

Marco Lamandini

**IL DIRITTO BANCARIO
DELL'UNIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

IL DIRITTO BANCARIO DELL'UNIONE (*)

SOMMARIO: 1. Una premessa. — 2. Il sistema composito di norme. — 3. Il sistema composito di amministrazioni. — 4. Il sistema composito dei rimedi giustiziali e quasi giustiziali. — 5. Una conclusione.

1. Ha giustamente rilevato Sabino Cassese (1) che « per comprendere il disegno che si va costruendo (con l'Unione bancaria), bisogna soffermarsi sulle figure organizzative composite ». Infatti, — Egli prosegue — « le figure composite sperimentate all'interno degli Stati presentano i seguenti caratteri: concorso di amministrazioni separate, ma contitolari di funzioni o di parti di funzioni, che vengono conferite ad un'amministrazione comune, alla quale esse contribuiscono anche organizzativamente; integrazione in forma associativa, non ordinabile in forma gerarchica, né in funzione del centro o della periferia, ma in funzione del servizio da svolgere; prevalenza del profilo funzionale su quello soggettivo, che passa in secondo piano, in quanto i soggetti fanno parte dell'organizzazione comune, non viceversa (per cui le amministrazioni composte sono adespote) ». Lo stesso A. ha inoltre messo in guardia dal rischio di voler ricostruire in modo statico l'architettura finanziaria europea, giacché essa non appare « un corpo legislativo stabile, e neppure una legislazione in movimento, bensì un movimento legislativo nel quale — prosegue l'Autore — per dirla in termini proustiani gli spazi bianchi sono almeno altrettanto quanto quelli scritti ».

In questo complesso contesto, per cercare di assolvere almeno in piccola parte alla missione (per vero, almeno per me, impossibile) che l'ampio titolo della relazione mi assegnerebbe, mi sembra consigliabile concentrare il mio esame del diritto bancario dell'Unione su tre profili

(*) Testo della relazione al convegno di studi organizzato da Banca d'Italia su *Il diritto bancario europeo*, Roma, 13 febbraio 2015.

(1) CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quad. Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, marzo 2014, 19.

istituzionali che mi pare siano non solo espressione “qualificata” di esso ma anche terreno assai fertile per sperimentare la complessità del nuovo diritto bancario e il suo porsi quale più avanzato avamposto della (problematica ma necessaria) sperimentazione della *governance* economica multilivello europea (2). I tre profili istituzionali del diritto bancario europeo che vorrei affrontare attengono, rispettivamente: (a) al sistema composito di norme; (b) al sistema composito di amministrazioni; (c) al sistema composito di rimedi giustiziali o quasi giustiziali. Mi sottraggo dunque al compito di offrire una rappresentazione del contenuto sostanziale del diritto bancario europeo, che evokerò soltanto in modo del tutto episodico in relazione ai tre profili di vertice sopra richiamati.

2. La variegata articolazione (che talora può apparire una disarticolazione) delle fonti del diritto bancario europeo mi sembra rappresenti, meglio che in ogni altro settore, non solo il profondo ripensamento dell’allocazione della sovranità e del potere di normazione che i mercati impongono alle istituzioni ma anche la molteplice graduazione dei poteri (pubblici e privati) di conformazione (vi sono qui tanti “toni di grigio”) che occorre per assicurare una omogenea *rule of law*. La *rule of law*, a sua volta, si rende necessaria non solo per assicurare le basi minime per la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi in prospettiva di integrazione economica *ma ancor più, oggi, per affermare forme di efficace reciproco controllo e leale affidamento in proiezione di allargata mutualità sociale e progressiva socializzazione del rischio finanziario entro i più ampi confini della comunità degli Stati membri*. Vi è in ciò il chiaro ritratto non solo, come pure è stato da tempo correttamente notato, della crisi dello Stato (3) e del dogma della statualità del diritto, e parallelamente dell’emergere di istituzioni della globalizzazione (4) ma anche — a me sembra — del tramonto del Novecento. Si è finalmente invertito — naturalmente non senza sussulti e pericolosi colpi di coda — quel processo

(2) Per una più ampia (e recente) valutazione di *policy*, v. *ECB Banking Supervision and beyond, Report of a CEPS Task Force*, a cura di Roldan e Lannoo, Bruxelles, dicembre 2014, 1-61.

(3) Ancora CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, *passim*. Ricordava GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 34, nota 53 che già TULLIO ASCARELLI, *Certeza del diritto e autonomia delle parti*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 123 poteva osservare che « la crisi della sovranità dello Stato si è riflessa — e lo notava V.E. Orlando avvicinando sotto questo aspetto l’istituzionalismo di Romano e il purismo di Kelsen — nella revisione del principio della sovranità del diritto ».

(4) Secondo la felice descrizione datane ad esempio da FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, *passim*.

nazionalistico che, secondo la diagnosi di Berman (5), aveva portato le nazioni di Europa ad essere sempre più distanti le une dalle altre nel XIX secolo fino a che esse, nella prima metà del XX secolo « si separarono violentemente e distrussero i vincoli comuni che le avevano fino ad allora tenute insieme per quanto blandamente ». Berman osservava così, sul finire del secolo da poco concluso, che « nel tardo XX secolo soffriamo ancora per colpa della storiografia nazionalista, nata nel XIX secolo, la quale sostiene la disintegrazione di un’eredità comune europea in campo giuridico ». La crisi finanziaria ha interrotto — forzatamente — l’abbrivio inerziale di quella deriva disgregazionista, che — negli ultimi decenni — aveva, in relazione alla struttura degli ordinamenti bancari nazionali e alla loro reciproca interazione nel contesto europeo, prevalentemente assunto le sembianze della *regulatory and supervisory competition in laxity*, ispirata da opportunistiche politiche del tipo “*beggar thy neighbour*” attraverso l’uso strumentale della leva normativa e dell’esercizio in concreto dei poteri di supervisione (ciò che, in un contesto che pur esibiva strumenti di armonizzazione, trovava spazio nelle pieghe, assai ampie, delle discrezionalità nazionali generosamente riconosciute dalle direttive di prima generazione). Naturalmente ciò non significa che forme di pericolosa differenza nelle regole e ancor più nei criteri di vigilanza siano oggi, tutti, d’incanto superati. Essi permangono in parte, come ben testimonia ad esempio il considerando (16) della direttiva 2013/36/UE là dove dispone — con una norma che riflette la giurisprudenza “*Van Binsbergen* (6)” ma, nel settore, suona più come un’invocazione che non come l’attestazione di uno stato di fatto — che « i principi del mutuo riconoscimento e della vigilanza esercitata dallo Stato membro di origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro rifiutino o revochino l’autorizzazione qualora elementi come il contenuto del programma, l’ubicazione delle attività o le attività effettivamente svolte *indichino in modo evidente* che l’ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui territorio svolge o intende svolgere la maggior parte delle proprie attività ». E a dimostrazione della rilevanza anche pratica che tuttora va riconosciuto a questo tema, può essere utile segnalare come penda proprio in questi giorni, seppur in relazione alla disciplina assicurativa e a seguito di una decisione dell’Eiopa di non procedere nei confronti dell’Ivass ai

(5) BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998, 38; il passo è ricordato già da GALGANO (nt. 3), 35, nota 54.

(6) Corte di Giustizia, 3 dicembre 1974, in causa C 33-74.

sensi dell'art. 17 del regolamento n. 1094, un caso avanti al *Board of Appeal* in cui viene in discussione proprio la compatibilità con il diritto europeo del potere dell'autorità dello Stato membro ospitante sul quale è svolta gran parte dell'attività di inibire l'attività sul suo territorio sul presupposto che la verifica prudenziale sull'ente o i suoi esponenti, se effettuata con i criteri più rigorosi dello Stato ospitante *che si assumono più conformi all'ordinamento europeo che non quelli applicati dallo Stato di origine*, non avrebbe consentito il rilascio dell'autorizzazione (7). Malgrado il perdurare di queste non trascurabili difficoltà di coordinamento, la *tendenza verso il progressivo superamento di forme di concorrenza regolamentare* appare tuttavia chiara.

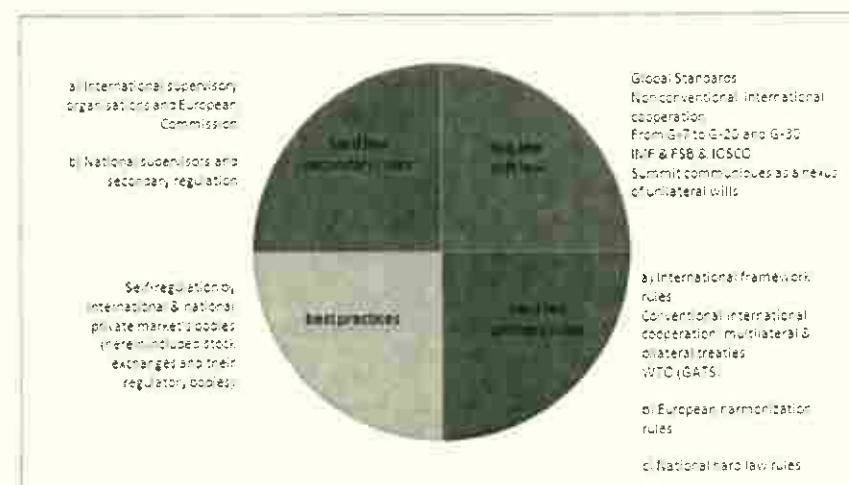
In questo generale contesto, a me preme qui segnalare, in relazione al sistema composito delle norme, senza alcuna pretesa di completezza, almeno tre tratti caratterizzanti del nuovo ordinamento bancario.

a) Vi è, anzitutto, una compenetrata coesistenza di norme giuridiche e norme sociali. Tale dicotomia si manifesta spesso nella diversa natura, rispettivamente, delle *command and control rules* e della *soft law*, ovvero nella distinzione tra precetti eteronomi di rango legislativo o amministrativo e regole autodisciplinari sia di tipo statutario a valenza auto-organizzativa sia di tipo genuinamente contrattuale. *E tuttavia ciò che ora balza agli occhi è che l'articolazione delle regole tra norma giuridica e norma sociale opera oggi sostanzialmente ad ogni livello della composita gerarchia delle fonti.* La *soft law* dell'Accordo di Basilea non è fattispecie meno partecipe dell'ordinamento bancario europeo delle norme prescrittive del regolamento (UE) n. 575/2013 su quei medesimi requisiti prudenziali. Le raccomandazioni della Commissione integrano l'ordinamento bancario europeo non meno dei regolamenti e delle direttive. Le raccomandazioni o linee guida dell'ABE non sono a loro volta meno partecipi dell'ordinamento dei *regulatory technical standards* o degli *implementing technical standards* proposti dall'ABE e resi vincolanti dalla Commissione. Le norme sui dispositivi di *governance* della direttiva 2013/36/UE non sono più rilevanti dei codici di autodisciplina o delle scelte statutarie di autoorganizzazione adottate dalle banche, anche se, ad onor del vero, in questo contesto la norma eteronoma o la disposizione di vigilanza sembra aver progressivamente sottratto spazi sempre più ampi (forse talora troppo ampi, seppur a fronte dei notevoli fallimenti di mercato osservati in

(7) Sulla questione attualmente all'esame delle autorità europee si è pronunciato, in Italia, TAR Lazio, sez. II, 14 gennaio 2015, *Onix Asigurari c. Ivass*, con ampia e articolata motivazione proprio sui rischi di arbitraggio normativo e di supervisione.

punto di *governance*) all'autonomia contrattuale (generando il dubbio che si sia talora dinanzi ad un *regulatory overkill* con un pericoloso rischio di ri-pubblicizzazione di fatto dell'impresa bancaria). Come nella tastiera del pianoforte, quasi ad ogni tasto bianco si contrappone un tasto nero, ad ogni nota piena un diesis, qui quasi ad ogni norma prescrittiva una raccomandazione o una linea guida. Il diritto bancario dell'Unione non è dunque solo diritto, o, se si vuole, è un diritto in un'accezione diversa da quella che gli era propria nell'epoca della statualità del diritto: presenta "scale maggiori" e "scale minori", componenti "dure" e componenti "morbide", ha fonti interne e fonti esterne. Si segnalano inoltre due tendenze che valgono ad ulteriormente erodere la "tenuta" di rigide segmentazioni tassonomiche in punto di qualificazione delle norme.

Da un lato, il « movimento legislativo » (per dirla con le giuste parole di Sabino Cassese) si regge effettivamente, più che su di una scala gerarchica di fonti (come tradizionalmente si usava descrivere le stesse), su di una ruota normativa in movimento del tipo di quella qui sotto rappresentata, suddivisa in 4 quadranti che possono leggersi sia in prospettiva *top down* sia *bottom up* (ai due vertici, superiore e inferiore, rispettivamente la *soft law* di fonte internazionale, prevalentemente espressione di istituzioni internazionali di tipo non convenzionale e comunque prive di poteri coercitivi e la *soft law* di mercato, di fonte contrattuale autodisciplinare, agli altri due estremi le regole prescrittive di fonte legislativa sovrastatale federale, statale e le regole prescrittive di fonte amministrativa dettate e attuate dalle autorità di vigilanza).



Qui la peculiarità sta nel fatto che le regole si muovono frequentemente da un quadrante all'altro, arricchendosi di contenuto ad ogni spostamento di quadrante, rendendo particolarmente evidente non solo il « *policy circle by trial and error* » (che sempre Sabino Cassese ha prima d'ora evocato in questo contesto, traslando la categoria dalla scienza politologica) ma anche quanto — pur in un'epoca in cui sembra affermarsi la retorica della completezza dell'ordinamento giuridico *riformato* — le istituzioni siano tributarie al mercato (esemplare, per certi aspetti, il caso della *governance*, in relazione al ruolo degli amministratori non esecutivi) per la funzione di *norm discovery*. *Ne esce confermato che l'ordinamento bancario europeo è (e continuerà ad essere) anzitutto — e correttamente — il risultato di un esercizio di co-regolazione* (8).

Dall'altro lato, occorre guardarsi dall'ascrivere solo alla norma giuridica in senso proprio il carattere della coercitività. Anche la regola di *soft law* che si qualifichi come raccomandazione o la regola autodisciplinare può assumere nei fatti valenza prescrittiva. *Ne costituisce esempio, in relazione a quelle del tipo da ultimo evocato (norme di autodisciplina)*, il fatto che l'autorità di vigilanza possa assumere le migliori pratiche fissate dai codici di condotta quale parametro di valutazione in relazione a regole prudenziali “aperte” quali la sana e prudente gestione, la trasparenza e la diligenza, finendo in tal modo con il poter sanzionare in modo coercitivo la deviazione dalla regola autodisciplinare. *Ne costituisce esempio in relazione a quelle del primo tipo (soft law che promana da istituzioni)*, il fatto che l'art. 6 della direttiva 36/2013/UE prescriva agli Stati membri di assicurare che le autorità competenti *facciano tutto il possibile per attenersi agli orientamenti e alle raccomandazioni* emanati dall'ABE conformemente all'articolo 16 del regolamento (UE) n. 1093/2010 e *per rispondere alle segnalazioni e raccomandazioni* elaborate dal CERS a norma dell'articolo 16 del regolamento (UE) n. 1092/2010.

b) In secondo luogo, il sistema composito di norme che costituiscono l'ordinamento bancario europeo è articolato al suo interno in una molteplicità di sottoinsiemi che esprimono un grado assai disomogeneo tra loro di profondità del processo di integrazione. *In altri termini l'ordinamento bancario europeo non si coglie solo in un movimento legislativo, ma anche in un movimento a più velocità*. Due esempi mi pare lo rendano manifesto.

(8) In argomento sia consentito rinviare a LAMANDINI, RAMOS MUNOZ, *A Simplified Model for European Capital Markets' Law*, ed. provv. (student version), Bologna, settembre 2014, volume 1, 97 ss.

Da un lato, vi è il diverso grado di profondità e velocità del processo di armonizzazione del diritto bancario dell'intera Unione europea rispetto a quello dell'Unione bancaria istituita tra gli Stati membri dell'Eurosistema (come è stato efficacemente notato da Marcello Clarich si va qui dalle regole armonizzate all'amministrazione centralizzata delle stesse e cioè da un'Europa delle regole ad un'Europa dell'amministrazione) (9). Per quanto la regolamentazione prudenziale fondamentale posta dalla direttiva e dal regolamento di rifusione n. 2013/36/UE e n. 575/2013 si applichi a tutti gli Stati membri dell'Unione, e lo stesso valga per il codice unico (“*single rule book*”) elaborato dall'ABE e dalla Commissione in conformità al regolamento UE n. 1093/2010 e, pure, all'intero spazio europeo si estendano le previsioni delle direttive 2014/59/UE relativa alla *bank recovery and resolution*, 2014/49/UE relativa ai sistemi di *garanzia* dei depositi nonché, in prospettiva, la proposta di regolamento sulle c.d. misure strutturali volte ad accrescere la resilienza degli enti creditizi della UE nonché la proposta di regolamento sullo *shadow banking*, tanto il sistema unico di supervisione quanto il sistema unico di gestione della crisi bancaria — per quanto istituiti entrambi con regolamento dell'Unione (rispettivamente i regolamenti UE n. 1024/2013 e 806/2014) — hanno ambito territoriale di applicazione limitato ai soli paesi dell'Eurosistema (cui possono aggiungersi, ma su base volontaristica, gli Stati membri estranei al sistema che vogliano qualificarsi come partecipanti). Sennonché, data la stretta interrelazione esistente tra regolamentazione e vigilanza prudenziale, ciò si traduce in un differenziale cospicuo di velocità dell'integrazione degli ordinamenti bancari dell'area Euro rispetto a quelli, pur europei, esterni all'Eurosistema. Così, se il considerando (9) della direttiva 36/2013/UE descrive il meccanismo di vigilanza unico in base al regolamento UE n. 1093/2010 e alla direttiva stessa come “il primo passo verso un'unione bancaria” e “il punto di partenza per le tappe successive verso un'unione bancaria”, l'Unione bancaria è viceversa già

(9) Intervento al seminario di studi *L'Unione bancaria. Competenze, procedure e tutele*, Roma, 26 Novembre 2014; dello stesso Autore, v. già *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea, relazione al convegno L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, in corso di pubblicazione nei *Quaderni di Giur. comm.*; *Id.*, *I poteri di vigilanza della banca centrale europea*, in *Diritto pubblico*, 2013, 975 ss.; *Id.*, *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca impresa soc.*, 2014, 333. Per una utile trattazione generale v. anche MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, n. 73, 2013, *passim*; GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea - Sistema delle fonti e modelli teorici*, Padova, 2012, *passim*.

conseguita in un sottoinsieme geografico dello spazio economico europeo circoscritto agli Stati membri aderenti all'Eurosistema.

Dall'altro lato, non ogni aspetto dell'ordinamento bancario è "catturato" allo stesso modo dal processo di europeizzazione. *Permangono in altri termini, nel composito sistema di norme proprio dell'ordinamento bancario europeo e malgrado la progressiva riduzione delle discrezionalità nazionali consentite dalla normativa europea, spazi non trascurabili ancora devoluti alla competenza normativa nazionale.* E a questo proposito sembra opportuno segnalare come ciò si apprezzi sia in relazione a normative genuinamente "interne a pieno titolo" all'ordinamento bancario sia in relazione ad altre che, pur "esterne" ad esso, ne costituiscono un presupposto necessario di applicazione. *Così, quanto alle prime, è sufficiente ricordare quanto si legge al considerando (15) della direttiva 2013/36/UE e cioè che, in punto di accesso all'attività e vigilanza prudenziale « è opportuno realizzare solo l'armonizzazione necessaria e sufficiente per pervenire ad un mutuo riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale che consenta il rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutta l'Unione e l'applicazione del principio della vigilanza da parte dello Stato membro d'origine » e che, come precisa il considerando (16), « la presente direttiva non dovrebbe incidere sull'applicazione delle normative nazionali nei casi in cui esse prevedono autorizzazioni speciali complementari che consentono agli enti creditizi di esercitare attività specifiche o di effettuare particolari tipi di operazioni ».* Analogamente, la stessa Unione bancaria conserva in capo agli Stati membri il presidio di normative, come quelle sull'antiriciclaggio, che esulano dagli "speciali compiti" attribuiti alla BCE. *Quanto alle seconde, emblematico mi pare l'esempio dei diritti societari nazionali.* Quanto al regime societario dei soggetti vigilati, infatti, l'ordinamento bancario europeo continua essenzialmente ad accogliere le soluzioni nazionali secondo il criterio di collegamento dello Stato membro di costituzione: ciò che non solo finisce con l'"importare" entro l'ordinamento bancario, in relazione ai profili organizzativi dell'ente, le molte disarmonie che connotano i differenti diritti societari degli Stati membri ma sembra consentire anche — come testimoniato dalla recente riforma italiana delle banche popolari — a ciascuno Stato membro di definire in autonomia il grado di utilizzabilità per l'esercizio dell'attività bancaria delle diverse forme societarie da esso previste. L'efficienza di questa soluzione (che, visto il radicamento dei diritti nazionali e la resistenza alla loro uniformazione, sembra destinata a perdurare a lungo nel tempo) appare tuttavia limitata nella prospettiva dell'ordinamento bancario: non a caso, nella più recente disciplina europea, si è reso

necessario dettare norme speciali di diritto societario per le banche sia in relazione ai dispositivi di *governance* (art. 91 della direttiva 2013/36/UE) sia in relazione ai contratti di assistenza finanziaria infragrupo (art. 16 e ss. della direttiva 2013/59/UE). Restano tuttavia privi di una uniforme regolamentazione, solo a fare qualche esempio tra i tanti possibili, la complessiva disciplina (civilistica) di gruppo, complesso l'adattamento delle regole bancarie nazionali dettate in relazione a profili organizzativi dei soggetti societari di diritto interno ai tipi della SE e della SCE, e probabilmente ancora penalizzante il regime (pur armonizzato) delle fusioni transfrontaliere, che pur dovrà probabilmente svolgere un ruolo non di secondo piano nell'assestare i processi di ristrutturazione e consolidamento continentale dell'industria bancaria europea. *A conclusioni non difformi, a ben vedere, mi pare si pervenga anche in relazione al diritto concorsuale degli Stati membri (per vero assai meno armonizzato del diritto societario) rispetto al pur cospicuo corpo normativo europeo in materia di "risoluzione" della crisi bancaria che si è venuto formando nell'ultimo anno con la direttiva bail in e con l'istituzione del single resolution mechanism.* Anche qui a norme europee che vorrebbero votarsi all'armonizzazione massima e che sono interne all'ordinamento bancario restano giustapposte norme nazionali che non sono armonizzate in quanto riconducibili all'ordinamento concorsuale generale; esse tuttavia, a dispetto della loro apparente estraneità all'ordinamento bancario, vi incidono assai significativamente, condizionando in concreto l'operare delle norme speciali armonizzate, rendendo così assai meno uniforme di quanto non ci si sarebbe atteso dopo il poderoso sforzo di regolamentazione europea dell'ultimo triennio, il diritto delle crisi bancarie.

c) In terzo luogo, nel sistema composito di norme che costituiscono il diritto bancario europeo, articolato — se ben vedo — in circa 10 livelli di norme (tra norme giuridiche e norme sociali), i diritti fondamentali posti al primo e più alto livello della scala gerarchica delle fonti sembrano oggi chiamati a *concretamente svolgere un (ancor più) attivo ruolo ordinamentale.* Se ne ha recente conferma nella notissima giurisprudenza della CEDU, anzitutto nella decisione nel caso *Grainger (Northern Rock)* (10) in relazione alla tutela assicurata alla proprietà (anche azionaria) e ai diritti di credito dall'art. 1 del Protocollo n. 1 nonché — per traslazione al settore bancario dei principi affermati dalla Corte nel limitrofo settore del mercato mobiliare, principii peraltro certamente coestensibili ad esso —

(10) CEDU, 10 luglio 2012, *Dennis Grainger e altri c. Regno Unito*; per un commento v. ARIANI, GIANI, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 721.

nella decisione *Grande Stevens* (11) in relazione al giusto processo e al rapporto tra sanzione amministrativa e sanzione penale. Qui peraltro è bene rammentare — seppur per inciso, ma in replica alla usuarrale cytop90oc vonsiderazione che le norme CEDU non godono del primato e dell'applicazione diretta proprie delle norme primarie europee — come è certo vero che la Corte Costituzionale italiana abbia da tempo precisato, in relazione al rapporto tra Convenzione e diritto interno, che il giudice nazionale ha sì il dovere di adeguarsi alle sentenze CEDU (12) ma « non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU » (13) sicché « nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale deve procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica, ma quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto interpretativamente, non può procedere all'applicazione diretta della norma della CEDU (...) e deve sollevare la questione di costituzionalità » (14). La Corte Costituzionale, inoltre, in relazione alle norme convenzionali CEDU, che sono da intendersi come sub-costituzionali, esercita, come è noto, un controllo di conformità con le norme costituzionali. Se ne potrebbe voler inferire che la capacità di conformazione dell'ordinamento bancario europeo dei diritti fondamentali che sono riflessi assai bene nelle norme CEDU finisce con l'essere, in tali limiti, circoscritta. Ciò non di meno, occorre altresì considerare che la gran parte dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU trovano altresì riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di modo che la doverosità del rispetto dei diritti fondamentali risulta per così dire “doppia” (v. anche 52(3) Carta, in relazione ai cc.dd “diritti corrispondenti”). Là dove il diritto fondamentale ha il proprio riconoscimento nella Carta ed è dunque fonte di rango massimo del diritto europeo, esso — a differenza di quanto avviene alla fonte CEDU — beneficia a pieno titolo del primato e dell'applicazione diretta senza

(11) CEDU, sentenze 4 marzo 2014 n. 18640 e 7 luglio 2014: su di essa v. almeno FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, 953; MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2015 (che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'A. e della Rivista).

(12) Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113.

(13) Corte Cost., 19 ottobre 2007, n. 348.

(14) Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311.

necessità della mediazione della Corte costituzionale (15), *purché tuttavia la materia rientri ai sensi dell'art. 51 della Carta nell'ambito di competenza del diritto europeo (ciò che tuttavia non è sempre facile a identificarsi con precisione: lo sono ad esempio i procedimenti sanzionatori rimessi al diritto nazionale?)*. Ciò è significativo del fatto che, probabilmente, come ben mostra la sentenza della Corte di Giustizia nel caso “*Aklagaren/Akerberg Fransson*” è soprattutto dai diritti fondamentali direttamente previsti nell'ordinamento dell'Unione e *in primis* dalla Carta dei diritti fondamentali che è da attendersi, nei limiti dell'art. 51 della Carta stessa e al di là della ampia attenzione che pur hanno di recente ricevuto le sentenze CEDU e a ben vedere in un'azione sinergica con esse, l'assolvimento del ruolo ordinamentale cui si è accennato sopra. Basti pensare, senza alcuna pretesa di completezza, oltre ai profili sopra indicati, alla delicata compatibilità con i diritti fondamentali dell'Unione di previsioni che, al fine di favorire la conversione del debito in capitale, derogano al diritto di opzione previsto dall'art. 29 della II Direttiva 77/91/CEE (come successivamente modificata) (16), alla questione se sia possibile prevedere — con finalità di conservazione del patrimonio di vigilanza — che i diritti dei creditori (o di taluni di essi) corrano un rischio di perdita *pari passu* se non addirittura antergato rispetto al capitale, alla non meno delicata attuazione del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali — quest'ultimo anche in relazione agli investitori di paesi terzi — in relazione al mercato del controllo bancario, alle relative procedure di autorizzazione (17) nonché — come talune più recenti sentenze della Corte di Giustizia potrebbero voler suggerire — alle misure difensive adottate da società pur ricorrendo a strumenti di diritto privato al fine di limitare o restringere la contendibilità del controllo (18).

(15) Particolarmente pertinente è qui, come noto, l'insegnamento, sempre in punto di *ne bis in idem* in relazione alla coesistenza di sanzioni amministrative e penali, ma riguardato non in relazione alla CEDU quanto all'art. 50 della Carta, Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, nel caso *Aklagaren c. Akerberg Fransson*.

(16) Sul tema v. Corte di Giustizia, 12 marzo 1996, in causa C-141/93; v. anche, in relazione al diritto di opzione concesso *pari passu* agli obbligazionisti convertibili, Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, in causa C-338/06.

(17) Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte in relazione al tema dell'investimento diretto, sia consentito rinviare al mio *Tem e problemi in materia di contendibilità del controllo, fondi sovrani e investimenti diretti stranieri nei settori strategici tra libera circolazione dei capitali e interesse nazionale*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 491.

(18) Si intende far qui riferimento alle potenzialità espansive recentemente mostrate dal principio di libera circolazione dei capitali — tradizionalmente applicato, ad esempio nel contesto delle *c.d. golden shares*, esclusivamente in relazione a misure statali idonee a restringere tale libertà — e cioè alla sua potenziale idoneità ad incidere anche su (e

3. Anche in relazione al sistema composito di amministrazioni che concorrono alla regolamentazione e vigilanza nell'ordinamento europeo mi limito ad evidenziare tre soli profili, che mi paiono di vertice.

a) Anzitutto, la scelta di demandare all'ABE, con il regolamento UE n. 1093/2010, la funzione di vigilanza regolamentare ma non l'esercizio della vigilanza prudenziale è sintomatica della già rilevata natura *progressiva* — *una progressione che si direbbe fatta solo per singoli passi ben distanziati tra loro* — del processo di edificazione dell'ordinamento bancario europeo. Si tratta, come è noto, di una soluzione pragmatica di compromesso politico (che ha avuto il suo archetipo nella stessa costruzione progressiva del sistema europeo delle banche centrali con competenze monetarie), in relazione alla quale tuttavia un ruolo significativo ha svolto anche la questione della base giuridica. L'utilizzo infatti dell'art. 95 Trattato CEE (poi art. 114 TFEU) poneva all'epoca incognite circa la sua "tenuta" già in relazione alla costituzione stessa di agenzie di regolamentazione delegata. Ove si fosse inteso attribuire anche funzioni di supervisione — ciò su cui, peraltro, non vi era all'epoca neppure il necessario consenso politico — si sarebbe potuto trattare di un "doppio salto nel vuoto", specialmente secondo coloro che interpretavano le risalenti decisioni della Corte di Giustizia nei casi "Meroni" (19) e "Romano" (20) come ostative ad ogni disegno del legislatore europeo che volesse investire di poteri decisori vincolanti, da esercitare sulla base di complesse valutazioni tecniche, autorità non previste dal Trattato. Questa stessa preoccupazione, come è noto, ha significativamente influito nella scelta, qualche anno dopo, della diversa base giuridica dell'art. 127(6) TFEU per l'istituzione del sistema unico di vigilanza in capo alla BCE, malgrado tale diversa base giuridica — pur avendo il pregio, politicamente assai apprezzabile nell'attuale contingenza, di consentire l'istituzione dell'Unione bancaria su base geografica più ristretta, confinata ai paesi dell'Eurosistema — evidenziasse altri limiti. Non consentiva infatti di estendere il meccanismo di vigilanza alle assicurazioni, costringeva ad accentrare

rimuovere) scelte di autonomia contrattuale e assetti organizzativi meramente privati, in alcun modo determinati dall'intervento pubblico. In tal senso potrebbero infatti doversi leggere alcune sentenze della Corte di Giustizia, tra cui quelle nei casi C-531/06 (*Farmacie italiane*), C-81/09 (*Tipou*) e C-89/09 (*French Bio-Medical Laboratories*): il rilievo non è mio bensì dello European Company Law Expert Group, *Response to the European Commission's Consultation on the Future of European Company Law*, 4 del documento accessibile a www.ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012.

(19) Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 1958, in causa C-9/56.

(20) Corte di Giustizia, sentenza 14 maggio 1981, in causa C-98/80.

presso l'autorità monetaria competenze di vigilanza micro e macro prudenziale tra loro in potenziale conflitto, rendendo così necessario definire una più articolata, e per vero alquanto "bizantina", architettura di *governance* della BCE, non consentiva la devoluzione alla BCE di tutte le funzioni ma solo di "specifici compiti" e presentava comunque talune incognite in relazione alla sua compatibilità con l'art. 65(1)(b) TFEU e con il principio di sussidiarietà (specie una volta che risultò chiaro l'intendimento di attrarre entro la competenza "esclusiva" della BCE anche le banche "non significative"). La domanda che ci si può porre oggi — e che costituisce per vero *una mera curiosità da giuristi*, giacché allora il contesto politico non avrebbe, mi pare, consentito di più e altro di quello che nei fatti fu realizzato — è in che modo il diritto fondativo dell'ABE avrebbe potuto essere o sarebbe stato diverso qualora la Corte di Giustizia avesse già espresso allora i principi che ha enunciato solo dopo, con la sua assai importante sentenza del 22 gennaio 2014, in causa C-270/12, *ESMA/Regno Unito* nel c.d. caso *shortselling* (21).

Se ben comprendo questa importante sentenza, infatti, la Corte ha qui ritenuto: (i) che non violi alcuna disposizione dei Trattati né si ponga in contrasto con la c.d. "dottrina Meroni" assegnare ad un'agenzia di diritto europeo non prevista dal Trattato un potere discrezionale pur assai ampio, qualora l'agenzia sia un ente dell'Unione creato da quest'ultima e il legislatore europeo abbia fissato criteri e condizioni che delimitano il campo d'azione dell'agenzia in modo da escludere che essa eserciti competenze di natura politica (22); (ii) che non è in contrasto con i principi enunciati dalla sentenza Romano, tenuto conto anche delle modifiche introdotte agli articoli 263(1) e 277 TFEU che consentono agli organi o organismi dell'Unione di adottare atti di portata generale, attribuire ad un'agenzia europea la competenza ad emettere provvedimenti normativi di portata generale, purché l'atto istitutivo dell'agenzia abbia cura di circoscriverli a quelli "di esecuzione" provvedendo ad un'adeguata definizione degli stessi; e *soprattutto* (iii) che gli articoli 290 e 291 TFEU non costituiscono casi tassativi di delega di poteri rispettivamente « per integrare o modificare elementi non essenziali dell'atto legislativo » o « per

(21) In relazione ad essa v. anche le conclusioni, parzialmente difformi, dell'Avvocato Generale Niilo Jaaskinen del 12 settembre 2013.

(22) Per una recente applicazione del principio, *in subjecta materia*, v. l'opinione dell'Avvocato Generale Niilo Jaaskinen del 20 novembre 2014, caso C-507/13, *Regno Unito e Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, in specie paragrafo 62 ss., in relazione alle disposizioni della direttiva 2013/36/UE sul rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione degli esponenti bancari.

l'esecuzione degli stessi » giacché gli autori del Trattato non hanno inteso stabilire un quadro normativo che consente di attribuire esclusivamente alla Commissione taluni poteri delegati, rilevando anzi come molti articoli del trattato (gli articoli 263, 267 e 277 TFEU in particolare) presuppongono il contrario; (iv) che infine le “misure di armonizzazione” previste dall'art. 114 TFEU possono anche consistere in misure di tipo amministrativo, ivi comprese quelle di tipo individuale (qualora le misure generali si dimostrino insufficienti) e che i destinatari di tali misure di ravvicinamento non devono essere necessariamente solo gli Stati membri. *Come si vede, dopo la pronuncia della Corte, anche l'art. 114 TFEU è di per sé base giuridica solida per l'accentramento in capo ad un'autorità europea delle funzioni di vigilanza* (se ne ebbe del resto prova con il regolamento UE n. 533/2011 che attribuì all'ESMA la vigilanza diretta sulle agenzie di rating e con il regolamento n. 648/2012 che, analogamente, dispose per i “trade repositories”). Inoltre, la base giuridica dell'art. 114 TFEU, nella misura in cui non postula affatto che l'attribuzione di competenze delegate assimilabili a quelle previste per la Commissione dagli articoli 290 e 291 TFEU sia riservata alla sola Commissione, consentirebbe anche che le misure delegate di regolamentazione e quelle di esecuzione — per le quali il regolamento UE n. 1093 prevede in capo all'ABE un mero potere preparatorio, demandandone l'adozione alla Commissione — fossero direttamente adottate dall'ABE quale agenzia europea di regolamentazione delegata. Il che, a ben vedere, consentirebbe anche di meglio isolarle da ogni tentazione di supplenza politica (si tratta infatti di misure regolamentari che, per definizione, non devono implicare scelte politiche), cosa che non altrettanto bene riesce alla Commissione che, non solo ha un ruolo di iniziativa legislativa in relazione alle norme di primo livello che esprimono le scelte di *policy* ma, nei fatti, ha una sempre più percepibile tendenza a ritagliarsi un ruolo politico.

b) In secondo luogo, i meccanismi di composizione funzionale tra amministrazioni centrali (europee) e periferiche (nazionali) e tra amministrazioni nazionali tra loro e cioè gli articolati processi di co-amministrazione dell'ordinamento bancario europeo rispettivamente previsti dalla direttiva 2013/36/UE, dal regolamento ABE e dai regolamenti UE 1024/2013 e 809/2014 costituiscono, mi pare, l'applicazione più avanzata che al momento si conosca in ambito europeo del modello organizzativo per reti di autorità. Per vero, si tratta di meccanismi anche significativamente diversi tra loro e che, a loro volta, esprimono *una progressione del modello di integrazione amministrativa* secondo quello che, correttamente,

Gianmichele Roberti ha prima d'ora descritto come la “declinazione plurale” dell'esercizio del potere.

Ad un estremo si hanno le ipotesi di cooperazione rinforzata e co-decisione da parte della autorità nazionali competenti nei collegi di supervisione previsti dalla direttiva 2013/36/UE (con un ruolo di mediazione svolto, a presidio dell'interesse europeo, dall'ABE ai sensi degli articoli 19 e 21 del regolamento 1093/2010).

In posizione intermedia, le competenze amministrative dell'ABE, ente *europeo* sì ma la cui *governance* spetta, al di là delle pur importanti funzioni svolte dal Presidente e dal Direttore esecutivo, *che tuttavia sono privi di diritto di voto*, alle autorità nazionali che siedono nel consiglio di sorveglianza e in quello di gestione. Giustamente, pertanto, Jacques De Larosière ha, per primo, manifestato, nel corso di un'audizione avanti al Parlamento Europeo (23), ben motivate perplessità su tale eccessivo peso assegnato, nel governo delle autorità europee, agli esponenti delle autorità nazionali raccomandando un progressivo riequilibrio del baricentro di potere tra Europa e Stati membri. E in questa prospettiva — verso un *progressivo* seppur lento rafforzamento della *governance* di matrice genuinamente europea dell'ABE — sembrerebbe volersi muovere il rapporto della Commissione al Parlamento Europeo dell'8 agosto 2014 sul funzionamento delle autorità di supervisione finanziaria europea (24). Peraltro non va dimenticato, quale che sia l'esito della riforma sulla *governance*, che le più importanti decisioni delle autorità europee, anche in casi di emergenza, subiscono in ogni caso il limite posto dalla clausola di riserva sulla c.d. “responsabilità fiscale” degli Stati membri di cui all'articolo 38 del regolamento 1093/2010.

All'altro estremo, si perviene, con l'Unione bancaria, all'articolata struttura di *governance* e non meno articolata ripartizione di competenze del sistema di vigilanza unico e del sistema unico di risoluzione, di cui si dirà subito di seguito.

c) Separata attenzione mi pare meritino infatti proprio le più estreme forme di co-amministrazione poste alla base dell'Unione bancaria nell'Eurosistema. Si tratta, indubbiamente, di un notevole progresso istituzionale. Colpisce tuttavia, anche qui, l'estrema varietà delle soluzioni

(23) High Level Conference on Financial Supervision in the EU, 24 maggio 2013, Bruxelles (accessibile on line al sito ec.europa.eu/finance/generalpolicy/committees).

(24) COM(2014) 509 final. L'indicazione della Commissione ha fatto seguito a raccomandazioni in tal senso del Parlamento europeo (Risoluzione del 22 marzo 2014) e del Fondo Monetario (IMF, *Country Report* n. 13/65, marzo 2013).

organizzative adottate pur all'interno di un medesimo schema concettuale di architettura istituzionale; e ciò sia in punto di *governance* delle due Autorità sia in relazione alla ripartizione di funzioni tra "centro" e "periferia", o per meglio dire, tra dimensione europea e dimensione nazionale (*seppur integrata in quella europea*). Basti considerare come, mentre la BCE è destinataria di competenze "originarie" esclusive ai sensi dell'art. 4 del regolamento UE n. 1024/2013, sia pure nei limiti degli "specifici compiti" di natura micro e macroprudenziale che l'art. 127(6) TFEU consentiva di attribuirle, e delega (tramite una vera e propria *delega di responsabilità* e non già mediante una semplice *delega di funzioni*) ai sensi dell'art. 6 (con l'eccezione dei poteri decisori sull'accesso al mercato e la contendibilità del controllo di cui all'art. 4(1)(a) e (c)) l'espletamento di tali funzioni rispetto alle banche non significative alle autorità nazionali partecipi del meccanismo di vigilanza, il meccanismo di risoluzione prevede che le competenze "originarie" in materia restino in capo alle autorità nazionali, salvo il potere di avocazione di competenza da parte del *Single Resolution Board*.

Peraltro, quale che sia l'allocatione del potere originario, qui l'articolazione organizzativa delle funzioni di vigilanza tra centro e periferia appare in entrambi i casi necessaria sia in ragione del principio generale di sussidiarietà sia, con riguardo più specifico alle esigenze settoriali, per assicurare effettivo rispetto della diversità dell'industria bancaria (non a caso evocata dal considerando 17 del regolamento UE n. 1024 e dall'art. 1(3)). *A dimensioni diverse dell'intermediario corrispondono esigenze di vigilanza e gestione della crisi altamente differenziate*. L'applicazione di una "*one size fits all rule*" genererebbe infatti una molteplicità di falsi positivi e falsi negativi nella vigilanza e nella gestione della crisi. Ne deriva così, solo a fare un esempio sul piano della vigilanza prudenziale, che, fermo per tutti il principio di sana e prudente gestione, metodi e approcci valutativi della vigilanza diretta sviluppati dalla BCE, quando applicati in sede di vigilanza indiretta dall'autorità nazionale competente, devono tener conto della diversità dell'intermediario per dimensione, portata geografica, modello di *business* e rischiosità.

Inoltre, sempre in punto di vigilanza prudenziale, l'articolazione organizzativa e funzionale del sistema unico di vigilanza si esprime, a sua volta, in processi amministrativi differenziati, che in tutti i casi vedono la compartecipazione sia della BCE sia dell'autorità competente nazionale.

Ove opera la vigilanza diretta, la compartecipazione dell'autorità nazionale si realizza a livello di struttura dei gruppi congiunti di vigilanza

istituiti in seno alla BCE (art. 3 del regolamento UE n. 468/2014 della BCE).

Ove opera la vigilanza indiretta mediante ripartizione di competenza per soggetti, prevista dall'art. 6 al fine di realizzare un modello di vigilanza del tipo "*hub and spoke*", invece, la BCE finisce con il demandare alle autorità nazionali componenti del meccanismo di vigilanza, tramite delega di responsabilità, vere e proprie funzioni decisorie, salvo conservare tuttavia il potere di dettare linee guida e quello di avocare a sé la funzione ove necessario.

Nei casi di competenza esclusiva per materia demandata dall'art. 4 (a) e (c) alla BCE, l'autorità nazionale è viceversa investita di funzioni che, nel caso del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività, danno luogo ad un sub-procedimento che sfocia nell'esercizio decentrato di funzioni decisorie ove si renda necessario verificare che siano rispettate le condizioni previste dalla disciplina nazionale e negli altri casi nell'esercizio di funzioni istruttorie e preparatorie. Non mancano altresì esigenze di raccordo tra i due pilastri della vigilanza e della gestione della crisi: ad esempio, in materia di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività dipendente dallo stato di crisi la co-amministrazione impone il coordinamento tra i due meccanismi di vigilanza e risoluzione (v. art. 4(1)(i) e 15(6) del regolamento n. 1024/2013).

4. Il diritto bancario dell'Unione offre infine, oltre ad un sistema composito di regole e di amministrazioni, anche un sistema altamente composito di rimedi giustiziali e quasi giustiziali. E poiché, da un lato, non vi è diritto senza azione e, dall'altro lato, la capacità delle norme sociali di effettivamente integrare l'ordinamento dipende dal modo in cui è concretamente esercitata la funzione giustiziale — se ne è avuta recente dimostrazione, mi pare, con la prima decisione del *Board of Appeal* nel caso *SV Capital /EBA* (25) in materia di esponenti aziendali bancari, là dove si sono ritenute nei fatti vincolanti ai fini dell'esercizio della discrezionalità amministrativa le *guidelines* dell'EBA, pur costituenti a rigore strumento di *soft law* — il tema risulta qualificante dell'ordinamento bancario europeo non meno dei primi due. Anche in relazione al sistema composito dei rimedi mi limito qui ad evidenziare tre aspetti che mi pare confermino come, anche in questo contesto, si sia dinanzi ad un fenomeno *progressivo*

(25) Board of Appeal, 14 giugno 2013.

di edificazione di un sistema articolato e coerente ma tuttora non manchino significativi elementi di incompletezza e incertezza.

a) Un primo aspetto che mi pare meritevole di considerazione attiene al fatto che l'ordinamento bancario dell'Unione, nella sua architettura istituzionale, si è conformato alle linee direttrici della Commissione (26) che promuovono l'adozione, a fianco delle vie di ricorso alla Corte di Giustizia, di un sistema rimediabile di tipo amministrativo e quasi giudiziale interno alle agenzie europee. Tuttavia i tre organi di giustizia interna previsti rispettivamente per le tre autorità di vigilanza europea, la BCE e lo SRM sono tra loro piuttosto disomogenei (27) e sussiste in particolare una marcata differenza tra il *Board of Appeal* previsto dal regolamento 1093 per l'ABE e l'*Appeal Panel* previsto dall'art. 85 del regolamento UE n. 806/2014 da un lato, e il *Board of Review* previsto dall'art. 24 del regolamento n. 1024/2013. A rigore, adottando la tassonomia prevalente in letteratura (28) in tema di organi investiti di funzioni "quasi giudiziali", solo i primi due, ma non il terzo, possono ricondursi entro tale nozione, dal momento che il terzo non soddisfa il tratto tipologico, in genere ritenuto necessario, del carattere vincolante della decisione adottata. Come è noto, infatti, il *Board of Review* della BCE non esprime una decisione vincolante bensì una opinione cui è assegnato un ruolo meramente endoprocedimentale in relazione all'adozione, in sede di revisione, del provvedimento finale da parte del *Governing Council* della BCE. Si è dunque dinanzi, anche qui, ad assonanze e dissonanze, ad armonie e disarmonie, a molteplici "mutazioni" istituzionali. Interessante è tuttavia anche notare come la soluzione prescelta all'interno del sistema di vigilanza unico — dove, non a caso, il *Board of Review* fu previsto solo in fase di avanzata elaborazione della proposta di regolamento — sia più "debole" rispetto a quella sia precedente dell'ABE sia successiva dello SRM, di modo che non sussiste una linea di progressione in funzione del tempo dell'adozione dei diversi regolamenti fondativi mentre sussiste una (parziale) relazione di proporzione inversa tra grado di tutela amministrativa e quasi giustiziale e centralizzazione delle funzioni amministrative.

(26) V. COM (2002) 718 final e COM (2005) 59 final; più di recente, Joint Statement 12 giugno 2012.

(27) Per una più ampia trattazione v. BLAIR, *Board of Appeal of the European Supervisory Authorities*, in *European Business Law Review*, 2/2013, 165 e LAMANDINI, *The ESAs' Board of Appeal as a Blueprint for the Quasi-Judicial Review of European Financial Supervision*, in *European Company Law*, 6/2014, 290.

(28) V. almeno DE LUCIA, *A Microphysics of European Administrative Law: Administrative Remedies in the EU after Lisbon*, in *European Public Law* 20, n. 2 (2014), 277-308.

Ciò peraltro, a ben vedere, si riscontra essenzialmente in relazione alla BCE (e non in relazione allo SRB), e probabilmente trova giustificazione nel fatto che il legislatore europeo ha subito qui un condizionamento in punto di *governance* a ragione della specificità propria della banca centrale, e cioè del contestuale espletamento da parte della BCE e dei suoi organi di governo di funzioni prudenziali e monetarie.

b) Un secondo aspetto meritevole di considerazione mi pare si possa rintracciare nel fatto che l'ordinamento bancario europeo è connotato da un sistema di competenze giudiziali e "quasi giudiziali" ripartito e "multilivello". La ripartizione di competenze opera, in particolare, in prospettiva sia orizzontale che verticale.

In prospettiva orizzontale viene in considerazione la relazione tra competenza della Corte di Giustizia e organi di giustizia amministrativa interna delle autorità europee. È qui da notare, anzitutto, come il rimedio "interno" svolga presso tutte le agenzie europee un ruolo di "filtro" rispetto al controllo della Corte di Giustizia e l'esaurimento del rimedio di giustizia interno è in genere previsto come condizione di ammissibilità per il ricorso alla Corte di Giustizia. Nel caso dell'ABE, il regolamento n. 1093/2010 sembra viceversa prevedere, in base al coordinato disposto dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 61, un modello di giustizia concorrente (viceversa il comma 1, letto in sé, ove non vi fossero state le previsioni dei commi 2 e 3 avrebbe potuto far pensare che il ricorso alla Corte dovrebbe seguire la decisione del Board of Appeal, dal momento che prevede l'impugnabilità delle decisioni dell'Autorità ai sensi dell'art. 263 TFEU "in cases where there is no right of appeal before the Board of Appeal"). Non mancano peraltro complicazioni procedurali anche nelle situazioni in cui le parti esperiscano in modo sequenziale i rimedi avanti alla Board of Appeal e alla Corte. Ciò, ad esempio, quando si abbiano domande cautelari di sospensione dell'efficacia di una decisione dell'agenzia proposta mediante ricorso *en référé* pur in pendenza di procedimento avanti alla giustizia interna. Ma la questione principale che si pone a riguardo mi pare sia quella della definizione dell'esatto perimetro del sindacato devoluto ai due distinti organi di giustizia. Vi è in altri termini da chiedersi se il ricorso alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 263 o 264 TFEU abbia effetti devolutivi uguali ovvero più limitati rispetto all'appello agli organi di giustizia interni alle autorità europee in materia bancaria. In una recente decisione (29) il *Board of Appeal*, giudicando di un appello proposto

(29) Board of Appeal, 10 novembre 2014, *IPE c. ESMA*.

avverso ad una decisione dell'ESMA, ha lasciato intendere di ritenere più ampio l'esame consentito dall'appello rispetto a quanto la Corte di Giustizia non consenta a se stessa. Potrebbe così intendersi, come ha ritenuto una recente e attenta dottrina (30) che nell'un caso si sia dinanzi ad un potere di revisione nel merito, mentre nel secondo caso ad un controllo di stretta legalità. A me pare, tuttavia, che questa conclusione sia verosimilmente eccessiva e che la distanza in concreto sul tipo di sindacato effettuato dalla Corte e dagli organi di giustizia interna sia minore di quella testé suggerita (e ciò perché, nella sostanza, essi si percepiscono come componenti di un unitario, seppur composito, sistema giustiziale ispirato ai medesimi principi). Da un lato, infatti, per quanto il *Board of Appeal* abbia, credo correttamente, puntualizzato nel caso *IPE/ESMA* la differenza tra ricorso alla Corte di Giustizia e appello agli organi di giustizia interna e nel caso *Global Standard Rating* effettuato una complessa revisione di merito del processo di registrazione di un'agenzia di rating da parte dell'ESMA, lo stesso *Board of Appeal* in tutti i casi finora decisi sembra essersi rigorosamente attenuto ad una verifica di legalità, manifestando altresì con chiarezza l'intendimento di non voler valicare l'area di discrezionalità tecnica demandata dai regolamenti fondativi agli organi di governo dell'autorità (31), salvo che non ricorrano casi eccezionali di errore manifesto (e ha qui, significativamente, richiamato il precedente della Corte di Giustizia nel caso *Max.Mobil* (T-54/97)). Dall'altro lato, è noto (32) che pur nel quadro di un sindacato di legalità, la Corte di Giustizia verifica, al fine di assicurare un controllo "intenso ed efficace" della decisione impugnata, vizi di incompetenza, violazione delle forme sostanziali e obbligo di motivazione (requisito quest'ultimo di ordine pubblico (33), da intendersi non assolto non solo in caso di mancata motivazione ma anche qualora essa sia insufficiente (34)), violazione delle norme di diritto e sviamento di potere. Sennonché, nel corso degli anni, si è assistito ad una progressiva evoluzione dell'intensità di questa verifica da

(30) GARGANTINI, *La registrazione delle agenzie di rating. La decisione della Commissione di ricorso delle Autorità europee di vigilanza finanziaria nel caso Global Private Rating Company "Standard Rating" Ltd c. Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati* (10 gennaio 2014), in *Riv. dir. soc.*, 2014, 416.

(31) V. in particolare le decisioni 10 gennaio 2014, *Standard Rating*, 18 luglio 2014, *SV Capital II* e 10 novembre 2014, *IPE/ESMA*.

(32) V. almeno FRITZSCHE, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *Common Market Law Review*, 47, 2010, 361-403.

(33) Corte di Giustizia, 2 dicembre 2009, in causa C-89/08, *Commissione europea contro Irlanda e altri*.

(34) Corte di Giustizia, 29 giugno 2010, in causa C-550/09.

parte della Corte di Giustizia la quale, muovendo dai criteri già indicati nella sentenza *Remia* del 1985, è venuta via via rendendo sempre più ficcante il proprio esame accrescendo nei fatti il controllo circa la ricorrenza di un errore manifesto o di un eccesso di potere nell'esercizio pur dei poteri discrezionali, pur escludendo sempre — e correttamente — ogni effetto devolutivo pieno del merito (35).

In prospettiva verticale, viene invece in considerazione la relazione tra competenza giustiziale "europea" della Corte di Giustizia e degli organi di giustizia amministrativa interna e giudici nazionali. Sul punto mi limito a due soli rilievi.

Il primo in relazione al sindacato delle decisioni delle autorità nazionali nel quadro del diritto europeo armonizzato ma al di fuori del sistema di vigilanza unico. Ebbene, rispetto a tali decisioni non vi è dubbio che permanga la competenza degli organi di giustizia previsti dal diritto nazionale. Si aggiunge tuttavia ora, in relazione ad eventuali vizi del provvedimento consistenti nella sua non conformità al diritto europeo, lo strumento di revisione previsto dall'art. 17 del regolamento n. 1093 che attribuisce all'ABE il compito di rimediare alle violazioni del diritto europeo da parte delle autorità di vigilanza. Tale rimedio è stato già invocato in più casi da soggetti « direttamente interessati » [o pretesamente tali (36)] per conseguire a livello europeo ciò che essi ritenevano di non aver conseguito a torto a livello nazionale da parte dell'autorità nazionale di vigilanza. Per quanto qui interessa, giova segnalare che le procedure interne delle autorità di vigilanza europee, nel dettare regole operative cui conformarsi nell'esercizio della relativa azione ai sensi dell'art. 17, che è d'iniziativa discrezionale salvo che la denuncia non pervenga da istituzioni qualificate indicate nell'art. 17 stesso, hanno precisato che occorre tener conto se il provvedimento dell'autorità nazionale sia stato o meno impugnato dinanzi al giudice nazionale. In quest'ultimo caso, sembra che l'autorità europea sia, in linea di principio, orientata a non provvedere d'iniziativa all'esercizio dei poteri di cui all'art. 17. Sembra dunque di intendere che si dia qui un'applicazione del principio di sussidiarietà, in forza del quale l'intervento rimediabile europeo potrebbe giustificarsi solo in difetto di un intervento giustiziale di diritto interno.

(35) In particolare v. le conclusioni dell'AG Cosmas nella causa C-83/98 e soprattutto la sentenza 20 maggio 2010, in causa C-12/03, *Tetra Laval BV contro Commissione europea* e le conclusioni dell'AG Tizzano nella medesima. V. anche Tribunale di Primo Grado, 17 settembre 2007, in causa T-201/04, *Microsoft*.

(36) V. a riguardo la decisione 10 novembre 2014, *IPE c. ESMA*.

Già in un caso, tuttavia, al *Board of Appeal* è stata formulata doglianza circa il fatto che un eccessivo “appiattimento” dell’autorità europea sulle posizioni assunte da autorità e giudici nazionali contrasterebbe con le finalità per le quali il sistema delle autorità europee è stato istituito, giacché non consentirebbe di contrastare processi di *supervisory competition in laxity* che siano strutturali e strategici, e rappresentino cioè vere e proprie opzioni nazionali capaci di condizionare anche il giudizio delle corti nazionali (in quel caso, questo rilievo era indirizzato al Lussemburgo). Credo, in effetti, che il delicato “dosaggio” dell’intervento supplementivo e sostitutivo europeo in casi di questa natura costituirà un banco di prova non facile per l’assetto istituzionale dell’ordinamento bancario europeo armonizzato e decentrato ed è bene tenerne conto, mi pare, in questa relazione verticale tra rimedi giustiziali o quasi giustiziali (invariabilmente, le decisioni di non provvedere ai sensi dell’art. 17 delle autorità di supervisione finanziaria europea vengono appellate al *Board of Appeal*, generando in tal modo una relazione verticale tra funzioni giustiziali).

Il secondo in relazione al meccanismo di vigilanza unitario. Nel sistema della rete giudiziale e amministrativa antitrust vige il principio secondo cui l’azione amministrativa decentrata, anche se svolta dalle autorità di concorrenza nazionale al fine di dare applicazione agli articoli 101 e 102 TFEU, è soggetta al sistema rimediale di diritto nazionale, essendo attratto nella competenza della Corte di Giustizia solo il sindacato delle decisioni assunte in materia di concorrenza dalla Commissione quale autorità europea. Questo principio è verosimilmente efficiente e sembra poterlo essere viepiù ove si possano porre, come nel caso dell’Unione bancaria, problemi di cumulo di normative europee e nazionali, tutte simultaneamente applicabili ad una medesima fattispecie, nel quadro di procedimenti che, proprio per dare adeguato spazio anche alla verifica circa l’applicazione della normativa nazionale, prevedono un ruolo procedimentale per l’autorità nazionale che compone l’autorità europea. Ne deriva che, ove si seguisse il modello della rete giudiziale e amministrativa antitrust (che tuttavia ha una propria espressa base normativa nel regolamento 1/2003) anche in sede di Unione bancaria (considerando dunque solo le materie fatte oggetto di accentramento con il regolamento 1024/2013) dovrebbe poter permanere una qualche ripartizione verticale di competenze giudiziali, giacché mentre i provvedimenti della BCE sono sindacabili dalla Corte di Giustizia quelli delle autorità nazionali dovrebbero continuare ad essere sindacabili dal giudice nazionale. Si tratterebbe in particolare dei provvedimenti di vigilanza sulle banche che la BCE fa oggetto di delega di responsabilità alle autorità nazionali (soggette cioè

alla sua vigilanza indiretta) e dei pochi provvedimenti a contenuto decisorio che l’autorità nazionale adotta, proprio in relazione al governo dei requisiti sostanziali di diritto nazionale, nel quadro di un procedimento complesso pur in titolarità della BCE (si pensi in particolare al provvedimento di diniego dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività). Vi è, tuttavia, che l’art. 4 del regolamento 1024/2013 prevede che tutti i compiti previsti dal medesimo articolo siano affidati « in esclusiva » alla BCE. Il medesimo articolo prevede che ciò avviene « within the framework of article 6 » e a sua volta il detto articolo prevede che il *single supervisory mechanism* è composto dalla BCE e dalle autorità competenti nazionali, che sembrano dunque essere consustanziali, per questo aspetto, all’istituzione europea. Resta dunque da definitivamente accertare — vuoi con una norma primaria vuoi per via di interpretazione del regolamento n. 1024/2013 da parte della Corte di Giustizia — se, proprio in ragione delle perduranti componenti di diritto nazionale che pur rimangono nell’ordinamento bancario europeo, l’istituzione del meccanismo unico di vigilanza, pur facendo delle autorità nazionali le componenti di un’istituzione europea, non finisca per ciò solo con l’attrarre la loro azione entro il sindacato diretto della Corte di Giustizia ma, sull’esempio della rete delle autorità di concorrenza e giudici nazionali e in coerenza con i principi ispiratori di tale sistema decentrato di giustizia, consenta che le decisioni delle stesse previste nel meccanismo di supervisione unica restino a pieno titolo soggette al sindacato del giudice nazionale. Peraltro, una questione parallela e in qualche modo simmetrica si pone anche in relazione ai provvedimenti adottati sì dalla BCE, ma in base al diritto nazionale di trasposizione del diritto europeo. Non sarà facile per la Corte di Giustizia verificare l’azione di un’istituzione europea in base al diritto nazionale, tanto più ove si dessero mai casi in cui viene applicato dalla BCE non solo e non tanto il diritto sostanziale nazionale attuativo del diritto europeo quanto il diritto procedimentale nazionale.

c) È tempo ormai di concludere. E mi limito dunque a solo enunciare un ultimo aspetto che riguarda profili giustiziali che pure mi paiono meritevoli di attenta considerazione. Ricordavo, in avvio di questa mia breve relazione, che Sabino Cassese ha giustamente osservato come, in relazione all’ordinamento bancario europeo, « gli spazi bianchi sono almeno altrettanto quanto quelli scritti ». Questa osservazione è molto vera anche in materia giustiziale, dove restano da scrivere importanti capitoli. Mi limito a menzionarne solo due.

Da un lato, vi sono molteplici questioni processuali che dovranno trovare soluzione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Così

occorrerà accertare se — come io sarei orientato a ritenere e come anche l'ABE sembrava aver informalmente condiviso in sede di consultazione sulle proposte di revisione del regolamento 1093/2010 — le linee guida e raccomandazioni della stessa, pur formalmente non vincolanti, ma in realtà fonti qualificate dell'ordinamento, possano ritenersi soggette al sindacato (almeno) degli organi di giustizia interna, se non già della Corte di Giustizia in ragione della espressa limitazione che risulta in tal caso dalla lettera dell'art. 263 TFEU. È piuttosto evidente, infatti, che ove esse venissero sottratte ad ogni sindacato in applicazione “automatica” per traslazione dei vincoli al sindacato della Corte in relazione alle mere raccomandazioni o altri atti atipici inidonei a produrre effetti diretti nei confronti dei destinatari o venissero assoggettate alle regole procedurali in tema di provvedimenti endoprocedimentali e preparatori (rispetto ai provvedimenti nazionali derivati) — di modo che i loro vizi andrebbero fatti valere impugnando l'atto finale di invalidità derivata, avanti tuttavia ad un giudice nazionale che è spesso altamente deferente rispetto a provvedimenti normativi interni derivati da quelli europei —, la giustizia di una componente piuttosto ampia e significativa dell'ordinamento bancario europeo sarebbe nella sostanza assai ridotta, se non virtualmente nulla (37).

In secondo luogo, si dovrà verificare in che modo la ormai copiosa giurisprudenza della Corte in tema di interesse diretto all'impugnazione di regolamenti o provvedimenti di carattere generale — che ha di recente trovato un importante punto fermo nella sentenza *Inuit* (38) — possa concretamente trovare applicazione in relazione alle disposizioni regolamentari dell'ordinamento bancario europeo. Si tratterà in particolare di ben precisare, qui, quando essi « non comportano misure di esecuzione » e quando siano idonei ad incidere una situazione soggettiva « a causa di particolari qualità personali o di particolari circostanze atte a distinguere il titolare di tale situazione soggettiva rispetto alla generalità dei destinatari »: requisiti ritenuti entrambi dalla giurisprudenza della Corte neces-

(37) Per una discussione della questione all'indomani dell'adozione dei regolamenti fondativi, v. LAMANDINI, *I regolamenti europei istitutivi del comitato per il rischio sistemico e delle autorità europee di vigilanza su assicurazioni, banche, strumenti finanziari e mercati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 211. La risposta alla consultazione sulla revisione dei regolamenti fondativi del Board of Appeal invitava a considerare una revisione degli stessi per precisare il punto; l'ABE rilevava informalmente di ritenere sindacabili avanti al Board anche tali provvedimenti. Si tratta tuttavia di *interna corporis* privi di qualsivoglia vincolatività e che esprimono orientamenti informali che andranno misurati alla prova dei fatti.

(38) Corte di Giustizia, 3 ottobre 2013, in causa C-583/11, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.

sari per riconoscere *locus standi* all'attore. La sentenza *Ruetgers* (39) offre probabilmente primi utili indicazioni (essa è stata infatti pronunciata in relazione ad un atto regolamentare dell'agenzia delle sostanze chimiche) e si tratterà di verificare la traiettoria evolutiva che la Corte riterrà di darvi tenuto conto della rilevanza di essi nel complesso e assai importante ordinamento bancario europeo. Non meno importante sarà osservare, più in generale, l'evoluzione giurisprudenziale in tema di legittimazione ad agire sia avanti agli organi di giustizia interna (40) sia alla Corte di Giustizia.

Dall'altro lato, piuttosto preoccupante appare il “vuoto” normativo in tema di presidio giustiziale rispetto alle sanzioni. Mentre infatti in relazione alle sanzioni antitrust la Corte di Giustizia si è vista attribuita un potere di riesame, che legittima una graduazione degli importi, questa facoltà, che pur l'art. 261 TFEU consentirebbe, non sembra esercitata, allo stato, in relazione all'ordinamento bancario europeo, neppure in relazione alle sanzioni che l'art. 18(1) — e forse anche l'art. 18(7) (41) — consegna alla cura della BCE.

5. Se dunque — come si è visto — la descrizione più fedele dell'Unione bancaria è quella di un ordinamento in movimento e ancora in progressiva evoluzione, non occorre indugiare in alcuna conclusione. Mi sembrerebbe più giusto rilevare come, in genere, il massimo sforzo si abbia allorché un corpo immobile viene posto in movimento e concludere con le parole finali di un celebre e bellissimo libro di Jean Giono: « Quando penso che un uomo solo (...) è bastato a far uscire dal deserto quel paese di Canaan, trovo che, malgrado tutto, la condizione umana sia ammirevole. Ma, se metto in conto quanto c'è voluto in costanza nella grandezza d'animo e d'accanimento nella generosità per ottenere questo risultato, l'anima mi si riempie di un enorme rispetto ».

MARCO LAMANDINI
Prof. ord. di Diritto commerciale
nell'Università di Bologna

(39) Tribunale di Primo Grado, 7 marzo 2013, in causa T-96/10, *Rütgers Germany GmbH e altri contro Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA)*.

(40) V. qui, ancora, Board of Appeal, decisione 10 novembre 2014, *IPE/ESMA*.

(41) Devo il rilievo che le sanzioni fondate sulle due diverse base giuridiche potrebbero in effetti trovare diverso trattamento in punto di giurisdizione piena a Raffaele D'Ambrosio, che più e meglio di me conosce il tema delle sanzioni in Italia e in Europa.