un compito molto difficile).

Il *secondo piano* è quello delle categorie. Sotto questo aspetto, bisogna considerare la situazione del quadro ordinamentale europeo<sup>2</sup>. L'osservazione, anche ad un primo sguardo, restituisce vividamente l'immagine di una "crisi permanente delle fonti". Sembra quasi che lo "scompiglio" delle categorie giuridiche tradizionali, messo in moto dalla costruzione giuridica europea, non riesca a trovare una "pausa" di riflessione e riconcettualizzazione, ma sia costretto a procedere in modo sempre più turbinoso (come nella danza interminabile della divinità che H. P. Lovecraft colloca, nella propria mitologia letteraria, al centro dell'universo)<sup>3</sup>.

Anche i più risalenti elementi costitutivi del quadro normativo europeo, e in special modo il cosiddetto "metodo comunitario", introducevano forti elementi di eccentricità e innovatività rispetto al tradizionale modello dello Stato – ossia, quell'imponente costruzione teorica che, perfezionata dalla dottrina pubblicistica europea nel corso dell'Ottocento, era approdata alle soglie della metà del secolo scorso mutata, ma non stravolta dagli sviluppi del costituzionalismo novecentesco (pre- e postbellico).

Il "punto di non ritorno" per il sistema delle fonti, però, si è materializzato – come è stato di recente sottolineato – con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, che, con il potenziamento quantitativo e qualitativo degli strumenti di intervento a disposizione delle istituzioni europee, ha prefigurato un sistema di produzione di regole normative fluido – S. Cassese<sup>4</sup> –, circolare – R. Ferrari Zumbini<sup>5</sup> – e policentrico.

L'azione del legislatore ha cominciato, da questo momento in avanti, a prendere come proprio punto focale il problema concreto, e non più, come in passato, la categoria, la fattispecie astratta, l'istituto da normare: i diversi piani abilitati all'intervento normativo e regolamentare entro il complesso schema del "*multilevel constitutionalism*" hanno preso, quindi, ad intervenire – quasi si direbbe ad affollarsi – intorno a questioni che, nella loro materialità, rimangono però unitarie. Detto in altri termini, non c'è più corrispondenza (tendenziale, ideologica) fra materia normata e ambito materiale "reale": per ogni ambito materiale si rinvengono diversi, e talora incompatibili, interventi normativi.

---

<sup>2</sup> L'espressione è qui utilizzata in senso ampio a soli fini espositivi, senza voler prendere posizione sulla nota questione della distinzione o meno tra l'ordinamento dell'Unione e quello degli Stati membri, pur inciso e conformato dall'appartenenza al quadro sovranazionale

<sup>3</sup> Cfr., sulla "frantumazione delle categorie giuridiche tradizionali", R. Ferrari Zumbini, "L'Europa del diritto al crocevia: un reticolo di quesiti", in Justice Luiss, [www.justice.luiss.it/category/europa](http://www.justice.luiss.it/category/europa), marzo 2014, spec. pp. 4-6.

<sup>4</sup> Di un "diritto allo stato fluido", proprio discorrendo della nuova architettura finanziaria europea, l'A. discorre in "La nuova architettura finanziaria europea", in "Dal Testo Unico Bancario all'Unione Bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri", atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 75, marzo 2014, p. 17.

<sup>5</sup> Sui principi di sussidiarietà e, in particolare, di circolarità della produzione normativa, cfr. "L'Europa...", 2014, cit., p. 5.

Per questa via, l'azione del potere in senso lato "legislativo" pare quasi avvicinarsi al paradigma (anch'esso profondamente inciso dal nuovo assetto dei pubblici poteri) dell'azione amministrativa, tantoché, con la consapevolezza che si tratta di un accostamento ardito, si potrebbe persino provare a collocare, accanto all'utile strumento interpretativo dell' "operazione amministrativa", di recente "riscoperto" e riproposto (in forma aggiornata) dalla dottrina – D. D'Orsogna<sup>6</sup> –, una sorta di "operazione normativa".

Per l'effetto di questa azione plurivoca, all'osservatore del fenomeno giuridico non sfugge il moltiplicarsi di sovrapposizioni, che possono definirsi – con Ferrari Zumbini – come "la condizione nella quale un'area in senso lato competenziale è condivisa fra più soggetti riconducibili ad ordinamenti diversi"<sup>7</sup>, producendo, come conseguenza, la compresenza non ordinata di elementi non conciliabili.

Si vede come il tema sia (almeno in parte) diverso e più ampio rispetto a quello - già da tempo noto e dibattuto - che ha portato allo sviluppo di una notevole elaborazione dottrinale e giurisprudenziale intorno al c.d. "principio di coerenza". Il solo problema sollevato dalla presenza all'interno del sistema di regole fra loro confliggenti si presta ad essere risolto ricorrendo, se non proprio esclusivamente alle categorie tradizionali dell'interpretazione giuridica, comunque alla luce dell'*acquis* costituzionalistico contemporaneo, ad es. attraverso l'elaborazione sui principi<sup>8</sup>.

La sovrapposizione è un fenomeno che non si presta ad essere risolto solo in chiave ermeneutica ed applicativa: non si tratta solo di un contrasto fra prodotti normativi, da mettere a fattor comune stabilendo quale regola debba essere applicata; si tratta di un "modo d'essere" di un ordinamento che sottende sia un problema istituzionale, sia un problema di meccanismi di produzione delle regole giuridiche.

## 1.2 Sovrapposizioni: i principali fronti del fenomeno

Il tema della sovrapposizione, come appena detto, si rifrange su tutti e tre i livelli principali della creazione e dell'applicazione del diritto<sup>9</sup>:

---

<sup>6</sup> Sull'argomento, esaustivamente, "Contributo allo studio dell'operazione amministrativa", ESI, Napoli, 2005 (al quale si rimanda anche per l'ampia ricostruzione storico-bibliografica).

<sup>7</sup> Così in "Overcoming overlappings", in LUISS School of Government Working Paper Series, n. 16/2014, p. 3.

<sup>8</sup> In questa prospettiva, cfr. – fra i molti - A. von Bogdandy, "Founding principles of EU Law: a theoretical and doctrinal sketch", in *European Law Journal*, 03/2010, vol. 16, n. 2, pp. 95-111. Sulla disapplicazione come peculiar strumento per la costruzione della coerenza dell'ordinamento "integrato" europeo, A. Vannucci, "Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata", in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 7 settembre 2011.

<sup>9</sup> Ancora sulla categoria della "sovrapposizione" nella logica della produzione giuridica di matrice europea, R. Ferrari Zumbini, "Overcoming...", cit., 2014, pp. 3-5.

i) in primo luogo, *sul sistema delle fonti*: in quest'ambito, da tempo si assiste ad una difficile convivenza tra piano normativo interno e piano normativo sovranazionale, e si osservano aree di tensione, create, ad esempio, (a) dalla *vis expansiva* della disciplina comunitaria nei campi normati da fonti UE, che ha reso recessiva la possibile portata dell'intervento normativo statale, e (b) dalla torsione imposta dal diritto di fonte UE nei confronti del ruolo e della posizione delle norme costituzionali interne (spec., in tema di diritti fondamentali);

ii) in secondo luogo, *sul livello istituzionale-amministrativo*, caratterizzato dal moltiplicarsi di strutture sovranazionali, accanto a quelle nazionali, dalle competenze innestate sul medesimo ceppo di beni e interessi pubblici;

iii) infine, *sul livello giurisdizionale*, con il ben noto tema, a tacer d'altro, del "dialogo" – sempre più difficile – fra le corti superiori.

Nel presente discorso, si rimarrà esclusivamente all'altezza delle problematiche legislative e istituzionali: in questi ambiti, il nuovo corso dell'azione dei legislatori<sup>10</sup> dell'Unione Europea approfondisce i problemi legati alle sovrapposizioni "già note" ed apre, inoltre, un ulteriore fronte di riflessione, introducendo per la prima volta una serie di sovrapposizioni non solo fra norme europee e nazionali, ma anche sullo stesso piano della normativa europea.

La creazione di uno strato aggiuntivo di conflitto fra regole giuridiche immetterà in un sistema già fluido e non sempre facilmente leggibile una serie di virtualità applicative dagli esiti più che aperti.

Gli esempi principali sono, in modo abbastanza prevedibile, data la centralità della materia nel recente dibattito politico-economico, quelli che riguardano la legislazione bancaria e finanziaria, e su questi ci si soffermerà brevemente, nel tentativo di fornire una primissima mappatura dei problemi che si profilano.

---

<sup>10</sup> Il termine "legislatori dell'Unione europea" è qui impiegato con l'intento di cogliere la sostanza dell'attività materiale: va però chiarito che questi soggetti produttori di regole di diritto positivo non sono "legislatori" nel senso che la parola ha acquisito lungo il percorso di formazione dello Stato moderno. Il "legislatore" della statualità come consolidata nelle "mitologie giuridiche moderne" (per riprendere la felice e nota espressione di Paolo Grossi) è infatti un soggetto (tendenzialmente) unitario, che dall'affermazione del costituzionalismo si identifica con il parlamento (sede della rappresentanza nazionale). La libertà d'azione di un simile soggetto è sì limitata verso l'alto (e talora verso il basso), ma la sua latitudine d'intervento non è compromessa. Il legislatore europeo è invece un soggetto corale, complesso, che interviene con prospettive limitate (sempre "parziali", anziché "totali") sulla materia da normare.



## 2. LA NUOVA GOVERNANCE BANCARIA E FINANZIARIA EUROPEA TRA PROSPETTIVA DELLE FONTI E PROSPETTIVA ISTITUZIONALE: UN RETICOLO DI INTERROGATIVI

### 2.1 La (ri)composizione del quadro...

Negli anni della crisi (2011- ad oggi), l'armonizzazione della legislazione bancaria all'interno dell'Unione è proseguita attraverso direttive, che a un primissimo (e superficiale) sguardo potrebbero dirsi in prosecuzione di strategie d'intervento consolidate (si ricorda, in particolare, la recente direttiva 2013/36/UE – *Capital Requirements Directive IV* – in sigla CRD IV). Anche la disciplina delle crisi che coinvolgono banche e SIM è stata recentemente fatta oggetto di una incisiva direttiva<sup>11</sup>, la cui prima origine è addirittura precedente alla crisi del debito sovrano che ha investito l'Eurozona nel 2011, ma che si è successivamente innestata nel movimento di reazione a quella contingenza storica e sarà a breve recepita anche nel nostro ordinamento (direttiva 59/2014/UE – *Banking Recovery and Resolution Directive* – in sigla BRRD)<sup>12</sup>.

La tensione all'armonizzazione fra le singole discipline nazionali non ha, tuttavia, rappresentato che il preludio a un movimento molto più profondo.

Con una vistosa accelerazione rispetto al passo fino ad allora seguito nell'integrazione degli ordinamenti nazionali nelle materie del credito e della finanza, si è posto mano ad una più intensa verticalizzazione della *governance*. In un *motus velocior* di atti normativi ha così visto la luce la c.d. "unione bancaria". Essa è stata imperniata, in primo luogo, sull'SSM (*Single Supervisory Mechanism*, col quale – semplificando all'estremo - si affida un ruolo centrale alla Banca Centrale Europea, quale autorità di vigilanza accentrata-sovrordinata per i Paesi dell'area dell'Euro); la vigilanza "unica" è stata poi accompagnata, ancor più di recente, da un meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie (e non solo): l'SRM (*Single Resolution Mechanism*), nel quale è stato istituito un nuovo organismo sovranazionale, il *Single Resolution Board* (in sigla: SRB; in italiano: Comitato unico di risoluzione). Il ciclo regolamentare si è, a questo punto, momentaneamente arrestato, in quella che sembra però essere solo una breve pausa nel funzionamento di una vera e propria "*assembly line*" di prodotti normativi (si profilano, infatti,

---

<sup>11</sup> La prima origine di questa nuova disciplina sulle crisi è addirittura precedente alla crisi del debito sovrano che ha investito l'Europa nel 2011, e per la precisione dà seguito ad alcune posizioni prese dal G20 già dal 2008-2009; l'iter di formazione della direttiva, tuttavia, si è successivamente innestato nel movimento di reazione alle turbolenze poi sperimentate dall'Eurozona.

<sup>12</sup> Il Governo è stato delegato a riscrivere la normativa nazionale sulle crisi bancarie alla luce della BRRD con l. 9 luglio 2015, n. 114 (legge di delegazione europea 2014); il termine per il recepimento, frattanto, era però scaduto da diversi mesi: il 28 gennaio 2015 la Commissione europea ha avviato nei confronti del nostro Paese la procedura di infrazione per la mancata attuazione della BRRD (procedura n. 2015/0066). Il 26 novembre 2015, in attuazione della delega, sono stati emanati i d.lgs. nn. 180 e 181/2015.

nuove fasi del processo: ha già preso avvio da qualche tempo la produzione di un'imponente mole di norme secondarie).

L'SSM è entrato in funzione (con l'inizio del "takeover" delle funzioni che restano trasferite alla BCE) a partire dal 4 novembre scorso; l'SRM, invece, prenderà pieno avvio il 1 gennaio 2016, ma le attività del *Board* sono già cominciate e sono destinate ad intensificarsi nel corso del 2015. E' previsto, infatti, che in questo lasso di tempo esse non si limitino allo svolgimento dei compiti necessari per la costituzione e il funzionamento del Comitato unico di risoluzione, ma si estendano anche alla preparazione dei "piani di risoluzione" richiesti alle banche e ai gruppi (e nei quali verranno identificate strategie e misure per far fronte a eventuali crisi degli intermediari).

Il funzionamento della macchina così sommariamente tratteggiata è particolarmente sofisticato, complesso e ad oggi non privo di punti oscuri. Lasciando l'approfondimento descrittivo alle sedi più appropriate, sia qui sufficiente questa sommaria ricapitolazione, che serva solo a introdurre e contestualizzare il tema del discorso<sup>13</sup>.

Passando, invece, ad una considerazione delle caratteristiche più significative del nuovo meccanismo da un punto di vista sistematico, si nota subito come l'architettura voluta dal legislatore europeo si traduce in un interessante intreccio di piani istituzionali e normativi.

Cominciando dalla disamina del problema sotto l'angolo di prospettiva dei piani di regolamentazione, si nota come il rinnovato sistema presenta una interrelazione, sullo stesso ambito materiale inteso in senso ampio, di fonti eterogenee. Le direttive, infatti, non operano più – né in primo luogo – sul solo piano dell'omogeneizzazione dei singoli ordinamenti degli Stati membri, ma entrano a pieno titolo nel sistema normativo "unificato" della *Banking Union* (pur non facendone formalmente parte), attraverso l'instaurazione di un rapporto sinergico di ciascuna di esse con uno o più regolamenti.

Nello specifico, per il versante della vigilanza la già citata direttiva CRDIV si deve leggere insieme a tre regolamenti (c.d. CRR, che interviene sul piano "sostanziale", a integrazione della direttiva; cc.dd. "SSM Regulation" e "SSM Framework Regulation", sul piano istituzionale-procedimentale, che danno vita a un lato dell'unione bancaria vera e propria); per il versante della

---

<sup>13</sup> Per un primo – ma ampio - inquadramento sulla *Banking Union*, si v. nella sua interezza "Dal Testo Unico Bancario all'Unione Bancaria...", 2014, cit., e specc. i contributi di P.G. Teixeira ("The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional foundations"), L. Donato ("Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Dalla Legge Bancaria al *Single Supervisory Mechanism*"), L. Stanghellini ("La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea"). Un'altra importante iniziativa di studio, presieduta da L. Torchia, si è tenuta il 26 novembre 2014 presso l'Università degli Studi Roma Tre ("L'unione bancaria. Competenze, procedure, tutele"). Lo spessore e la numerosità degli spunti di riflessione emersi dai contributi lì presentati inducono a formulare l'auspicio che gli atti del convegno possano essere raccolti e pubblicati.

risoluzione, invece, vi è la direttiva BRRD (anch'essa nominata in precedenza) e il regolamento SRM<sup>14</sup>.

In prima battuta, si potrebbe ricondurre la coesistenza di fonti differenziate ad una ragione tutto sommato “tradizionale”: la necessità di regolare una integrazione “a più velocità”, dove accanto ad una armonizzazione, imprescindibile per tutti, si pone in essere anche una forma di cooperazione rafforzata. I regolamenti, infatti, vincolano solo gli Stati dell'Eurozona, mentre le direttive sono indirizzate a tutti i Paesi membri dell'Unione. I Paesi che non adottano l'Euro dovranno, quindi, comunque recepire le nuove regole comuni poste dalle direttive; i Paesi la cui moneta è l'Euro, invece, restano direttamente vincolati da un ulteriore livello di regole, che realizzano un'integrazione più incisiva e che, in ogni caso, sono direttamente applicabili e rivolte a tutti i soggetti dell'ordinamento.

Ma, seppure questa chiave di lettura contenga indubbi connotati di validità, essa non è esaustiva: la coesistenza del regolamento e della direttiva non si giustifica, nel nuovo sistema di vigilanza/risoluzione europeo, solo in virtù dell'esistenza di aree di destinatari differenziate e di *set* di regole applicabili più o meno stringenti a seconda dell'integrazione che realizzano.

Un sostanziale elemento di novità è, infatti, rinvenibile anche nell'atteggiarsi che le norme avranno per i Paesi interessati dall'integrazione più incisiva, destinatari dunque – sia pur con modalità differenti – tanto delle direttive, quanto dei regolamenti.

Quest'elemento innovativo è dato dal fatto che i poteri e le regole attraverso i quali sarà definita e limitata l'operatività delle nuove o “rinnovate” istituzioni comuni (BCE, SRB) non sono integralmente contenuti nel (o nei) regolamenti che di tali istituzioni trattano, come invece sembrerebbe naturale: si prevede, al contrario, che per le norme “sostanziali” vi sia un rimando alle direttive, così creando un effetto di difficile interazione fra atti dalla natura e dall'effetto profondamente differenziato.

I due differenti strumenti normativi vengono utilizzati, come si vede, imprimendo quella che potrebbe essere definita una significativa torsione alla loro originaria fisionomia: la direttiva non è qui più solo il mezzo per imporre un'armonizzazione degli ordinamenti nazionali, ma anche la “base”, il “sostrato” sul quale si innesta il regolamento.

Gli esempi di questo mutamento fisionomico della fonte-direttiva si fanno di portata particolarmente evidente e vasta nel regolamento istitutivo del *Single Resolution Mechanism*. Sia

---

<sup>14</sup> Per esteso: *Capital Requirements Regulation*, n. 575/2013; *Single Supervisory Mechanism Regulation*, n. 1024/2013; *Single Supervisory Mechanism Framework Regulation*, n. 468/2013; *Single Resolution Mechanism Regulation*, n. 806/2014. Da ricordare anche la nuova direttiva sui fondi di garanzia dei depositanti, DGS (*Deposit Guarantee Schemes*), 2014/49/UE, che è destinata a trovare applicazione all'interno del sistema disegnato dalla BRRD (e, in seguito, dal meccanismo di risoluzione unica).

sufficiente il richiamo al disposto dell'articolo 5(1): “Qualora, ai sensi del presente Regolamento, il Comitato svolga compiti ed eserciti poteri che, a norma della Direttiva 2014/59/UE, devono essere svolti o esercitati dalle autorità nazionali di risoluzione, il Comitato è considerato, ai fini dell'applicazione del presente regolamento e della Direttiva 2014/59/UE, l'autorità nazionale di risoluzione pertinente o, in caso di risoluzione di un gruppo transfrontaliero, la pertinente autorità di risoluzione a livello di gruppo”.

A questa disposizione, peraltro, fa *pendant* l'art. 7(3), cpv. 3, che riguarda le autorità nazionali di risoluzione in quanto facenti parte del meccanismo unico di risoluzione: “Nell'eseguire i compiti di cui al presente paragrafo, le autorità nazionali di risoluzione applicano le disposizioni pertinenti del presente regolamento [...] a tal fine le autorità nazionali di risoluzione esercitano i poteri loro conferiti dalla normativa nazionale di recepimento della Direttiva 2014/59/UE alle condizioni stabilite dalla normativa nazionale”.

Il metodo “combinatorio” (interdipendenza fra regolamento e direttiva) fin qui descritto con particolare riguardo all'ordinamento del credito va espandendosi anche negli ambiti liminari; in particolare, la legislazione sui mercati finanziari si va sempre più “unificando” secondo linee tendenziali per certi versi simili a quelle del settore bancario: dalla direttiva MiFID (2004) si è ora approdati alla MiFID 2, che non è solo una grande revisione “contenutistica” della disciplina, ma si accompagna anch'essa a un regolamento (MiFIR)<sup>15</sup>, spostando così l'obiettivo dalla armonizzazione alla diretta regolamentazione e ponendosi anche come revisione “di metodo”.

Quanto detto fin si accompagna a un ulteriore fenomeno, altrettanto rilevante dal punto di vista istituzionale: il fatto, cioè, che rimangano in piedi nel mutato contesto, accanto alle istituzioni comuni nuove (il *Single Resolution Board*) o quantomeno inedite in quella veste (la BCE come autorità di vigilanza centrale), gli organismi di *governance* finanziaria introdotte solo pochi anni orsono (2010), in applicazione di una strategia poi abbandonata o, se non altro, visibilmente modificata (quella derivante, a sua volta, dall'evoluzione e dalle modifiche della procedura denominata “Lamfalussy” dal nome del presidente del comitato che la ideò).

Le autorità di settore (EBA, ESMA, EIOPA) dei mercati creditizi e finanziari restano infatti attive accanto alle “nuove” istituzioni accentrate, ponendo quindi il problema del coordinamento fra due plessi distinti, ma convergenti, di organismi sovranazionali.

---

<sup>15</sup> Per esteso: *Markets in Financial Instruments Directive*, (I) 2004/39/UE e (II) 2014/65/UE; *Markets in Financial Instruments Regulation*, n. 600/2014. Da ricordare, nella materia, anche il recente regolamento EMIR (*European Market Infrastructure Regulation*, n. 648/2012), innovativo specialmente su alcuni aspetti della disciplina degli strumenti derivati.

Traendo le somme del tratteggio fin qui abbozzato, si può affermare che vi siano due dinamiche fondamentali, osservabili a livello di “impressione generale” del meccanismo, ma le cui esatte ricadute vanno indagate nel concreto.

Il primo dato che emerge con immediata evidenza lo si osserva sul versante delle fonti. *Cade – tende a cadere – la tradizionale distinzione fra direttiva e regolamento*, finora viste come modalità alternative di intervento. Ora l’una si affianca all’altra, non di rado con rimandi incrociati e con una tecnica legislativa “ibrida” (es. la BRRD detta direttamente regole – ci si soffermerà in seguito - molto più che “dirigersi agli Stati”). Si creano quindi le premesse per una serie di sovrapposizioni e contraddizioni.

Questo primo processo ha, a sua volta, un suo esatto risvolto istituzionale nel *sovrapporsi*, secondo quanto si è appena detto, *non più solo fra autorità interne ed EU, ma fra le stesse autorità EU*. Si aggiunge, dunque, un nuovo livello di potenziale frizione oltre a quella, tradizionale, fra organismi nazionali e sovranazionali: quella fra organismi sovranazionali -come la BCE e il *Resolution Board*- competenti sull’area Euro, e organismi sovranazionali “di settore”, competenti per tutti i Paesi membri (EBA, ESMA, EIOPA).

Censire i risvolti delle dinamiche appena schematizzate non è un compito facile, e non è questa la sede per intraprendere un simile lavoro con pretesa di completezza. Di seguito, ci si limiterà piuttosto a impostare una griglia di lavoro nella quale saranno collocate alcune delle faglie aperte più evidenti e meritevoli di un supplemento di indagine, che si annuncia ampio.

## **2.2 ...e la rifrazione dei problemi**

Quattro aspetti, in particolare, sembrano potersi fare oggetto di un primo tentativo di esemplificazione. In primo luogo, quelli di carattere maggiormente “istituzionale”, che segnano l’approfondirsi delle sovrapposizioni fin qui esistenti fra organi. Su questo versante, si trovano l’evoluzione del già difficile rapporto fra quadro istituzionale nazionale e quadro istituzionale sovranazionale (a), e la creazione di un nuovo “grado” di sovrapposizione, questa volta fra organismi sovranazionali (b).

In secondo luogo, si evidenziano gli aspetti maggiormente legati ai problemi in punto di fonti, ossia quelli che discendono direttamente dal particolare intreccio di piani causato dall’interazione fra regolamento e direttiva. Fra questi profili problematici, spiccano la questione legata alla applicazione di poteri nazionali da parte di un organismo sovranazionale (c) e quella della incongruenza fra natura della direttiva e sostanza delle disposizioni in essa contenute (d).

### **a) Rapporto fra istituzioni nazionali e sovranazionali**

Sul punto si deve innanzitutto sottolineare che le “nuove” sovrapposizioni fra “strati” di organismi istituiti da fonti di diritto dell’Unione europea vanno ad *aggiungersi*, e non semplicemente ad *affiancarsi*, alle sovrapposizioni di tipo “tradizionale” (o, se non altro, già noto) che continueranno a prodursi fra istituzioni sovranazionali e nazionali – D. Capuano<sup>16</sup>. Anzi, queste risulteranno per certi versi approfondite dal nuovo quadro competenziale: da problematiche “eventuali”, diverranno “necessarie”.

In particolare, vero è che dovrebbe essere – per definizione – risolto il problema del riparto “orizzontale” (ossia, fra enti fra i quali non esiste rapporto di subordinazione, perché essi rinvergono la propria fonte in due sistemi distinti, ma le cui competenze insistono su un identico ambito materiale), e ciò almeno in quei casi in cui si approderà a una integrazione su base – almeno, descrittivamente - verticale (es.: vigilanza bancaria<sup>17</sup>).

Tuttavia, sembra fondato affermare che, con l’integrazione in un unico sistema di azione amministrativa, continueranno a emergere dei nodi: come si intuisce, essi staranno in primo luogo nella ripartizione dei compiti e dei poteri fra l’autorità sovranazionale (sovraordinata) e quella nazionale (sottordinata), ma anche – e soprattutto – nelle ripercussioni che il nuovo meccanismo istituzionale e operativo porterà in tutti gli ambiti (liminari e collegati) della vita dell’ordinamento amministrativo rispetto ai quali la configurazione dei pubblici poteri non è indifferente. La prospettiva della sovrapposizione è, a farla breve, destinata a mutare; non è destinata a venir meno la sua esistenza.

L’uso di un criterio gerarchico come soluzione ai problemi appena evocati appare senz’altro da escludere: non è possibile, in questa sede, addentrarsi nella disamina delle relazioni organizzative che potranno essere chiamate in causa per risolvere le questioni collegate al riparto; senz’altro, notevole enfasi sarà posta sull’adozione di moduli collaborativi. Quel che è certo fin d’ora – e che importa qui constatare - è l’assenza, in alcuni casi, di un chiaro criterio “a priori” (o, più verosimilmente, se non altro di una serie di criteri) di composizione degli attriti. Le soluzioni dovranno, in tutti questi casi, essere elaborate nell’esperienza concreta, nella consapevolezza che simili attriti non sono un’ipotesi eventuale, ma sono in qualche modo postulati dalla presenza di due livelli che non hanno confini (verso il basso e verso l’alto) definiti una volta per tutte.

---

<sup>16</sup> Cfr. il recente contributo dell’A., “Overcoming overlappings in the European Union (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*...), in Luiss School of Government Paper Series, n. 24/2015

<sup>17</sup> Per una attenta ricostruzione in termini generali del riparto di compiti fra BCE e Autorità nazionali, si rimanda a O. Capolino, L. Donato, R. Grasso, “Road map dell’unione bancaria europea. Il *single supervisory mechanism* e le implicazioni per le banche”, in “Banche e ciclo economico: redditività, stabilità e nuova vigilanza, diciottesimo rapporto sul sistema finanziario italiano della Fondazione Rosselli”, Bancaria Editrice, Milano, 2013; si v., in particolare, le pp. 207-224.

Non è difficile immaginare le problematiche pratiche che potrebbero porsi: tanto per cominciare, sul versante della tutela giurisdizionale. Se è vero, infatti, che sono disponibili (e in alcuni casi sono anche esplicitamente previsti dal quadro normativo europeo di riferimento) dei criteri fondamentali di individuazione del giudice competente (nazionale ed europeo), è anche vero che non tutte le possibili ipotesi ricostruttive sono state contemplate, e resta spazio per alcuni casi dubbi che, verosimilmente, dovranno essere risolti dalla giurisprudenza<sup>18</sup>. Solo per individuare un esempio, si pensi al dubbio che potrebbe porsi in alcune “pieghe” dei procedimenti “condivisi”, che prevedono cioè una fase nazionale e una sovranazionale. Residuano, qui, spazi di competenza del giudice italiano? O i problemi e aspetti che siano maturati nel segmento “interno” del procedimento potranno essere trattati sempre e solo nella sede giurisdicente europea?

Ma anche a voler ammettere che non residuino spazi “oscuri” a livello testuale, e che la domanda appena sollevata abbia una risposta univoca ed esaustiva (i primi risultati dell’approfondimento dottrinale fanno, neanche a dirlo, pensare il contrario<sup>19</sup>), non mancano, come detto, altre aree di frizione, all’altezza di problematiche che solo ad una considerazione distratta potrebbero apparire non strettamente irrelate alla questione degli assetti istituzionali. E’ il caso della questione della responsabilità giuridica dei soggetti coinvolti, che deve essere rimodellata e ripensata per fornire soluzioni in un sistema che vede la compresenza di soggetti agenti su livelli ordinamentali diversi.

Si tratta di fronti al cui presidio i commentatori positivi hanno già posto mano, con esiti di sicuro interesse, ai quali conviene rimandare<sup>20</sup>.

La questione del riparto verticale fra soggetti nazionali ed europei non ha rilievo esclusivamente applicativo: in sede teorica, una situazione così configurata sembra essere la spia di un sistema in cui – come si anticipava in apertura - la “legge” ha perso la propria funzione ordinativa generale, e – nello specifico – la propria funzione di cornice necessitante e

---

<sup>18</sup> In questo senso, ampiamente O. Capolino, L. Donato e R. Grasso, “Road map...”, cit., 2013, p. 220-221.

<sup>19</sup> Cfr. ad es. il problema posto da M. Mancini in tema di poteri sanzionatori, in “Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla *Banking Union*”, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n.73, settembre 2013: afferma l’A. che “il riparto dei compiti fra le Autorità che compongono lo SSM è tutt’altro che semplice e lineare, posto che anche nelle materie affidate alla competenza delle Autorità nazionali si rinvengono molteplici indici, che inducono a ipotizzare una competenza concorrente della BCE [...]” (p.29); la consistenza del punto problematico è così sintetizzata: “[...] <il contenuto delle norme in commento, ndr> sembra [...] attribuire alla BCE una potestà sanzionatoria molto più ampia rispetto a quella che il suo Statuto le accordava, senza che ciò comporti l’abrogazione, esplicita o implicita, delle norme che nei vari ordinamenti demandano i poteri sanzionatori alle Autorità nazionali, la sopravvivenza dei quali trova anzi conferma ove si consideri che è consentito alla BCE sollecitarne l’esercizio. Verrebbe così delineata, sulla falsariga della materia *antitrust*, una sorta di competenza sanzionatoria concorrente fra Autorità europea e nazionali, senza tracciare chiari confini fra le due [...]” (p.28); per l’analisi approfondita del tema, cfr. pp. 27-32; per spunti problematici anche in tema di riparto di competenze sugli “enti meno rilevanti”, pp. 26-27.

<sup>20</sup> V., ora, R. D’Ambrosio, “The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism”, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 78, Gennaio 2015

(ideologicamente) esaustiva per l'esercizio dei pubblici poteri. Ora le norme "generali e astratte" – anche, e anzi in primo luogo, di matrice europea – si pongono come una specie di tratteggio iniziale, un primo impulso che lascia ad altre sedi e altri momenti l'effettiva composizione del sistema. L'ordinamento tradizionale, statocentrico, ammetteva *nei fatti* questa possibilità, lasciando spesso alla regolamentazione secondaria il "vero" ruolo di definizione delle norme operative: ma ciò non scalfiva la solidità della costruzione concettuale; il collante rimaneva l'atto primario, fonte legittimante di altri interventi a valle.

Oggi, al contrario, gli atti a cui nel "nuovo" sistema continua a riconoscersi rango – semplificando – primario nascono già, programmaticamente, aperto e incompiuto: la regolamentazione secondaria non è una (semplice) valvola di sfogo, ma lo strumento attraverso il quale fa ingresso nel sistema delle fonti l'amministrazione (intesa in primo luogo come attività).

In questo modo, si dà ragione della tendenza cui si accennava in apertura di questo discorso, quella cioè per cui la funzione normativa sempre più scopertamente tende a farsi strumento di mediazione di interessi concreti: la regolamentazione primaria esprime il momento *politico* di questa mediazione (ma si tratta, tipicamente, di una forma di "politica concreta", ossia di una ricerca di sintesi e compromessi su specifici punti; non di una "politica in astratto", condotta a livello "alto" sulle grandi scelte d'indirizzo); la regolamentazione secondaria esprime il momento *amministrativo* della mediazione, tanto più espansibile e variegata nei contenuti quanto più è indefinito il compromesso di massima attuato nella sede superiore.

### **b) Nuove sovrapposizioni fra organi sovranazionali**

Il problema è già stato accennato precedentemente in varie occasioni: è il caso, qui, di soffermarsi brevemente sui profili concreti di questa categoria di sovrapposizioni, che si profila per molti versi già presente nel caso specifico dei rapporti fra EBA e BCE (la stessa dinamica si riprodurrà, con ogni probabilità, con la piena attivazione dell'SRB). Il legislatore comunitario non è stato, in verità, ignaro del rischio, e ha delineato – quantomeno, si è forse illuso di aver delineato – un criterio di riparto fra le autorità del "vecchio sistema" e le autorità del "nuovo"<sup>21</sup>.

Dall'osservazione del disegno di questo meccanismo, appare evidente come, oltre a quanto si è poc'anzi affermato sull'inservibilità del criterio di gerarchia, andrà con ogni probabilità abbandonato anche quello di competenza: da questa logica (caratterizzata comunque per la fissità, la rigidità, o comunque in ogni caso la predeterminazione del riparto) si passa, infatti,

---

<sup>21</sup> Anche prima che le scelte operate in sede politica orientassero il sistema verso i criteri (e i relativi nodi ricostruttivi) di cui qui si dà conto, il problema del coordinamento si era già posto e si erano affacciate ipotesi alternative di composizione delle sovrapposizioni (che fin da allora potevano essere percepite come inevitabili). Cfr., sul punto, R. Basso, "L'interazione tra la disciplina dell'unione economica e monetaria e quella delle cooperazioni rafforzate", in Comunicazioni e studi, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 463 ss.



definitivamente ad una prospettiva di “concretezza” (l’autorità “competente” – in accezione atecnica – si individua a seconda della specifica questione trattata).

Secondo la prima, generalissima *actio finium regundorum* prevista dalle norme primarie, alle autorità sorte nel 2010 spetterà il compito di dettare regole (in senso ampio) generali, rivolte non solo agli Stati vincolati dal meccanismo istituzionale unico, ma anche a quelli che ne restano fuori (per la precisione, questi atti regolamentari si distinguono in *Standards*, direttamente applicabili in quanto fatti propri dalla Commissione che li emana sotto forma di proprio regolamento, e *Guidelines*, dirette invece ai singoli Stati che dovranno recepirle).

Alle autorità accentrate del “nuovo” impulso normativo (BCE e SRB) spetterebbero compiti più strettamente operativi: ma, come si sa, difficilmente è concepibile un’attività amministrativa completamente eterodiretta e separata da una funzione -anche solo interstiziale e residuale- di produzione di regole. Non c’è attività amministrativa, infatti, che non porti con sé, come elementare corollario di un principio di certezza del diritto, l’esigenza di preventiva definizione dei propri principi e criteri, definizione che non può essere affidata *in toto* agli atti sovraordinati, ma deve lasciare all’istituzione agente quel minimo margine di flessibilità che può derivare solo da una certa dose di *autonomia* (esplicantesi sotto forma di regolamenti, direttive, circolari ecc.). Anche il rigido sistema di riparto fra autorità preesistenti e nuove autorità della *governance* finanziaria europea non può non concedere a queste ultime questo “minimo margine” di autoregolamentazione: e così, non è difficile prevedere che gli atti della BCE possano entrare in frizione – o se non altro, ancora una volta, *sovrapporsi* rispetto ad atti emanati dall’EBA<sup>22</sup>. Come diretta conseguenza, verrebbe messo in discussione il ruolo delle autorità “regolatorie”: se non è affatto anomalo, infatti, che al soggetto pubblico dotato di competenze attive venga lasciato un certo spazio normativo (in senso ampio), è perlomeno singolare l’esistenza di autorità amministrative dotate di un ruolo unicamente tecnico-regolamentare<sup>23, 24</sup>.

---

<sup>22</sup> Questa situazione, peraltro, può anche leggersi come una conseguenza dell’abbandono del modello di esecuzione indiretta del diritto europeo, prevalente fino al Trattato di Lisbona; l’anomalo riparto di compiti (più che di competenze) fra le autorità della *governance* finanziaria unitaria e i problemi che da esso conseguono rispecchiano pure, più in generale, l’attualità – per dirla con M. Clarich, “Federalismo fiscale e federalismo amministrativo”, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2012, p. 105 - dell’affermazione di M.S. Giannini, “in principio sono le funzioni” (cfr., appunto, “In principio sono le funzioni”, in *Amministrazione civile*, 1959, II, 3, pp. 11 ss.): le questioni sostanziali dovrebbero avere la precedenza rispetto a quelle organizzative; nel “modello” europeo che qui si commenta, al contrario, la “funzione” sembrerebbe modellata per rispondere in primo luogo ad esigenze di marca prettamente organizzativa (ossia per dare soluzioni alle questioni che riguardano il ruolo di istituzioni ed organismi preesistenti).

<sup>23</sup> Singolare rispetto alle categorie tradizionali dell’amministrazione di stampo moderno; non singolare rispetto all’attuale quadro europeo, che anzi conosce la categoria – innovativa – delle “agenzie di regolazione”, entro cui l’EBA rientra pienamente.

<sup>24</sup> All’EBA sono attribuite anche altre funzioni: di indagine, di controllo (es. nella conduzione dei cc.dd. “stress test”) – comunque da non confondersi con l’attività di vigilanza vera e propria, sebbene anche qui il confine non sia

Le norme primarie hanno, dal canto loro, espressamente sottolineato l'importanza della funzione regolamentare dell'EBA, e del compito ad essa affidato di costruire un c.d. “*single rulebook*”, precisando che quest'autorità “mantiene pertanto il suo ruolo [...] continuare a sviluppare e contribuire all'applicazione coerente di un corpus unico di norme valido per tutti gli Stati membri e rafforzare la convergenza delle prassi di vigilanza in tutta l'Unione” (cfr. Reg. UE n. 1024/2013, Considerando n. 4).

I commentatori non hanno mancato, però, di sottolineare la portata incerta di simili affermazioni di principio rispetto al tenore, contraddittorio benché non nettamente delimitato, di altre proposizioni normative, contenute proprio nel medesimo Regolamento 1024/2013. Quest'atto, infatti, riconosce potestà regolamentare anche alla BCE nella misura in cui “ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuite dal presente regolamento”. Si tratta, esattamente, quel “minimo margine” regolamentare sufficiente per creare il contrasto di cui si è detto: come è stato detto, è “un inizio non coerente per quel coordinamento di cui la nuova normativa ha fatto la sua bandiera” - Cerrina Ferroni<sup>25</sup>; sul tema, anche Mancini, che sottolinea “l'estrema difficoltà di tracciare una chiara linea di demarcazione fra le funzioni di regolazione e di vigilanza” e rileva, inoltre, che tale difficoltà non potrà che essere aumentata dalla comune constatazione per cui “[...] una parte significativa delle regole prudenziali si origina proprio dalle prassi di vigilanza”<sup>26</sup>.

### **c) Applicazione di poteri “nazionali” da parte di un organismo sovranazionale**

Passando ora sul versante del sistema delle fonti, ma senza, in realtà, abbandonare i profili – strettamente correlati - delle interazioni che le “nuove” (o “potenziate”) Autorità europee produrranno nell'ordinamento, va preso in considerazione il problema che sorge da un altro, significativo elemento di novità. La norma attributiva di potere alle autorità sovranazionali accentrate – in modo abbastanza inconsueto, se non proprio inedito – potrà essere, a seconda delle fattispecie, nazionale o europea: quest'effetto, come si è già accennato, sorge dalla configurazione stessa delle fonti istitutive; discende, cioè, dall'operatività che si è voluto dare all'accoppiata direttiva-regolamento. Il regolamento, infatti, prevede che l'organismo sovranazionale eserciti *dei poteri attribuiti dalla direttiva* e, pertanto, *recepiti nei singoli ordinamenti nazionali*.

---

definito con nettezza assoluta (e difatti, proprio sugli “stress test” vi è una ulteriore area di sovrapposizione con le competenze della BCE, situazione che richiede l'esercizio di attività di coordinamento fra i due organismi).

<sup>25</sup> “Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority”, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17 settembre 2014, p. 16., al quale si rimanda ampiamente sul tema per la centratura specifica del discorso, in cui l'A. non esita, fra l'altro, ad impiegare lucidamente ed espressamente il termine “sovrapposizioni”. Ma v., dello stesso tenore, pure G. Ferrarini, L. Chiarella, “il governo della vigilanza nell'Unione Bancaria Europea”, in *Bancaria*, 2013, n. 23.

<sup>26</sup> “Dalla vigilanza...”, cit., 2013, p. 35.

L'Autorità europea, sovranazionale, si troverà quindi ad applicare dei poteri "individualizzati" nei singoli ordinamenti nazionali: non è difficile intravedere le difficoltà ricostruttive che questa operazione potrà schiudere. Sembrerebbe quasi di poter descrivere il fenomeno come una "mimesi" dell'Autorità europea che, in un certo senso, in alcune fasi della sua azione (o, per meglio dire, nell'esercizio di alcuni suoi poteri) si *nazionalizza*, almeno da un punto di vista materiale. In alternativa, i primi tentativi di inquadramento si sono esercitati nell'immaginare un parallelismo fra l'operatività di questo meccanismo e alcune tradizionali ricostruzioni internazionalistiche dei rapporti fra norma "esterna" e norma "interna" - Witte<sup>27</sup>.

Potrebbe apparire che considerazioni di questo tipo siano "superate" dalla tendenza irresistibile all'unificazione degli ordinamenti nazionali con quello sovranazionale: l'agire degli organismi europei con lo strumentario dei poteri "individualizzati" non sarebbe, seguendo quest'ordine di pensiero, un'anomalia, ma un problema di rilievo squisitamente "tecnico" e, per ciò stesso, secondario.

In effetti, alcune delle prime analisi di questo nuovo, importante fenomeno, pur partendo da ipotesi ricostruttive maggiormente problematiche, sembrano aver tratto proprio questa conclusione: ammettendo che la ragione di un simile assetto è probabilmente di tipo pratico, si è però comunque (ottimisticamente?) finito col rilevare che il meccanismo potrebbe essere visto come "un nuovo passo nel prendere sul serio le premesse del progetto di integrazione europea, segnatamente l'affermazione, spesso ripetuta dalla Corte di giustizia, per cui il sistema giuridico dell'Unione e quello degli Stati membri formano parte di un unico ordinamento" – Witte<sup>28</sup>.

Non è necessariamente così. Da un lato, infatti, è lo stesso percorso dell'integrazione giuridica europea che qui sceglie di non abbandonare (alcune de)le proprie singolarità metodologiche fondamentali: mantenendo in piedi lo strumento della direttiva, si continua a porre inevitabilmente l'accento sulla permanenza dello Stato membro quale "attore" principale nel sistema delle fonti. Per tal via, però, non può evitarsi di mettere, altrettanto inevitabilmente, in risalto le incongruenze

---

<sup>27</sup> Cfr. "The application of national banking supervision law by the ECB. Three parallel modes of executing EU law?", in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 1/2014, pp. 89-109. L'ipotesi non convince. Essa, infatti, si risolve in un parallelismo che, più che fornire una "concettualizzazione teorica" del nuovo fenomeno, perviene ad esiti quasi esclusivamente descrittivi. Delle due l'una: o il fenomeno non è nuovo, ed è pertanto assimilabile all'operatività del meccanismo internazionalistico; o il fenomeno è nuovo, e quindi opera in modo non assimilabile a categorie già note. In realtà, correttamente l'A. afferma più volte che l'applicazione di poteri nazionali o "nazionalizzati" da parte degli organismi europei costituisce "a genuine novelty...a striking feature" (p. 109). D'altronde, la ricostruzione è avveduta dell'elemento di irriducibile differenza che corre fra il "tradizionale" universo delle categorie giuridiche internazionalistiche e quello del diritto europeo (si pensi solo alla unicità dello strumento della direttiva, che qui peraltro viene in rilievo come uno dei principali elementi del problema). Sicché, rimane il problema di dare un inquadramento in sede teorico-generale al fenomeno in discorso, che lo *risolva* o ne precisi, almeno, la portata entro il quadro delle fonti.

<sup>28</sup> "A new step in taking seriously the premise of the European integration project, namely the CJEU's oft-repeated statement that European and Member State law form part of an integrated legal system", "The application...", cit., p. 109.

che derivano da una interpretazione – e da un utilizzo – fortemente atipici rispetto alla originaria configurazione di quella tipologia di atto normativo. E, dall'altro lato, indubbiamente permane forte la singolarità di un ente pubblico sovranazionale che esercita alcuni dei suoi poteri (attribuitigli da un atto normativo sovranazionale) applicando previsioni di un singolo ordinamento nazionale.

Il primo problema che si creerà sarà dovuto alla *permanente diversità fra le diverse normative nazionali*. Le Autorità centralizzate dovranno applicare, per ogni Stato membro nel quale opereranno, norme che – pur derivando, il più delle volte, da un unico originario impulso sovranazionale – sono state calate nell'ordinamento con modalità nient'affatto omogenee. Si pensi, innanzitutto, ai casi – non infrequenti – di esercizio o mancato esercizio di discrezionalità nazionali. Ad esempio, la BRRD consente diverse possibilità di configurare l'intervento del ministro competente e degli organi giurisdizionali nella risoluzione delle crisi; ancor più a monte, essa prevede che la *resolution* si innesti tanto in sistemi giuridici come quello italiano, caratterizzato da risalenti e consolidati istituti di diritto speciale come l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa, quanto in tessuti normativi ai quali è sconosciuta qualsiasi procedura specifica che differenzi la crisi delle banche da quella delle altre imprese.

Più in generale, è la stessa cultura giuridica e storia normativa di ogni singolo ordinamento a segnare un *principium individuationis*: anche regole sostanzialmente identiche possono essere – e sono – “vissute” in modo molto differente al mutare dei contesti costituzionali, storici, giurisprudenziali di riferimento.

L'Autorità accentrata come reagirà di fronte a queste differenze? Imporrà un'omogeneizzazione delle prassi applicative, questo è certo; ma non potrà smussare ogni divergenza radicata a livello propriamente normativo, cogente. E la funzione giurisdizionale, che approccio seguirà? Già *a priori* chiamata – in modo quantomeno singolare – a pronunciarsi su regole create in contesti ordinamentali diversi dal proprio, come risponderà di fronte alla presenza di regole che differenziano l'applicazione dei poteri del soggetto dell'azione amministrativa? Tenderà a proporre soluzioni univoche, senz'altro; ma dovrà elaborare, di fronte alle obiettive diversità, tante giurisprudenze quanti sono gli Stati “normatori”?

Il meccanismo fin qui delineato, inoltre, oltre a presentare evidenti peculiarità negli spazi “pieni”, per così dire – ossia, in quegli ambiti nei quali le Autorità “uniche” eserciteranno i propri poteri – lascia anche aperta la possibilità di incongruenze nel confronto con gli spazi “vuoti” (vale a dire, quelli in cui non c'è integrazione verticale e saranno, invece, le Autorità nazionali ad esercitare poteri propri).

Come si sa, gli ambiti affidati agli organismi sovranazionali sono (o dovrebbero essere) – in ossequio, a tacer d’altro, al principio di sussidiarietà - un *numerus clausus*. Cosa accade, allora, quando in questo elenco chiuso non sono compresi alcuni poteri oggi esercitati, in ragione di norme nazionali, dalle Autorità competenti, e che insistono su ambiti funzionali, irrelati, o comunque liminari rispetto ad aree che invece sono “coperte” dall’azione della BCE e dell’SRB?

Si tratta di aspetti che potrebbero, forse, avere una soluzione *pratica* univoca, se i soggetti di matrice europea esercitassero (*materialiter*) una sorta di “potere definitorio” della propria stessa situazione costituzionale; ma sono domande che non possono non porsi *in sede teorica*, dove il problema rimane intatto, anche a prescindere da eventuali letture divergenti che della questione potranno dare gli organismi giurisdicenti nazionali e sovranazionali.

#### **d) Incongruenza fra natura della direttiva e disposizioni in essa contenute**

Il secondo profilo specifico di tensione sul sistema delle fonti è quello che, probabilmente, balza per primo all’occhio dell’interprete, anche da una sommaria ricognizione dei testi normativi. Esso discende dall’impiego di una tecnica di produzione normativa che si potrebbe definire “eccentrica” rispetto ai connotati tipologici della direttiva<sup>29</sup>. Molto attenuato, se non proprio del tutto assente, nell’impianto della CRD IV (dove questa particolare tecnica di produzione normativa, per l’oggetto a cui si volge, non pone problemi ricostruttivi insormontabili), il problema si presenta con particolare evidenza nel sistema normativo sul quale è costruito il Meccanismo unico di risoluzione.

Ampio spazio è dato, nella BRRD, a disposizioni che regolano situazioni cc.dd. *cross-border*: senza volersi addentrare nella ricostruzione della disciplina e discorrendone invece per linee generali, si tratta di tutti quei casi in cui viene in rilievo un gruppo con componenti stabilite in più Stati membri.

In queste fattispecie, è sistematicamente previsto il ricorso a “collegi di risoluzione”, formati dalle autorità preposte degli Stati interessati, le quali dovrebbero raggiungere una decisione comune e risolvere, quindi, il problema concreto in una sede reputata più appropriata rispetto ai singoli contesti nazionali. La scelta appare, nel merito, del tutto condivisibile: sia da un punto di vista di equilibrio “politico” interno all’Unione, perché il trasporre la decisione in ambito

---

<sup>29</sup> Si coglie l’occasione per una precisazione. Occorrerebbe qui soffermarsi molto di più intorno alla natura e alla funzione della direttiva. Nel testo si è assunta (qui come nei passaggi precedenti del medesimo tenore) volutamente – in partenza - la prospettiva maggiormente “piana” e tradizionale intorno a questa tipologia di atto. Tuttavia, le osservazioni che qui si svolgono convergono verso una visione maggiormente problematica e complessa dello strumento, visto come chiave essenziale per la costruzione di una “multi-level governance” europea e, soprattutto, ormai dotato di molteplici “scopi” e utilizzi. Sul punto, per un inquadramento più ampio, si v. ora T. Vandamme, “EU directives and multi-level governance – can lessons be drawn from cooperative federalism?” (dove l’A. non esita, in alcuni passaggi, a proporre una visione che egli, evocativamente, chiama “adulta” della direttiva), in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2/2014, pp. 341-357

collegiale dovrebbe contribuire, in linea di principio, a evitare il ritirarsi delle singole autorità all'interno del proprio ordinamento, con decisioni protezionistiche e pregiudizievoli per l'interesse generale (il cosiddetto *ring fencing*); sia perché un'applicazione di poteri amministrativi su base rigidamente nazionale risulterebbe di per sé inadeguata a prendere in efficace considerazione fenomeni economici che per loro natura tendono a ignorare i confini, producendo effetti in ogni "luogo" ove vi siano collegamenti rilevanti.

L'appropriatezza e forse l'inevitabilità di queste considerazioni non eliminano, però, una vistosa incongruenza in termini di strumentario giuridico utilizzato: si è detto, i collegi e i meccanismi decisionali transfrontalieri sono disciplinati *dalla direttiva*; essa prevede casi, composizioni, procedure, sistemi deliberativi...e tuttavia, la direttiva è – notoriamente - un atto che per sua stessa logica deve *nazionalizzarsi*: essa si indirizza agli Stati membri, le sue norme vanno attualizzate nei singoli ordinamenti; ma come può, in questa logica, il recepimento nazionale dare attuazione a delle regole sostanziali che richiedono una prospettiva del tutto opposta, quella cioè del soggetto dotato di competenze normative sovranazionali?

Come può una normativa *interna* assumere una prospettiva che a priori sorpassa i propri poteri, e disciplinare, ad esempio, le modalità di espressione del voto in un collegio *europeo*? A rigore, essa potrebbe limitarsi a prevedere accordi esterni su base volontaria e paritetica, ma non certo obbligare l'autorità di un altro Stato a sedere ad un tavolo o a esprimere la propria posizione secondo certe regole procedurali e non altre.

Questa sarebbe, evidentemente, la materia normativa di un regolamento europeo, e solo per contingenze concrete si trova disciplinata da una fonte visibilmente impropria.

### **2.3 Il "massimo caotico" fra i cerchi di regolamentazione intersecantisi**

La contaminazione fra i cerchi concentrici della nazionalità e della sovranazionalità raggiunge in questo punto il proprio "massimo caotico", se è lecito esprimersi in questi termini. La problematica che ne deriva non è solo affascinante dal punto di vista teorico, ma pone ampi problemi di politica normativa – e altrettanti ne porrà, in futuro, agli interpreti.

Di fronte a un incrocio tra regole poste e natura della fonte come quello che si è fin qui descritto, sembrerebbero residuare agli ordinamenti nazionali due sole scelte di recepimento: la prima assume la scelta di mantenersi letteralmente fedeli alla direttiva, trasfondendo le regole sovranazionali del trattamento di un gruppo *cross border* in regole nazionali; il legislatore nazionale dovrebbe in certo senso porsi "dal punto di vista dell'Europa", confidando sul fatto che anche le altre, parallele normative dei diversi Stati membri convergano esattamente nella disciplina dei medesimi punti: punto cruciale, questo, che sarebbe l'unico in grado di evitare attriti

fra ordinamenti (ad es., in situazioni in cui la norma del Paese A annovera l'autorità del Paese B fra quelle tenute a partecipare a un collegio, mentre la norma del paese B facoltizza la propria autorità a parteciparvi). La sintesi così ottenuta lascerebbe irrisolti i problemi teorici di “tracimazione” della normativa nazionale, ma quantomeno consentirebbe di affrontare gli snodi applicativi concreti potenziali.

La seconda scelta di recepimento, invece, fa leva sulla sostanza normativa della direttiva, assumendo quindi che, nonostante l'improprietà di *sedes*, le regole sui collegi sovranazionali debbano necessariamente trovare disciplina in ambito sovranazionale. La normativa interna di recepimento sarebbe quindi una normativa di *rimando*, o comunque concepita quanto più possibile in termini generali e con riferimento all'ordinamento europeo. Si eviterebbero, così, i problemi più vistosi di incoerenza con i limiti propri della funzione legislativa nazionale, ma si porranno ancor più in evidenza le peculiarità di una normativa europea “mutata” e in cammino verso esiti non immediatamente riconoscibili.

Almeno da un primo confronto con la normativa, sembra di poter dire che (a meno di ammettere una “terza via” di puro e semplice non recepimento, o recepimento parziale, della direttiva) gli Stati membri abbiano orientato o stiano orientando la propria azione legislativa verso l'uno o l'altro dei percorsi fin qui individuati<sup>30</sup>. Con ogni probabilità, però, la soluzione concreta al problema sarà ancora una volta affidata, più che a una simile secca alternativa (e, anzi, *intorno e al di là* di questa secca alternativa), alla tessitura del diritto regolamentare originato nel complesso cosmo dell'amministrazione europea. Soprattutto l'EBA e la Commissione provvederanno a saldare il sistema con un reticolo di norme secondarie: ancora una volta, quindi, “chiudendo” le incoerenze attraverso un lavoro per approssimazioni successive, dove la norma primaria si conferma solo un primo impulso dai contorni, talvolta, indeterminati.

### **3. PER UNA RICERCA DI NUOVE CATEGORIE GIURIDICHE: SPUNTI**

---

<sup>30</sup> Cfr., per l'Italia, il dossier sull'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 209, in [www.senato.it](http://www.senato.it), dal quale sembra emergere l'opzione del legislatore nazionale per la seconda di queste “tracce” di possibile recepimento. Nel nostro Paese alla Direttiva BRRD è stata data attuazione – come detto – con i d.lgs. nn. 180 e 181 del 2015, entrambi recanti la data del 16 novembre.

Il presente discorso, come si è detto più volte, non nutre l'ambizione di tratteggiare soluzioni interpretative positive. Esso vorrebbe, piuttosto, dare il suo contributo nel delineare un quadro che ormai sembra difficilmente reversibile nei fatti, e che proprio per questo, però, postula una ricostruzione di respiro più ampio, se si vuole anche più astratto.

Gli argomenti dei quali nelle pagine che precedono si è cercato di fornire un primo abbozzo descrittivo convergono, insomma, tutti verso una serie di riflessioni che non si esiterà a definire storico-giuridiche.

I mutamenti nel quadro delle fonti, le efflorescenze istituzionali, la pluralità di nodi da sciogliere non possono essere considerati delle imperfezioni contingenti o imputati a cause transitorie, ma sono il naturale portato di un processo della cui vastità e portata si è avveduti ormai da decenni, ma che in alcune materie non cessa, oggi, di avanzare a ritmi sempre più serrati.

Senz'altro, uno dei fattori – anzi, il fattore principale – nel prodursi di questa progressione è stato l'introduzione della moneta unica. Per la prima volta (dopo il fallito progetto di difesa europea comune) si è verificata la cessione *visibile* di uno degli elementi essenziali della sovranità: anzi, di quello che è forse il segno più riconoscibile della sovranità, e non solo in senso metaforico, come testimonia l'impressione del ritratto del sovrano e dei suoi emblemi sulle monete, che tradizionalmente rappresentava un importante strumento di affermazione e penetrazione, anche culturale, del potere dello Stato nel corpo sociale.

Si tratta del venir meno di uno degli elementi costitutivi della statualità moderna.

Nel processo di creazione dello Stato moderno il governo sulla moneta (e, come riflesso, quello sulla finanza) sono stati concordemente interpretati come il corollario (uno dei corollari) dell'affermazione di un potere politico centrale; l'esperimento dell'Unione europea, in questo, ha invece proceduto all'opposto: la singola funzione è stata "sottratta" all'autorità politica nazionale, e questa è stata, quindi, svuotata della "sostanza" di una parte della sua essenza sovrana.

Al contempo, però, i "contenuti" di questa porzione di potere sovrano sono stati fatti transitare verso strutture "orizzontali", senza essere cioè attribuiti ad un'altra autorità politica *sovraordinata* che, per tal via, possa dirsi divenuta – almeno *pro quota* - il "vero", nuovo sovrano (altrimenti, saremmo stati in presenza di un, più tradizionale, processo federale, cosa che, come noto, non è avvenuta<sup>31</sup>): la funzione è stata, quindi, sì accentrata, ma affidandola (prevalentemente<sup>32</sup>) a organi dotati di legittimazione solo indiretta e "tecnica".

---

<sup>31</sup> Per un punto sulla questione di ciò che – al contrario – si è verificato (l'affermazione di un modello di governance plurilivello), e dei problemi di ricostruzione costituzionale che si pongono, cfr. ad es., recentemente W. Vandenberghe, "Multi-level governance through a constitutional prism", in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2/2014, pp. 229-241, che risulta utile soprattutto in una prospettiva compilativa e sintetica e al quale, pertanto, si rimanda anche per l'ampia bibliografia citata.



Si potrebbe, conseguentemente, dire che non in questo modo non cambi il sovrano, ma si dissolva, a tutti gli effetti, la sovranità – Fra i molti, esemplarmente, N. Mac Cormick<sup>33</sup>.

La ricorrente (tentazione di) lettura della postmodernità giuridica come “nuovo medioevo giuridico” continua in questo senso a fornire una serie di spunti interessanti, ma allo stesso tempo si rivela non conclusiva.

Sicuramente, infatti, il quadro frastagliato del diritto europeo recupera, del pre-moderno, la complessità – M. R. Ferrarese<sup>34</sup> – e l’assenza di uno stato “monadico”, chiuso, verticale.

Ma nel “modello” europeo (perché di un modello si tratta, anche se non è ancora definito in tutti i suoi contorni – R. Bellamy, D. Castiglione<sup>35</sup>) si verifica un passaggio del tutto inedito: non solo si esce fuori dal paradigma della statualità; ma, inoltre, non si rientra per ciò stesso in quello – medievale – basato sulla dicotomia fra *potestas* e *auctoritas*.

La pluralità conflittuale di *potestates* non è accompagnata, infatti, da una unitaria e diffusa (più propriamente: universale) *auctoritas*.

E’ lo stesso paradigma dell’*auctoritas*, in radice, a essere completamente lasciato indietro: i poteri pubblici sono, infatti, “autorità” funzionalizzate in ragione dell’interesse da tutelare. L’inversione di prospettiva è radicale<sup>36</sup>.

Manca, cioè, un quadro unificante entro il quale la complessità trovi composizione (almeno, ed anzi principalmente, ideale); la caratteristica principale di questo panorama giuridico sembra essere invece, in punto di quadro delle fonti come di sistema istituzionale, proprio la *sovrapposizione*.

---

<sup>32</sup> La precisazione è necessaria perché permangono poteri d’intervento della Commissione e del Consiglio, ad esempio proprio in materia di risoluzione delle crisi bancarie. Si veda, sul punto, la procedura disegnata dall’art. 18 del regolamento SRM (806/2014), che prevede un “power of objection” affidato – secondo uno schema progressivo – a entrambi gli organi.

<sup>33</sup> Sul superamento (anzi, proprio sul “trapasso”, “passing”) della categoria della sovranità “moderna” nel contesto europeo v., ad es., “Sovereignty, Democracy and Subsidiarity”, in R. Bellamy, V. Bufacchi e D. Castiglione (a cura di), “Democracy and Constitutional culture in the Union of Europe”, Lothian Foundation Press, London, 1995 (l’A. prende posizione affermando con nettezza che “sovereignty and sovereign states [...] have been but the passing phenomena of a few centuries. Their passing is by no means regrettable”). Del medesimo A., cfr., del resto, già “Beyond the sovereign state”, in *Modern Law Review*, 56/1993, pp. 1-23.

<sup>34</sup> Sul punto sia sufficiente qui il rimando al noto, agile e introduttivo lavoro (volto non solo a un pubblico di accademici o specialisti) “Prima lezione di diritto globale”, Laterza, Roma-Bari, 2012.

<sup>35</sup> Per l’affermazione dell’esistenza di un “modello” europeo, v. (fra i molti) “Building the Union: the nature of sovereignty in the political architecture of Europe”, in N. Mac Cormick (a cura di), “Constructing legal systems: European Union in Legal Theory”, Springer, Berlin-Heidelberg, 1997, pp. 91-115, ove si argomenta sull’inedita forma di organizzazione del potere pubblico rappresentata dall’integrazione europea, “tertium genus” fra scelta federale e approccio internazionalistico che postula un mutamento di paradigmi costituzionalistici entro la prospettiva di un processo “aperto”.

<sup>36</sup> Su quali siano le cause di questo processo, e su cosa abbia preso (se pure qualcosa del genere vi sia) il posto dell’antica *auctoritas* nel mondo post-moderno, non è questa la sede per indagare; si tratta di interrogativi troppo vasti per le modeste prospettive di questo scritto. Ci si contenta qui, come detto, di abbozzare una griglia di problemi.

Una soluzione compromissoria spicca nel quadro istituzionale, e però a volte sembra costituire un fattore che accentua un certo disorientamento nell'opinione pubblica: è la "vicarianza" che viene affidata in modo sempre più esteso a amministrazioni acefale – strutture *parzialmente* amministrative in senso moderno, cioè dotate del carattere della tecnicità e poste in posizione di supremazia speciale sui privati, ma che tuttavia, a differenza delle strutture burocratiche proprie della tradizione statale moderna, restano prive di un "capo" politico e responsabile.

Sul versante dell'interpretazione del diritto, e quindi della ricostruzione del quadro delle fonti, a esercitare la stessa "vicarianza" di cui si è detto per il quadro istituzionale sono, invece, enti giurisdizionali; in essi, però, l'attribuzione (nel caso di giudici sovranazionali) o anche solo l'esercizio (nel caso di giudici nazionali) di poteri giurisdicenti si allontana visibilmente sia dalla legittimazione autoritativa propria dello Stato moderno – caratterizzata dalla figura del giudice funzionario, *bouche de la loi*<sup>37</sup> - sia dalla legittimazione "condivisa" e consuetudinaria propria del premoderno – caratterizzata dalla figura del giudice/giurista espressione della comunità, "lettore" del diritto non scritto e "mediatore" fra scienza giuridica e fatto concreto<sup>38</sup>).

A mancare è, insomma, un sistema condiviso di principi e valori, che possa dar vita a quello che è stato definito un "mosaico costituzionale", in virtù del quale ogni attore dell'ordinamento possa trovare una propria collocazione e uno "stato di quiete", indipendentemente dalla complessità del sistema (che sembra ormai ineliminabile e ineludibile, e andrebbe pertanto definitivamente accettata, compresa, messa a valore).

Probabilmente, un approccio avveduto del principio di realtà conduce oggi a prendere atto dell'inerente conflittualità e pluralità del mondo attuale: sembra difficile immaginare la ricostruzione di un sentire collettivo armonioso e unitario come quello che era alla base dell'"ordine giuridico" di un'Europa non ancora attraversata dalle grandi crisi e fratture della modernità.

Ma sembra, allora, anche inutile il voler perseverare lungo una via già tentata con scarsissimo successo, ossia quella di appoggiare una "visione comune" su categorie e "valori" giuridici apparentemente neutri e universalmente condivisibili, ma che hanno in realtà una natura

---

<sup>37</sup> E ciò anche in virtù dell'assenza, ad oggi, nelle istituzioni sovranazionali europee, di una rappresentazione propriamente ed apertamente "costituzionale".

<sup>38</sup> Per una lettura almeno parzialmente divergente, o, per meglio dire, condotta su presupposti differenti da quelli qui assunti, sottolineando l'importanza del lavoro delle Corti internazionali e soprattutto della Corte EDU nella costruzione di un ordine giuridico europeo, v., recentemente, G. Lautenbach, *The concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Uno studioso che si è già avuto modo di citare, R. Bellamy – attestato su posizioni di difesa del c.d. "Political constitutionalism" contro il c.d. "Legal constitutionalism" – argomenta, con centratura sul quadro britannico, che il sistema CEDU non pone a rischio la tradizione costituzionale, ma potrebbe anzi rafforzarla (specie nell'introduzione di una "judicial review debole"), cfr. "Political constitutionalism and the Human Rights Act", in *International Journal of Constitutional Law*, 9 (11), 2011, pp. 86-111.

innegabilmente strumentale, e si mostrano per conseguenza incolori e “burocratici” quando gli si voglia attribuire un peso ulteriore, elevandoli da mezzo (per quanto, come tale, necessario) a fine.

L’assolutizzazione del diritto positivo<sup>39</sup>, per questa via, potrà forse essere abbandonata in favore di un grande sforzo di ri-concettualizzazione, radicato nella ricchezza della tradizione giuridica europea: uno sforzo che, anziché inseguire il contingente, riprenda a progettare il permanente.

La migliore dottrina degli ultimi anni fornisce, senz’altro, un robusto strumentario dal quale partire (restando alle teorizzazioni di studiosi italiani, non possono non citarsi almeno le riflessioni innescate da Sabino Cassese sul diritto amministrativo globalizzato<sup>40</sup> o quelle di Paolo Grossi sulla postmodernità giuridica). Lo stadio di “transizione aperta” della costruzione giuridica europea postula ora uno sforzo di costruzione in positivo, partendo da una solida prospettiva di inquadramento storico.

---

<sup>39</sup> Sull’ “insufficienza” del diritto (positivo) nel governo della postmodernità, si v. E. Claes, W. Devroe e B. Keirsbilck (a cura di), “Facing the limits of the law”, Springer, Berlin-Heidelberg, 2009.

<sup>40</sup> Si v., esemplarmente, E. Chiti, B. G. Mattarella (a cura di), “Global Administrative Law and EU Administrative Law”, Springer, Berlin-Heidelberg, 2011.

## BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

R. BASSO, *L'interazione tra la disciplina dell'unione economica e monetaria e quella delle cooperazioni rafforzate*, in *Comunicazioni e studi 2002*, Giuffrè, Milano, 2002.

R. BELLAMY, *Political constitutionalism and the Human Rights Act*, in *International Journal of Constitutional Law*, 9 (11), 2011.

R. BELLAMY, V. BUFACCHI e D. CASTIGLIONE (a cura di), *Democracy and Constitutional culture in the Union of Europe*, Lothian Foundation Press, London, 1995.

O. CAPOLINO, L. DONATO, R. GRASSO, *Road map dell'unione bancaria europea. Il single supervisory mechanism e le implicazioni per le banche*, in "Banche e ciclo economico: redditività, stabilità e nuova vigilanza, diciottesimo rapporto sul sistema finanziario italiano della Fondazione Rosselli", Bancaria Editrice, Milano, 2013.

D. CAPUANO, *Overcoming overlappings in the European Union (entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem...)*, in *Luiss School of Government Paper Series*, n. 24/2015.

S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in "Dal Testo Unico Bancario all'Unione Bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri", atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 75, marzo 2014.

D. CASTIGLIONE, *Building the Union: the nature of sovereignty in the political architecture of Europe*, in Mac Cormick (a cura di), "Constructing legal systems: European Union in Legal Theory", Springer, Berlin-Heidelberg, 1997.

G. CERRINA FERRONI, *Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17 settembre 2014.

E. CHITI, B.S. MATTARELLA (a cura di), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2011.

E. CLAES, W. DEVROE e B. KEIRSBILCK (a cura di), *Facing the limits of the law*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2009.

M. CLARICH, *Federalismo fiscale e federalismo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2012.

R. D'AMBROSIO, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 78, Gennaio 2015.

D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, ESI, Napoli, 2005.

L. DONATO, *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Dalla Legge Bancaria al Single Supervisory Mechanism*, in "Dal Testo Unico Bancario all'Unione Bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri", atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 75, marzo 2014.

- M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- R. FERRARI ZUMBINI, *L'Europa del diritto al crocevia: un reticolo di quesiti*, in Justice Luiss, [www.justice.luiss.it/category/europa](http://www.justice.luiss.it/category/europa), marzo 2014.
- R. FERRARI ZUMBINI, *Overcoming overlappings*, LUISS School of Government Working Paper Series, n. 16/2014.
- G. FERRARINI, L. CHIARELLA, *Il governo della vigilanza nell'Unione Bancaria Europea*, in *Bancaria*, 2013, n. 23.
- M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1959, II, 3.
- P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007 (3).
- G. LAUTENBACH, *The concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- N. MAC CORMICK, *Beyond the sovereign state*, in *Modern Law Review*, 56/1993.
- M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n.73, settembre 2013.
- L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, "Dal Testo Unico Bancario all'Unione Bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri", atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 75, marzo 2014.
- P. TEIXEIRA, *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional foundations*, in "Dal Testo Unico Bancario all'Unione Bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri", atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 75, marzo 2014.
- T. VANDAMME, *EU directives and multi-level governance – can lessons be drawn from cooperative federalism?*, in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2/2014.
- W. VANDENBRUWAENE, *Multi-level governance through a constitutional prism*, in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2/2014.
- A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 7 settembre 2011.
- A. VON BOGDANDY, *Founding principles of EU Law: a theoretical and doctrinal sketch*, in *European Law Journal*, 03/2010, vol. 16, n. 2.
- A. WITTE, *The application of national banking supervision law by the ECB. Three parallel modes of executing EU law?*, in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 1/2014.

---

The LUISS School of Government (SoG) is a graduate school training high-level public and private officials to handle political and government decision-making processes. It is committed to provide theoretical and hands-on skills of good government to the future heads of the legislative, governmental and administrative institutions, industry, special-interest associations, non-governmental groups, political parties, consultancy firms, public policy research institutions, foundations and public affairs institutions.

The SoG provides its students with the skills needed to respond to current and future public policy challenges. While public policy was enclosed within the state throughout most of the last century, the same thing cannot be said for the new century. Public policy is now actively conducted outside and beyond the state. Not only in Europe but also around the world, states do not have total control over those public political processes that influence their decisions. While markets are Europeanised and globalised, the same cannot be said for the state.

The educational contents of the SoG reflect the need to grasp this evolving scenario since it combines the theoretical aspects of political studies (such as political science, international relations, economics, law, history, sociology, organisation and management) with the practical components of government (such as those connected with the analysis and evaluation of public policies, public opinion, interests' representation, advocacy and organizational leadership).

For more information about the LUISS School of Government and its academic and research activities visit. [www.sog.luiss.it](http://www.sog.luiss.it)

## SUBMISSION GUIDELINES

---

LUISS School of Government welcomes unsolicited working papers in English and Italian from interested scholars and practitioners. Papers are submitted to anonymous peer review. Manuscripts can be submitted by sending them at [sog@luiss.it](mailto:sog@luiss.it). Authors should prepare complete text and a separate second document with information identifying the author. Papers should be between 8,000 and 12,000 words (excluding notes and references). All working papers are expected to begin with an indented and italicised abstract of 150 words or less, which should summarise the main arguments and conclusions of the article. Manuscripts should be single spaced, 11 point font, and in Times New Roman.

Details of the author's institutional affiliation, full postal and email addresses and other contact information must be included on a separate cover sheet. Any acknowledgements should be included on the cover sheet as should a note of the exact length of the article. A short biography of up to 75 words should also be submitted.

All diagrams, charts and graphs should be referred to as figures and consecutively numbered. Tables should be kept to a minimum and contain only essential data. Each figure and table must be given an Arabic numeral, followed by a heading, and be referred to in the text. Tables should be placed at the end of the file and prepared using tabs. Any diagrams or maps should be supplied separately in uncompressed .TIF or .JPEG formats in individual files. These should be prepared in black and white. Tints should be avoided, use open patterns instead. If maps and diagrams cannot be prepared electronically, they should be presented on good quality white paper. If mathematics are included, 1/2 is preferred.

It is the author's responsibility to obtain permission for any copyrighted material included in the article. Confirmation of Workinthis should be included on a separate sheet included with the file.

# SOG WORKING PAPER SERIES

---

The LUISS School of Government aims to produce cutting-edge work in a wide range of fields and disciplines through publications, seminars, workshops, conferences that enhance intellectual discourse and debate. Research is carried out using comparative approaches to explore different areas, many of them with a specifically European perspective. The aim of this research activities is to find solutions to complex, real-world problems using an interdisciplinary approach. LUISS School of Government encourages its academic and student community to reach their full potential in research and professional development, enhancing career development with clear performance standards and high-quality. Through this strong focus on high research quality, LUISS School of Government aims to understanding and influencing the external research and policy agenda.

This working paper series is one of the main avenues for the communication of these research findings and opens with these contributions.

WP #1 – Sergio FABBRINI, *Intergovernmentalism and Its Outcomes: the Implications of the Euro Crisis on the European Union* SOG-Working Paper 1, January 2013.

WP #2 - Barbara GUASTAFERRO, *Reframing Subsidiarity Inquiry from an “EU value-added” to an “EU non encroachment” test? Some Insights from National Parliaments’ Reasoned Opinions.* SOG-Working Paper 2, February 2013.

WP #3 - Karolina BOROŃSKA-HRYNIEWIECKA, *Regions and subsidiarity after Lisbon: overcoming the ‘regional blindness’?*, SOG-Working Paper 3, March 2013.

WP #4 - Cristina FASONE, *Competing concepts in the early warning mechanism*, SOG-Working Paper 4, March 2013.

WP #5 - Katarzyna GRANAT, *Institutional Design of the Member States for the Ex Post Subsidiarity Scrutiny*, SOG-Working Paper 5, March 2013.

WP #6 – Cecilia Emma SOTTILOTTA, *Political Risk: Concepts, Definitions, Challenges*, SOG-Working Paper 6, April 2013.

WP #7 – Gabriele MAESTRI, *Il voto libero: la necessità di regole chiare e trasparenti sul procedimento preparatorio e di un contenzioso che decida rapidamente*, SOG-Working Paper 7, July 2013.

WP #8 – Arlo POLETTI & Dirl DE BIÈVRE, *Rule enforcement and cooperation in the WTO: legal vulnerability, issue characteristics, and negotiation strategies in the DOHA round.*, SOG-

Working Paper 8, September 2013.

WP #9 - Sergio FABBRINI, *The Parliamentary election of the Commission President: constraints on the Parlamentarization of the European Union*, SOG-Working Paper 9, October 2013.

WP #10 - Lorenzo DONATELLI, *La disciplina delle procedure negoziali informali nel "triangolo decisionale" unionale: dagli accordi interistituzionali alla riforma dell'articolo 70 del regolamento del Parlamento Europeo*, SOG Working Paper 10, October 2013.

WP #11 - Mattia GUIDI & Yannis KARAGIANNIS, *The Eurozone crisis, decentralized bargaining and the theory of EU institutions*, SOG Working Paper 11, November 2013.

WP #12 - Carlo CERUTTI, *Political Representation in the European Parliament: a Reform Proposal*, SOG Working Papers 12, January 2014.

WP #13 – Dessislava CHERNEVA-MOLLOVA, *The EP's rules of procedure and their implications for the Eu institutional balance*, SOG Working Papers 13, February 2014.

WP #14 - Luca BARTOLUCCI, *The European Parliament and the 'opinions' of national parliaments*, SOG Working Papers 14, February 2014.

WP #15 - Leonardo MORLINO, *Transitions to Democracy. What We Know and What We Should Know*, SOG Working Papers 15, April 2014.

WP #16 - Romano FERRARI ZUMBINI, *Overcoming overlappings (in altre parole...oltre 'questa' Europa)*, SOG Working Papers 16, April 2014.

WP #17 - Leonardo MORLINO, *How to assess democracy in Latin America?*, SOG Working Papers 17, April 2014.

WP #18 - Nicola LUPO & Giovanni PICCIRILLI, *Some effects of European Courts on national sources of law: the evolutions of legality in the Italian legal order*, SOG Working Papers 18, May 2014.

WP #19 – Cristina FASONE, *National Parliaments under "external" fiscal constraints. The case of Italy, Portugal, and Spain facing the Eurozone crisis*, SOG Working Papers 19, June 2014.

WP #20 - Elena GRIGLIO & Nicola LUPO, *Towards an asymmetric European Union, without an asymmetric European Parliament*, SOG Working Papers 20, June 2014.



WP #21 - Ian COOPER, *Parliamentary oversight of the EU after the crisis: on the creation of the "Article 13" interparliamentary conference*, SOG Working Papers 21, August 2014.

WP #22 – Anne PINTZ, *National Parliaments overcoming collective action problems inherent in the early warning mechanism: the cases of Monti II and EPPO*, SOG Working Papers 22, October 2014.

WP #23 – Valentina Rita SCOTTI, *Religious freedom in Turkey: foreign models and national identity*, SOG Working Papers 23, January 2015.

WP #24 – Davide A. CAPUANO, *Overcoming overlappings in the European Union (entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem ...)*, SOG Working Papers 24, February 2015.

WP #25 – Francesco ALICINO, *The road to equality. Same-sex relationships within the european context: the case of Italy*, SOG Working Papers, July 2015.

WP #26 – Maria ROMANIELLO, *Assessing upper chambers' role in the EU decision-making process*, SOG Working Papers 26, August 2015.

WP #27 – Ugljesa ZVEKIC, Giorgio SIRTORI, Alessandro SABBINI and Alessandro DOWLING, *United Nations against corruption in post-conflict societies*, SOG Working Papers 27, September 2015

WP #28 – Matteo BONELLI, *Safeguarding values in the European Union: the European Parliament, article 7 and Hungary*, SOG Working Papers 28, October 2015

WP #29 - Ludovica BENEDEZIONE & Valentina Rita SCOTTI, *Equally victims? Post-revolutionary Tunisia and transitional justice*, SOG Working Papers 29, November 2015.

WP #30 - Marie-Cécile CADILHAC, *The TTIP negotiation process: a turning point in the understanding of the European parliament's role in the procedure for concluding EU external agreements?*, SOG Working Papers 30, December 2015.

WP #31 - Francesca BIONDI & Irene PELLIZZONE, *Open or secret? Parliamentary rules of procedures in secret ballots*, SOG Working Papers 31, December 2015.



Working Paper Series

---