

Rivista trimestrale di diritto pubblico

«L'invention de l'État»

L'IS è uno Stato?

L'accordo di Parigi sul clima

La disciplina dei conflitti di interessi

Gli «Special Advisers» nel Regno Unito

Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti



www.giuffre.it/riviste/rtdp

Per i testi dei provvedimenti più importanti non inseriti nel fascicolo

www.irpa.eu/rtdp



GIUFFRÈ EDITORE

ISSN 0557-1464

La *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fondata nel 1951 da Guido Zanobini, è stata diretta dal 1964 al 2000 da Giovanni Miele e Massimo Severo Giannini.

Direttore: Sabino Cassese

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby, Francesca Bignami, Armin von Bogdandy, Mark Thatcher, Joseph H.H. Weiler

Vicedirettore: Bernardo Giorgio Mattarella

Comitato di direzione: Stefano Battini, Lorenzo Casini, Marco D'Alberti, Giulio Napolitano, Aldo Sandulli, Luisa Torchia, Giulio Vesperini

Primo redattore: Elisa D'Alterio

La direzione e la redazione della Rivista hanno sede in via Cristoforo Colombo, 115 - 00147 Roma - tel. 06/5136691 - fax 06/5128205 - e-mail: rtdp@giuffre.it.
Sito *web*: www.irpa.eu/rtdp

AVVERTENZA PER GLI AUTORI

La *Rivista* adopera la fotocomposizione. Gli autori possono far pervenire i loro articoli in formato «.doc», redatti secondo le istruzioni per gli autori riportate alla fine di ogni fascicolo, tramite e-mail all'indirizzo rtdp@giuffre.it. Per chiarimenti si prega di rivolgersi alla redazione della rivista.

Nei prossimi fascicoli

La vigilanza bancaria - La valorizzazione dei beni culturali - Assistenza sanitaria transfrontaliera - Scienza e tecnica nell'organizzazione amministrativa - "UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges" - L'Unione europea e le crisi - Il caso "Micula" - La riforma della pubblica amministrazione

2016

ANNO LXVI

Rivista trimestrale di diritto pubblico



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO
FASCICOLO N. 1

Simposio: a proposito di «L'invention de l'État» di Jean-Michel Blanquer e Marc Milet

ALDO SANDULLI, <i>Hauriou, Duguit e la funzione sociale del diritto pubblico</i>	1
PASCALE GONOD, <i>Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne</i>	9
FABRICE MELLERAY, <i>Maurice Hauriou et Léon Duguit ou les dioscures du droit public français</i>	21
BERNARDO SORDI, <i>Hauriou e Duguit: «deux duellistes en République»</i>	33

Articoli

ARIANNA VEDASCHI, <i>Da al-Qā'ida all'IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?</i> ...	41
STEFANO NESPOR, <i>La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi</i>	81

Note

ANTONIO PRETO e BRUNO CAROTTI, <i>Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell'Agcom</i>	123
--	-----

Rassegne

ANGELO LALLI, <i>Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna</i>	155
LORENZO CASTELLANI, <i>Il processo di istituzionalizzazione degli «Special Advisers» nel governo del Regno Unito</i>	189

Rivista bibliografica

<i>Opere di Elisa D'Alterio</i> (Gaetano D'Auria); <i>Emanuele Felice</i> (Guido Melis); <i>Matteo Gnes</i> (Gaetano D'Auria); <i>Silvia Bolgherini</i> (Giulio Vesperini); <i>Federico Fabbrini, Ernst Hirsch Ballin e Han Somsen</i> (Stefano Battini); <i>Christos V. Gortsos</i> (Rita Perez); <i>Maurice Adams, Henri de Waele, Johan Meeusen e Gert Straetmans</i> (Edoardo Chiti).....	219
Note bibliografiche a cura di Edoardo Chiti, Luca De Lucia, Rita Perez, Nicola Posteraro, Giuseppe Sciascia, Giulio Vesperini, Flavio Valerio Virzì.....	260

Notizie

Uno studio su «Internationalisation and Higher Education» (<i>Monica Cocconi</i>)	267
La prima fase del completamento dell'Unione economica e monetaria (<i>Matteo Gnes</i>)	269
La «Commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes» (<i>Bruno Carotti</i>) ...	273
<i>Requiem</i> per la Magna Charta? (<i>Elisabetta Morlino</i>)	279
Corte Suprema Usa e nomina dei giudici (<i>Andrea Averardi</i>)	282
Una ricerca sulla conferenza di servizi (<i>Giulio Vesperini</i>)	285

Libri ricevuti	289
-----------------------------	-----

Notizie sui collaboratori	291
--	-----

Contents	295
-----------------------	-----

Istruzioni per gli autori	301
--	-----

certamente suggestivo, ma si potrebbe replicare che la via parlamentare ha già compiuto dei passi, mentre quella presidenziale richiederebbe un ripensamento più radicale. E inoltre, considerato l'*integration paradox* descritto da Puetter, sarebbero gli Stati membri disposti a procedere nell'integrazione sapendo di dover trasferire la propria sovranità in un quadro istituzionale presidenziale?

La ricetta europea è complicata. Se metti troppo sovranazionalismo, rischi di perdere l'indipendenza della Commissione e di bloccare il cammino dell'integrazione. Ma, se ne metti troppo poco, rischi di bloccare il processo decisionale, oppure di determinare la prevalenza di alcuni Stati sugli altri. Se metti troppi vincoli europei sui processi politici nazionali, rischi di indebolire la *accountability* «interna» dei governi e parlamenti nazionali. Ma se ne metti troppo pochi, rischi di indebolire la *accountability* esterna delle istituzioni domestiche, rispetto ai cittadini di altri Stati membri. Se procedi troppo velocemente nell'integrazione politica dell'Unione, rischi di frammentarne la *membership*. Ma se procedi troppo lentamente, rischi di compromettere la capacità delle istituzioni pubbliche di governare fenomeni economici e sociali che ormai si svolgono su dimensioni territoriali più ampie di quelle degli Stati. Se ti avvicini troppo al modello statale, rischi il super Stato. Ma se ti avvicini troppo poco, rischi di affidare scelte ad alto contenuto politico ad una organizzazione internazionale, la cui legittimazione democratica appare troppo indiretta per essere sufficiente. Walter Hallstein, riferendosi al ruolo della Commissione, suggeriva di procedere per adattamenti progressivi: «what our mission demands is pragmatic adaptation to everchanging reality» (*Speech at the constituent session of the Parliamentary Assembly*, 19 March 1958, in Hallstein, W., *Europäische Reden*, Hrsg. Th. Oppermann, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1979, 50—51). È davvero venuto il momento di cambiare strategia e proporre un grande disegno riformatore? Se è così, allora *Be careful what you wish for*.

STEFANO BATTINI

Christos V. GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM). Legal Aspects of the First Pillar of the European Banking Union*, Athens, Nomiki Bibliothiki, 2015, 393 p., ISBN: 9789605624217.

L'instabilità che, negli ultimi anni, ha investito la finanza europea ha attivato, secondo un'opinione condivisa, almeno tre gruppi di azioni: in corrispondenza del primo affacciarsi della crisi, del suo progressivo aggravarsi e degli scarsi risultati ottenuti con il complesso delle iniziali misure adottate. I primi di questi interventi, volti a definire e rafforzare standard prudenziali, internazionali hanno portato all'adozione di una significativa regolazione, elaborata in sede internazionale, culminata con la creazione del *Financial stability board*, da parte del G 20 dell'aprile 2009, e del *Basel Committee on Banking Supervision on Micro and Macro Prudential Banking Regulation*. Con la costituzione dei due organismi si evidenziava la necessità di una maggiore trasparenza delle regole applicate al settore bancario e a quello definibile come il «sistema bancario ombra». Si nota, in questa prima fase,

l'assenza di interventi europei, che saranno, viceversa, numerosi a partire dal 2010.

Dal 2010, con il progressivo aggravarsi della crisi, cominciano a essere adottati provvedimenti, spesso di carattere organizzativo, volti alla costruzione di quella che è stata definita dagli studiosi la nuova architettura europea. Risale al 2010 la costituzione di tre autorità di regolazione nei settori delle assicurazioni, dei mercati e delle banche e, in particolare, si affida a quest'ultima, l'*European Banking Authority* (EBA), il compito di creare un sistema unico di regole bancarie (con la messa a punto di un *single rulebook*). L'EBA doveva assicurare la convergenza delle prassi applicative in vista di una vigilanza prudenziale unica, sostitutiva di quella lacunosa esistente, dovuta anche al numero elevatissimo di istituti di credito operanti in Europa (Regolamento n. 1093/2010 del Parlamento, istitutivo dell'EBA, considerando nn. 1 e 8). Alle tre autorità di regolazione, nello stesso anno, è stato affiancato il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS).

Di fronte al perdurare della crisi e al fallimento delle soluzioni in precedenza adottate, su impulso della Commissione europea, si è provveduto, con estrema rapidità, all'adozione di nuovi interventi, i c.d. *children of crisis* o, addirittura, i figli di due crisi che hanno al centro la costituzione dell'*European Banking Union* (EBU) fondata su tre pilastri: il *Single Supervisory Mechanism* (SSM), pietra miliare nella costruzione europea, come lo fu, in passato, la moneta unica; il *Single Resolution Mechanism* (SRM) e il *Single Resolution Fund* (SRF).

Allo studio di questo terzo gruppo di interventi e, principalmente, all'analisi del SSM è dedicato il volume di Gortsos articolato in sette sezioni. Nella prima sono indicati i profili normativi e politici che esercitarono la loro influenza sulla nascita dell'Unione bancaria, determinata, in particolare, dal tentativo di rompere il circolo vizioso instauratosi tra banche e Stati sovrani. Nella seconda sezione è descritta la cornice normativa del SSM. La terza, ha a oggetto la struttura e il perimetro in cui il Meccanismo agisce. La quarta sezione investe gli obiettivi attribuiti alla Bce e le diverse forme di cooperazione disciplinate dal regolamento istitutivo del SSM. Nella quinta sezione sono esaminati i compiti affidati alla BCE, i suoi specifici poteri di indagine e quelli di supervisione. La sesta sezione è dedicata alla nuova struttura della BCE con particolare attenzione a due *bodies* operanti al suo interno: il *Supervisory Board* e l'*Administrative Board of Review*. Nella settima sezione, infine, Gortsos svolge alcune considerazioni sul sistema che è stato costituito, sul pericolo di un'*over-regulation*, e sul costo e i benefici dei nuovi meccanismi. Il volume è completato da tre indici e un'appendice. Nel primo indice sono registrate le fonti primarie utilizzate (internazionali, europee, atti della BCE). Nel secondo, sono elencate tutte le fonti secondarie consultate. A questi due indici si aggiunge un'appendice nella quale sono segnalati gli articoli del TFUE che influiscono sul funzionamento del SSM e la BCE *framework regulation* avente a oggetto il SSM. In chiusura è pubblicato anche un breve indice analitico.

Lo studio si fonda su una minuziosa analisi delle fonti normative internazionali ed europee che sono state adottate per rispondere alla crisi e per costituire l'Unione bancaria europea.

Com'è noto, il primo pilastro dell'Unione bancaria è rappresentato dal SSM, che, in una prospettiva storica, sana una vistosa asimmetria nel sistema di vigilanza finanziaria perché, mentre la vigilanza e il controllo sulla moneta sono stati affidati, sin dal 1992, alla BCE, la vigilanza microprudenziale sui singoli istituti di credito e sulle autorizzazioni bancarie, malgrado gli interventi per fronteggiare la crisi che si sono succeduti almeno dal 2007, sono stati svolti, fino al 4 novembre 2014, a livello nazionale. Una seconda asimmetria da sanare riguardava la *fiscal policy*, anch'essa lasciata ai governi nazionali fino al 2014, mentre la *monetary policy* per gli Stati dell'euro area era nell'esclusiva competenza dell'Unione europea (art. 3, n.1, c), TFUE e art. 105, n. 5, Trattato Cee.

Il nuovo Meccanismo, nel quale un ruolo centrale è svolto dalla BCE, è stato attentamente analizzato da Christos Gortsos, sotto il profilo della struttura e sotto quello delle funzioni. Sulla struttura del SSM, l'autore nota alcune particolarità che lo rendono differente dall'Eurosistema i cui componenti sono solo la BCE e le banche centrali degli Stati membri la cui moneta è l'euro, mentre il SSM è aperto anche agli Stati la cui moneta non è l'euro, i c.d. Stati membri partecipanti. Si tratta di Stati che, pur non appartenendo alla zona euro, hanno instaurato con la BCE, attraverso le autorità nazionali competenti, una collaborazione stretta (*close cooperation*). E ciò significa che il SSM è aperto a una maggiore collaborazione nei confronti degli Stati dell'Unione. Non solo. Quest'apertura influisce, anche, sui poteri della BCE. Questa, nell'Eurosistema esercita compiti monetari e di controllo dei prezzi, mentre nell'ambito del SSM, allargato territorialmente il perimetro della sua azione, la BCE svolge compiti di vigilanza microprudenziale anche nei confronti degli Stati membri partecipanti. Infine, nel Sistema europeo delle banche centrali (SEBC), la BCE è impegnata nel mantenimento della stabilità dei prezzi, mentre come componente del SSM persegue obiettivi più ampi, di vigilanza prudenziale e anche di stabilità finanziaria.

Dunque, nota Gortsos, con la crisi, si assiste a un consistente ampliamento dei poteri della BCE, dapprima limitati alla stabilità dei prezzi, perseguiti nell'ambito della politica monetaria, all'autorizzazione della stampa di cartamoneta, alle operazioni di cambio (art. 219 TFUE) e alla raccolta di informazioni statistiche (p. 90) e, successivamente, estesi al controllo del sistema finanziario europeo per effetto del funzionamento dell'*European Systemic Risk Board* (ESRB), fino ad arrivare alla supervisione microprudenziale *under the Ssm regulation* (art. 127, n. 6, TFUE). Questa progressiva estensione dei poteri suscita qualche perplessità nell'autore che, di fronte ad atti di varia natura della BCE, quali regolamenti, decisioni, opinioni, linee guida, raccomandazioni o pareri, che rappresentano la fonte principale del diritto bancario europeo, appare incline a tratteggiare una separazione tra *basic and non-basic tasks* esercitati dalla BCE, pur se la divisione *is not always clear* (p. 90).

Nell'ambito delle funzioni del SSM, uno dei temi analizzati nel volume è quello, assai discusso, dell'affidamento del ruolo della supervisione finanziaria alla BCE. In astratto, questo ruolo poteva essere attribuito all'EBA oppure essere affidato a una *Banking Supervisory Authority*, appositamente creata. Tuttavia, secondo Gortsos, la Commissione non ha avuto scelta dal momento che l'Eurosummit del 29 giugno del 2012 aveva deciso che «the Commission

will present proposal on the basis of article 127(6) for a Single supervisory mechanism shortly» e che questa decisione era stata confermata, nello stesso giorno dal Consiglio europeo. E poiché ai sensi dell'art. 127(6) del TFUE si consentiva l'affidamento alla BCE di compiti specifici in merito a politiche di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, senza modificare il trattato, la decisione di affidare i nuovi compiti all'istituzione di Francoforte apparve, considerata l'urgenza del momento, una soluzione quasi obbligata. Certo, non sfugge all'autore che questa scelta ha comportato la necessità di separare la politica monetaria della BCE da quella di vigilanza e di frapporre tra l'una e l'altra funzione *a chinese walls*, al fine di evitare conflitti di interesse nello svolgimento delle due funzioni. Su questo aspetto, Gortsos, in un'ottica non limitata all'Europa, osserva che diversi Stati hanno preferito assegnare la supervisione finanziaria a corpi indipendenti per salvaguardare l'indipendenza della politica monetaria. Oggi, peraltro, questa tendenza si è andata orientando verso la concentrazione per effetto della crisi finanziaria internazionale e dei fallimenti che ne sono derivati (p. 124).

L'attenzione al funzionamento del nuovo Meccanismo ha spinto l'autore a estendere la sua analisi anche al *Single Resolution Mechanism* e al *Single Resolution Fund*, senza i quali l'Unione bancaria non avrebbe alcun significato concreto, non potendo fondarsi su meccanismi necessari per la soluzione delle controversie e per l'utilizzo dei fondi indispensabili. Inoltre, tra i numerosi temi affrontati nel volume, meritevole di attenzione è apparso quello che riguarda il nuovo ruolo dell'EBA. Infatti, la costituzione del SSM e la posizione e i poteri della BCE al suo interno hanno alterato il regime delle competenze esistenti tra le due istituzioni imponendo l'adozione di un regolamento (n. 1093/2013) che ha introdotto modifiche nel regime dell'EBA, sia con riguardo ai compiti, sia con riguardo ai nuovi poteri e alla stessa *governance*. Tra i primi, in base alla nuova normativa l'EBA deve promuovere la concorrenza, costituire un *Committee on Financial Innovation* (cui partecipano le competenti autorità di supervisione finanziaria, inclusa la BCE), ai fini di un maggiore coordinamento delle attività di supervisione. Tra i nuovi poteri va menzionata l'espansione della potestà di acquisire informazioni. La stessa *governance* dell'EBA ha subito modificazioni. Ad esempio, nel processo di decisione sono state poste alcune eccezioni al principio di maggioranza semplice (sostanzialmente mantenuto), che riflettono, con l'adozione di una maggioranza qualificata, l'esigenza di non alterare l'equilibrio esistente tra Stati partecipanti e Stati non partecipanti (p. 70). Tuttavia, la potestà regolatoria dell'EBA pone problemi di accordo con quella, pure riconosciuta dalle norme, della BCE. Sotto questo aspetto, Gortsos osserva che la BCE, pur sottomessa sotto diversi profili all'attività regolamentare dell'EBA, è tenuta anche a rispettare le disposizioni normative, emanate dal Parlamento europeo e dal Consiglio, in armonia con l'art. 289 del TFUE, e gli atti della Commissione europea. È vero che alcuni di questi, in materia finanziaria, sono atti solo formalmente della Commissione, riflettendo elaborazioni e standard riconducibili alla stessa EBA, ma la Commissione emana anche norme delegate ai sensi degli artt. 290 e 291 TFUE e questo complesso di regole, di cui la BCE deve tenere conto, può creare frizioni tra le due istituzioni. Soprattutto, queste possono derivare dall'attività di regolazione attribuita, istituzionalmente al-

l'EBA (e svolta nei confronti di tutti gli Stati membri), ma esercitata in circostanze determinate (adozione di regolamenti organizzativi o di istruzioni rivolte alle autorità nazionali), anche dall'Istituto di Francoforte, sia pure con prevalente riferimento agli Stati euro. Alla complessità della normativa in discussione, va anche aggiunto che se i regolamenti attributivi di nuove funzioni alla BCE hanno reso necessaria l'adozione di altri regolamenti per adeguare l'organizzazione esistente ai mutamenti introdotti (come è avvenuto con il regolamento n. 1022/2013, in tema di compiti dell'EBA), si corre il pericolo di un'*over-regulation*. La consistenza di questo pericolo è esaminata nella parte finale del volume, allorché Gortsos osserva (p. 297) che il diritto copre praticamente ogni singolo aspetto dell'attività finanziaria europea, ma che una maggiore regolazione non necessariamente porterà a una maggiore stabilità, efficienza di mercato e protezione del consumatore. Infatti, per uscire dalla crisi, non è il numero degli interventi che conta, ma la loro qualità, l'effettività della supervisione, un credibile apparato sanzionatorio e un corretto *early warning system*.

RITA PEREZ

Maurice ADAMS, Henri DE WAELE, JOHAN MEEUSEN e Gert STRAETMANS (a cura di), *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Oxford e Portland, Oregon, Hart publishing, 2015, 261 p., ISBN: 9781899469708.

Il problema della legittimità della Corte di giustizia e della sua giurisprudenza è da tempo al centro degli interessi della scienza giuridica e politica europea. Ne sono un esempio i molti studi che propongono *grand theories* dell'integrazione europea, chiamati a fare i conti, spesso all'interno di una prospettiva dichiaratamente normativa, con il ruolo assunto dal giudice europeo nelle varie fasi del processo di integrazione. Ne sono un esempio, ancora, gli articoli e le monografie espressamente dedicati alla Corte di giustizia, alla sua posizione nell'architettura istituzionale dell'Unione, al contributo che la sua giurisprudenza ha dato alla definizione di una costituzione strutturale ed economica dell'ordinamento europeo. Questi scritti hanno avuto un particolare sviluppo negli ultimi tre lustri del secolo scorso, quando il volume di Hjalte Rasmussen (*On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policy-Making*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986) avviò una ricca discussione scientifica sull'operato del giudice europeo, nella quale intervennero, tra gli altri, Joseph Weiler (*The Court of Justice on Trial*, in *CMLR*, 1987, 555 ss.), Patrick Neill (*The European Court of Justice. A Case Study in Judicial Activism*, London, European Policy Forum, 1995) e Trevor Hartley (*The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union*, in *LQR*, 1996, 95 ss.). L'interesse per il problema resta costante, come testimonia, tra l'altro, la monografia del 2012 di Gerard Conway (*The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012).