
Lecture: schede commenti e riflessioni

A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giapichelli, 2007

L'opera, inserita nella nota collana *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretta da F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI, offre un'organica risistemazione della disciplina *antitrust* alla luce dei modelli in cui oggi, nell'evoluto quadro normativo comunitario e nazionale, si presenta il peculiare ruolo di garanzia dei pubblici poteri, assicurato principalmente attraverso le funzioni amministrative conoscitive e paragiurisdizionali esercitate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Nel quadro delle norme a tutela della concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato CE, ed a poco meno di vent'anni dall'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990, le codificate forme di alterazione della concorrenza nel mercato (intese restrittive, abusi di posizione dominante e operazioni di concentrazione) hanno trovato un definito assetto applicativo nell'ambito – rispettivamente della sfera d'intervento comunitaria e di quella nazionale – delle competenze e delle funzioni di Commissione, da un lato, e di Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'altro, e ciò benchè non residuino talora talune problematiche proprio in relazione ai criteri di riparto delle competenze amministrative tra organi nazionali ed organi comunitari.

Nei quattro capitoli in cui si articola lo studio in esame (*Ordine naturale ed ordine giuridico del mercato: una introduzione; La tutela dell'effettività dell'ordine giuridico: l'organizzazione dei pubblici poteri; La tutela dell'effettività dell'ordine giuridico: potere, procedimento e funzione; La tutela della libertà dell'ordine "naturale": le garanzie giurisdizionali*), assume innanzitutto rilievo, quale filo conduttore essenziale dell'analisi, la ricerca dei punti di incontro e di equilibrio tra i poteri e le funzioni pubbliche a garanzia della concorrenza nel mercato e gli interessi pubblici e privati connessi allo sviluppo economico.

Il lavoro propone, quindi, una approfondita e rigorosa trattazione delle istituzioni che l'ordinamento erge a guardiane imparziali del naturale ordine economico e, con ciò, dei profili pubblicistici del diritto *antitrust*. A questo proposito POLICE segnala come sia complessa e, per certi versi, cri-

tica, la relazione del diritto amministrativo, non solo con l'ordine naturale, ma anche con quello giuridico del mercato, intendendosi per il secondo l'insieme delle regole di condotta osservate sul mercato da imprese e consumatori, che trovano fondamento nei principi costituzionali sulla libertà di iniziativa economica e nelle discipline privatistiche commerciali. D'altra parte, però, le regole della concorrenza *tout court* non sono univocamente individuabili e definibili, in quanto sono soggette alle continue modificazioni del mercato, connesse all'evoluzione dei fenomeni socio-economici e delle scienze economiche che lo regolano. Per esemplificare, il complesso rapporto della disciplina giuridica con le scienze tecnico-economiche, basti richiamare l'attenzione sulla problematica relativa al cosiddetto mercato *rilevante*, cioè l'area geografica circoscritta, giuridicamente rilevante ed apprezzabile, in cui, in relazione ad un prodotto o ad una fornitura di servizio considerati fungibili e sostituibili, si misura la strategia d'impresa e la linearità della concorrenza; anche con riguardo a tale profilo, è chiaro che ogni singola fattispecie anticoncorrenziale presuppone, da parte dell'*Antitrust*, una valutazione tecnica sul punto, alla quale consegue poi l'applicazione delle norme giuridiche di riferimento del mercato *rilevante* e delle relative caratteristiche e fenomenologie economiche.

Poste queste premesse di carattere generale, l'ambito dell'indagine viene, quindi, circoscritto allo studio del ruolo pubblico, appunto attraverso le istituzioni ed i poteri pubblici preposti a garantire, senza operare interventi diretti sulle forze e sugli equilibri in gioco, l'ordine naturale del mercato. L'ambito della disciplina *antitrust* nel diritto amministrativo deve essere ricondotto esclusivamente alle funzioni amministrative neutrali di tutela della concorrenza nel mercato *tout court*, che sono estranee alle funzioni pubbliche di gestione diretta di determinati mercati. Va escluso dall'indagine, viceversa, l'intervento, operato da soggetti pubblici, attraverso la *regolazione* amministrativa dei mercati in cui la concorrenza sia assente o inefficiente. Del pari pertanto va tenuta rigorosamente differenziata – e quindi esclusa dall'analisi del rapporto tra concorrenza *tout court* e pubblici poteri – la disciplina della regolazione dei mercati dei servizi pubblici essenziali, in relazione ai quali peraltro, come osserva lucidamente l'Autore, sempre più frequentemente funzioni pubbliche di tutela della concorrenza nell'ordine naturale ed economico del mercato vengono affiancate da funzioni pubbliche di regolazione-gestione e, in una certa misura, da funzioni *politiche di indirizzo* (basti soltanto pensare al mercato dell'energia o a quello delle telecomunicazioni). In tali ultime ipotesi, l'intervento dei pubblici poteri, comunitari o nazionali, finisce per configurarsi come un asfittico surrogato di *naturali* modelli concorrenziali e competitivi.

Sicchè, l'avvio dell'opera è dedicato anche ad un'attenta analisi storico-concettuale sulla configurabilità di un ordine naturale del mercato e, al contempo, sulla effettiva neutralità dell'ordine giuridico. Nell'ordine naturale confluisce l'ambito dello svolgimento e della portata delle relazioni tra operatori economici in genere ovvero in relazione a determinati beni e servizi. Ad uno spontaneo ordine naturale del mercato si viene a rapportare l'ordinamento giuridico, attraverso la predisposizione di prescrizioni specifiche, di istituzioni pubbliche (amministrazioni indipendenti ed organismi giurisdizionali) e di funzioni pubbliche amministrative e giurisdizionali (conoscitive e sanzionatorie) e, dunque, esclusivamente attraverso un ruolo di garanzia neutrale. Del resto, qualora non si ritenga configurato o configurabile nel libero gioco della concorrenza uno spontaneo ordine del mercato, il ruolo dei pubblici poteri è destinato ad interagire con le dinamiche del mercato su piani attivi di intervento. In questo contesto, pertanto, la regola della concorrenza può costituire o meno anche una legge di *natura*, il cui effettivo funzionamento può e deve essere garantito dalle istituzioni pubbliche preposte.

Certamente, tali riflessioni sono centrali nel pensiero dell'Autore, in quanto da esse discende che il funzionamento effettivo della concorrenza nel sistema economico – e, conseguentemente, la relativa tutela pubblicistica – ha equilibri molto precari e differenziati nel tempo, che hanno avuto talora la tendenza a favorire interventi di indirizzo, piuttosto che l'esercizio di funzioni neutrali di garanzia. Frequentemente nel sistema, poi, l'effettiva tutela della concorrenza è risultata incompatibile con la sopravvivenza di realtà economiche e dei connessi livelli socio-economici collettivi, collegati a differenziati interessi pubblici, a loro volta suscettibili di ponderazione e di temperamento con gli interessi pubblici affidati alla disciplina *antitrust*.

Di elevato rigore scientifico, in questa prima parte dell'opera, si presenta indubbiamente la disamina delle fonti normative, considerate attraverso un'angolazione evolutiva del rapporto tra la disciplina nazionale e quella comunitaria, grazie anche alla particolare attenzione ai rispettivi ambiti di applicazione ed al criterio di definizione delle antinomie o conflitti, derivanti da profili concorrenti delle due discipline *antitrust*.

Con il secondo capitolo, viene rivolta l'attenzione alle istituzioni nazionali e comunitarie secondo un'impostazione, per certi versi innovativa, almeno dal punto di vista sistematico, articolato secondo rigorosi schemi logici induttivi. Infatti, l'Autore colloca tanto i profili concernenti la controversa natura dell'*Antitrust* (e, in genere, delle autorità indipendenti), quanto i profili della relativa compatibilità con l'ordinamento nazionale e con il dettato costituzionale, che tanto hanno reso problematica la quali-

ficazione delle autorità indipendenti, soltanto dopo una ponderata trattazione critica dei dati di stretta oggettività, riguardanti, rispettivamente, le relazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con le istituzioni nazionali e sopranazionali ed i relativi modelli organizzativi e meccanismi di funzionamento.

In particolare, viene svolta un'interessante analisi delle relazioni dinamiche dell'*Antitrust* con le istituzioni nazionali e comunitarie: in primo luogo, con il parlamento nazionale, che, oltre al relativo ruolo fondamentale nei meccanismi di nomina di presidente e membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si avvale, in materia di tutela della concorrenza, delle attività di indagine e consultivo-propositive di quest'ultima; quindi, con il governo e – per ciò che concerne le funzioni di vigilanza e di controllo sulle società a partecipazione pubblica operanti sul mercato – con la corte dei conti; da ultimo, delle relazioni con la Banca d'Italia e con altre autorità indipendenti, le cui funzioni di vigilanza si intrecciano con la disciplina *antitrust* (essenzialmente, l'ISVAP e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni). Proprio in relazione agli (ancorché differenziati) ambiti di competenza di altre autorità indipendenti in materia di tutela della concorrenza, POLICE auspica il superamento di una fase di esclusive relazioni istituzionali e consultive tra autorità, attraverso l'introduzione di processi decisionali integrati, normativamente disciplinati, al fine precipuo di evitare contrasti tra decisioni riguardanti materie e fattispecie di competenza concorrente. Strategico, naturalmente, nella definizione della *geografia* dei poteri pubblici in materia – e costante termine di valutazione dell'effettivo funzionamento o meno dell'integrazione fra il livello comunitario e quello nazionale –, è senz'altro il profilo delle relazioni e delle concorrenti competenze e funzioni che fanno capo rispettivamente alla Commissione europea e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in materia di intese ed abusi di posizione dominante, nonché di concentrazioni.

In questo quadro, la natura che emerge delle funzioni svolte dall'*Antitrust* sulla prevenzione e repressione delle condotte anticoncorrenziali nel mercato, ha un carattere tecnico-decisionale, che presenta in comune con la funzione giurisdizionale soltanto taluni schemi logici di comparazione della fattispecie concreta alla fattispecie legale tipica o tipizzata, ma che con essa non può essere confusa. Infatti, come rileva l'Autore, (...) è evidente che l'Autorità compie prevalentemente scelte di merito (sia pur di merito tecnico); mentre il giudice, nel confrontare il fatto con la fattispecie astratta, percorre un processo logico-valutativo in cui prevalgono elementi di giudizio su quelli di volizione. Tale diversità nel modo di procedere rimanda ad una diversità di valori in gioco. Dinanzi al giudice si verte in

materia di situazioni giuridiche di singoli; dinanzi all'Autorità antitrust il thema decidendum è dato dalla compromissione di un valore riferibile all'intera collettività.

Nella risistemazione della materia, il terzo capitolo viene dedicato all'esame delle principali tematiche afferenti poteri, procedimento e funzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, secondo criteri, rigorosi dal punto di vista sistematico e concettuale, che differenziano attentamente i profili della natura delle funzioni in relazione all'oggetto dell'attività: innanzitutto, i poteri in materia di intese restrittive e di abuso di posizione dominante, in relazione ai quali vengono esercitati poteri di indagine e di accertamento, propedeutici e strumentali all'esercizio di ogni altra attività di vigilanza e di controllo del libero gioco concorrenziale nei mercati; in secondo luogo, il potere di diffida, quello (introdotto dalla legislazione comunitaria) di accettare impegni e quelli cautelari; da ultimo, i poteri sanzionatori, il ricorso ai quali *ha assunto sempre maggiore rilevanza non solo rispetto all'attività di accertamento e repressione caso per caso dei singoli illeciti, ma anche in una prospettiva più ampia, come strumento per il perseguimento di generali obiettivi ritenuti rilevanti nel quadro di una efficace politica della concorrenza, al fine di orientare il comportamento futuro degli operatori nel mercato.*

Quanto alle particolari relazioni tra poteri sanzionatori e principio di legalità, viene fatto notare che, ancorchè al di fuori dell'operatività dei principi di stretta legalità fissati dall'articolo 25, comma secondo, della carta costituzionale (da non considerarsi in effetti operanti con riferimento agli illeciti amministrativi, ma esclusivamente a quelli penali), tale potere discrezionale deve essere pur tuttavia esercitato dall'*Antitrust* in osservanza di principi dell'ordinamento nazionale e comunitario, nonché di normative primarie e secondarie.

Con il quarto ed ultimo capitolo, viene data organica trattazione alle tematiche ed alle problematiche relative alle garanzie giurisdizionali dinanzi al giudice amministrativo (in primo grado come noto, per competenza funzionale, il T.A.R. del Lazio). Dopo una lucida analisi degli aspetti concernenti la situazione giuridica tutelata, le azioni, la legittimazione processuale e l'interesse ad agire, si passa a trattare i nodi del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti decisori dell'*Antitrust*. In particolare, con il conforto dei recenti orientamenti del consiglio di stato, viene evidenziato come, in relazione a materie peculiari, nelle quali è presente un indubbio intreccio di situazioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti soggettivi e come interessi legittimi, l'ampio sindacato giurisdizionale sull'attività tecnica dell'*Antitrust* – non afferente valutazioni a contenuto discrezionale in senso proprio [??]– si vada sempre più profilando come co-

gnizione di tipo intrinseco, estesa ai fatti acquisiti dall'istruttoria della fattispecie anticoncorrenziale ed al controllo dell'analisi tecnico-economica svolta dalla medesima autorità. Del resto, viene anche fatto notare come tale evoluzione sia stata favorita ed accompagnata dal conferimento al giudice amministrativo, in tempi relativamente recenti, di più adeguati mezzi istruttori. In un siffatto sistema, anche le sopra ricordate valutazioni economiche dell'*Authority*, funzionali alla individuazione del mercato *rilevante*, sono sindacabili da parte del giudice amministrativo, attraverso la rivalutazione delle scelte tecniche assunte nel procedimento avanti l'*Anti-trust* e attraverso l'interpretazione dei concetti tecnico-economici che fanno capo alla scienza specialistica anticoncorrenziale.

Non viene tralasciato dall'Autore un cenno sull'altrettanto peculiare sindacato giurisdizionale che riguarda i provvedimenti sanzionatori. Affermata, anche in tale ambito, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, viene infatti ribadito come tale giurisdizione sia estesa anche al merito, peraltro in forza dell'espresso richiamo alle disposizioni di cui all'articolo 23 della legge n. 689 del 1981, operato dall'articolo 31 della legge n. 287 del 1990, che contempla (e in quel sistema lo pone in capo al giudice ordinario) un sindacato sostitutivo.

FABRIZIO FIORINI

*Convegni e seminari: relazioni,
interventi e note a margine*

LEONARDO BARONI

«TUTELA DEL RISPARMIO E
DIRITTO COMUNITARIO»

(Incontro di studio. Milano, 18 gennaio 2008)

L'Incontro di studio, svoltosi presso la Sala Napoleonica dell'università degli studi di Milano, è stato organizzato dal dipartimento giuridico-politico, nella persona della Prof.ssa Diana-Urania Galetta¹, responsabile scientifico dell'unità di ricerca di Milano per il progetto di ricerca di interesse nazionale (PRIN 2005) sul tema: "*La disciplina giuridica dell'informazione e della trasparenza dal nella tutela del risparmio*", coordinato dal Prof. Fabio Alberto Roversi Monaco².

L'incontro ha costituito un'occasione di confronto interdisciplinare sul tema del risparmio e delle sue forme di tutela. Un confronto che ha preso l'avvio dalla ricostruzione ed esame del quadro costituzionale nazionale e comunitario, per soffermarsi, poi, su singoli aspetti delle normative di settore, alla ricerca dei maggiori nodi problematici e delle soluzioni possibili, *de iure condito* e *de iure condendo*.

La prima sessione dell'Incontro di studio si è avviata, dopo i saluti del prorettore dell'università degli studi di Milano, Prof. Marino Regini, con una breve presentazione dei lavori da parte della Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli³, presidente e coordinatrice della sessione, che ha posto l'accento sull'evoluzione normativa, sottolineando come, grazie anche all'influenza del diritto comunitario, da un sistema di tipo dirigitico – verso il quale poteva spingere l'art. 47 della costituzione italiana – si sia passati ad un sistema che vede il risparmiatore al centro dell'interesse normativo.

¹ Straordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Milano. Responsabile dell'unità di ricerca milanese per il progetto di ricerca PRIN 2005

² Ordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Bologna. Coordinatore scientifico nazionale del progetto di ricerca PRIN 2005.

³ Ordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Roma III.

Il primo intervento, del Prof. Jacques Ziller⁴, ha sviluppato un'analisi degli obiettivi e delle competenze dell'Unione europea in merito alla tutela del risparmio. Partendo da una ricostruzione storico-normativa delle basi giuridiche ad essa riferibili, Ziller ha puntualizzato il ruolo del legislatore europeo in questo particolare contesto, accennando anche alle importanti novità introdotte con il mandato d'arresto europeo. Particolare attenzione è stata dedicata alle prospettive attuali e future alla luce del recente trattato di Lisbona.

Questa prima relazione ha offerto numerosi, interessanti spunti di riflessione, che sono stati prontamente ripresi e sviluppati dai relatori successivi.

Il secondo intervento, ad opera della prof.ssa Marilisa D'Amico⁵, ha focalizzato l'attenzione sul significato della presenza di una norma costituzionale specifica, appunto l'art. 47, sulla tutela del risparmio alla luce di altri principi costituzionali come la libertà d'impresa, la proprietà privata e più in generale il principio di uguaglianza formale e sostanziale rispetto a questo tema. L'intervento è stato strutturato in tre parti: una prima parte consiste in una breve riflessione sulla storia dell'art. 47 della costituzione italiana, in particolare sulle lacune originarie che sono solo in parte colmabili in via interpretativa; la seconda parte dell'intervento ha rilevato i profili più rilevanti della giurisprudenza costituzionale in materia; la terza parte, infine, ha evidenziato come la tutela del risparmio abbia da tempo assunto dimensioni e consistenze reali ben diverse rispetto alla visione che animava il dibattito in assemblea costituente. La relatrice ha sottolineato come, a 60 anni dalla sua approvazione, questo principio costituzionale insieme ad altri, abbia mostrato la sua capacità di adattamento alle trasformazioni della materia; ed inoltre, come il sistema politico italiano abbia reagito anche in questo contesto in modo parziale e del tutto insoddisfacente rispetto alle richieste della società.

Con il terzo intervento, ad opera del Prof. Alberto Zito⁶, sono stati analizzati i profili pubblicistici della tutela del risparmio, tra diritto comunitario e diritto interno. Dopo aver ricordato come la tutela pubblicistica del risparmio abbia sempre posto allo studioso di diritto amministrativo dei profili certamente di grande interesse, ma anche di grande difficoltà, il relatore ha evidenziato come già la disposizione iniziale dell'art. 47 della costituzione italiana sembri identificare una sorta di "missione impossi-

⁴ Ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'università degli studi di Pavia. Docente di diritto pubblico comparato e componente del *Robert Schuman Centre* presso l'Istituto universitario europeo di Fiesole.

⁵ Ordinario di diritto costituzionale presso l'università degli studi di Milano.

⁶ Ordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Teramo.

bile” dell’ordinamento, se non, addirittura, una sorta di “socializzazione” dei rischi e delle perdite a cui può andare incontro il singolo risparmiatore. Tale socializzazione sarebbe, però, in potenziale contrasto con il principio di responsabilità personale per la condotta economica, che pure sembra emergere in altre disposizioni della costituzione italiana. Il relatore ha, inoltre, sottolineato come sussista non solo un problema di asimmetria informativa, ma anche un problema di interpretazione dei dati che il risparmiatore affida solitamente a soggetti terzi, ed il conseguente problema del possibile conflitto d’interesse tra chi offre il prodotto finanziario e chi lo consiglia al risparmiatore.

Nucleo centrale dell’intervento è stato l’identificazione della necessità di riconoscere al risparmiatore una posizione di affidamento particolarmente qualificato rispetto all’attività di controllo delle pubbliche amministrazioni preposte alla vigilanza del settore. Partendo proprio dal concetto che tale affidamento è il “punto archimedeo” sul quale fare leva nella prospettiva pubblicistica, il relatore ha sviluppato le sue considerazioni conclusive in merito alla necessità, per il risparmiatore, di una buona tutela e garanzia; ciò, a suo parere, non può provenire da un’autorità centrale che in qualche modo regoli e vigili su tutto lo spazio europeo ed implica invece, necessariamente, l’operatività del principio della sussidiarietà verticale.

Il quarto intervento, ad opera della prof.ssa Paola Bilancia⁷, ha ripercorso le tappe evolutive nel processo europeo finalizzato alla creazione di un mercato unico dei servizi finanziari in Europa, tra cui le più rilevanti sono individuabili: a) nella *Financial Services Action Plan* (FSAP), approvata dalla commissione europea nel maggio 1999; b) nel consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo del 2000 che aveva come finalità precipua la strategia dello sviluppo delle economie degli stati membri; c) nel consiglio di Stoccolma del 23 marzo 2001 che aveva, infine, approvato uno specifico procedimento decisionale per la creazione delle regole nei mercati dei servizi finanziari, che nel frattempo era stato messo a punto dal comitato di saggi presieduto da Alexandre Lamfalussy. Tale modello procedimentale – elaborato per rendere la normativa europea in materia più “agile” e più rispondente alle innovazioni dei mercati finanziari ed all’evoluzione tecnologica – è stato brevemente analizzato dalla relatrice che ha rilevato, inoltre, come una decisione del consiglio del 2006 abbia modificato la procedura “*Comitology*” ed abbia conseguentemente inciso sul modello Lamfalussy, attraverso l’introduzione, per la formazione delle misure di esecuzione, della cosiddetta “regolamentazione con controllo”. Nelle conclu-

⁷ Ordinario di diritto costituzionale e direttore del dipartimento giuridico-politico presso l’università degli studi di Milano.

sioni sono stati evidenziati i motivi per cui, a parere della relatrice, la tutela del risparmio sia da considerarsi come un segmento del processo di unificazione dei servizi finanziari visti dall'Unione europea.

Il quinto intervento, della prof.ssa Diana-Urania Galetta, ha preso le mosse dall'assunto di partenza che la teoria economica assegna un ruolo centrale alla regolamentazione nel contesto dei mercati ed in particolare nel contesto dei mercati finanziari dove pare che i rischi di fallimento siano particolarmente elevati per ragioni intrinseche ai mercati stessi (la loro struttura) e dove le autorità di vigilanza svolgono senza dubbio un ruolo centrale. La relatrice, sotto questo profilo, ha espresso qualche elemento di cauto ottimismo, rinvenendo degli elementi positivi sia nella normativa vigente sia nel disegno di riforma delle autorità di cui al DDL n. 1366, "Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle autorità indipendenti preposte ai medesimi".

La relatrice ha, infatti, sottolineato come, in un'epoca generale di dequotazione della motivazione, il legislatore della riforma sul risparmio si sia posto in netta controtendenza: ponendo l'obbligo di motivazione a fulcro stesso della riforma, insieme alla riaffermazione della centralità del controllo del giudice amministrativo sugli atti delle autorità amministrative indipendenti.

La relatrice ha, infine, sottolineato come nel DDL 1366 si intraveda una volontà di razionalizzazione del sistema di partecipazione delle autorità di vigilanza nazionali nel contesto delle reti comunitarie.

Il sesto intervento, del prof. Marco Antonioli⁸, ha esaminato il complesso tema dell'esercizio dei poteri pubblici sui mercati finanziari, visto da una prospettiva eminentemente funzionale, più che non strutturale.

Il relatore, nell'analizzare come i poteri amministrativi sono in grado di governare i mercati finanziari ed in che modo questi ultimi possano interagire con gli stessi poteri amministrativi, ha sottolineato come i regolamenti introducano degli effetti di carattere "orizzontale" e non più solo "verticale".

La prima sessione si è conclusa con l'intervento del dott. Alberto Di Pietro⁹ che ha concentrato l'analisi sul ruolo, le competenze ed i problemi ancora aperti della nuova Consob. Il relatore ha rilevato come l'aspetto più problematico emerge dalla norma che attribuisce alla Consob il ruolo di autorità di vigilanza sul mercato dei prodotti finanziari, grazie alla disciplina recentemente introdotta dall'applicazione della direttiva MiFID.

⁸ Associato di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Milano-Bicocca.

⁹ Collaboratore alla cattedra di diritto pubblico dell'economia presso l'università degli studi di Milano.

Il presidente e coordinatore della sessione pomeridiana, prof. Fabio Alberto Roversi Monaco, ha avviato i lavori con il primo intervento, ad opera del prof. Michele Sesta¹⁰, che ha analizzato le novità legislative e regolamentari intervenute nell'ambito degli strumenti finanziari della tutela del risparmio. La diffusione di strumenti finanziari, molto sofisticati nella struttura ed estremamente rischiosi sul piano economico, ha recentemente posto in evidenza la necessità di forme di tutela capaci di proteggere l'investitore senza nel contempo ostacolare il mercato; i profili di maggiore criticità si sono manifestati, come noto, nel mercato dei derivati.

Attualmente la tutela dell'investitore è affidata in primo luogo alla disciplina dei doveri dell'intermediario, sul quale gravano obblighi di condotta sempre più stringenti alla luce di una normativa di fonte comunitaria che ha avuto attuazione attraverso una modifica al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria e attraverso la recente regolamentazione Consob che reca norme d'attuazione del TUF in materia di intermediazione. Dopo aver focalizzato l'intervento proprio su quest'ultima regolamentazione, il relatore ha sviluppato nelle sue conclusioni le conseguenze della violazione degli obblighi di comportamento da parte degli intermediari evidenziando l'importanza delle conclusioni delle sezioni unite della Cassazione con la sentenza 19 dicembre 2007, n. 26725.

Con il secondo intervento, ad opera del prof. Giorgio Maria Zamperetti¹¹, dopo una breve premessa di carattere generale sull'informazione e sul ruolo che essa ricopre sia per il giurista sia per l'economista, sono stati sviluppati gli aspetti caratteristici dell'informazione nell'ambito del risparmio, ed in particolare la disciplina dell'informazione facente carico sia agli emittenti sia agli intermediari. Per questi ultimi, il cuore della disciplina informativa è racchiuso negli artt. 27-36 del nuovo "Regolamento intermediari" (adottato con delibera Consob n. 16190/2007) di cui il relatore ha analizzato gli aspetti maggiormente significativi. Nelle sue conclusioni il relatore ha rilevato la necessità che il legislatore, unitamente all'informazione, si occupi anche del problema dell'educazione del consumatore; viene, infatti, ricordato come il codice del consumo, tra l'altro, si occupi e decida un "titolo" proprio a quest'aspetto del problema.

Il terzo intervento, ad opera della dott.ssa Alda Maria Vanoni¹² ha preso l'avvio dalla constatazione, che la trasparenza è uno dei punti nevralgici nel rapporto tra il mercato e gli investitori/risparmiatori. La relatrice ha sottolineato la doppia natura dell'ente bancario: 1) come ente economico esso persegue la finalità del guadagno, opera nello stesso mercato finan-

¹⁰ Ordinario di diritto privato - università degli studi di Bologna.

¹¹ Associato di diritto commerciale presso l'università degli studi dell'Insubria.

¹² Presidente della VI sezione civile presso il tribunale di Milano.

ziario ed è portatore d'interessi che possono essere in contrasto con gli interessi del cliente; 2) come consulente e fornitore di servizi, esso sollecita ed ottiene molta fiducia dal cliente. La relatrice ha poi analizzato i problemi cruciali che, attualmente, si affrontano in giurisprudenza alla luce della previgente normativa; ciò le ha permesso la formulazione di ipotesi sugli sviluppi futuri, alla luce della riforma intervenuta a seguito della trasposizione della direttiva MiFID.

Il quarto intervento, della prof.ssa Marcella Gola¹³, ha ripreso l'esame degli aspetti più squisitamente pubblicistici della materia. La relatrice ha posto poi in rilievo anche il ruolo ricoperto dalle associazioni dei consumatori: non solo nella loro veste di soggetti di diritto privato chiamati a fornire tutela effettiva al consumatore-utente nella fase di risoluzione della controversia già insorta, ma anche con riguardo ai rapporti intrattenuti con le istituzioni pubbliche.

L'intervento si è concluso ricordando l'importanza della consapevolezza, che il mercato comprende anche una quota di rischio e che è indispensabile che vi sia un leale rapporto nel momento in cui questo rischio viene manifestato; sarà poi distintivo della qualità del professionista il saper utilizzare il principio di proporzionalità per valutare se il risparmiatore che ha di fronte sia o meno in grado di sopportare quella proporzione di rischio che l'operazione, in concreto, comporta.

Il quinto intervento, ad opera del prof. Giorgio Pagliari¹⁴, ha sviluppato alcune riflessioni sul sistema delle sanzioni a tutela del risparmio, tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale. Il relatore, per considerare il sistema sanzionatorio, ha ritenuto necessario valutare il quadro complessivo che emerge – dal punto di vista dello statuto degli operatori – tanto dal testo unico bancario (TUB) quanto dal testo unico finanziario (TUF). È stata, inoltre, posta in rilievo, l'esistenza di tre diverse discipline inerenti le procedure sanzionatorie (una nel TUB e due nel TUF) dalla cui analisi sono emerse delle differenze considerate ingiustificabili dal relatore. Quest'ultimo, a fronte di una disciplina poco chiara sotto il profilo sanzionatorio, ha evidenziato la necessità di un intervento generale di risistemazione.

Il sesto ed ultimo intervento, ad opera del dott. Gabriele Bottino¹⁵, ha analizzato i poteri amministrativi di accertamento dell'amministrazione finanziaria, ed il relativo coordinamento sovranazionale, per la tutela del

¹³ Ordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Bologna. Componente del progetto di ricerca PRIN 2005.

¹⁴ Associato di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Parma.

¹⁵ Ricercatore di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Milano. Componente del progetto di ricerca PRIN 2005.

risparmio. La tesi che il relatore ha sviluppato nel suo intervento è stata finalizzata, in primo luogo, a verificare l'esistenza o meno dell'efficacia della vigilanza, intesa come rapporto di proporzionalità diretta fra pervasività ed effettività dell'attività conoscitiva (all'aumentare della prima aumenta necessariamente la seconda); ed a verificare, in secondo luogo, il grado di soddisfazione delle risposte fornite su questo rapporto dalla legge n.262/2005. Conclusivamente il relatore ha rilevato che, se le risposte fornite dalle recenti disposizioni sono certamente migliori delle preesistenti, esse non risultano tuttavia del tutto idonee a consentire di risolvere od ovviare ai fallimenti della vigilanza, originati molto spesso dall'incompletezza del quadro informativo.

Riassunto di articoli, studi e rassegne (abstracts)

ELIO CASSETTA

LEGITIMATE INTEREST: A JURIDICAL SITUATION
OF "PROGRESSIVE STRENGTHENING"

Legitimate interest seems to be a situation that progressively gains strength. At first, leaving aside the legitimacy of the subsequent exercise of power, the mediation of the administration called upon to exercise typical powers is guaranteed with reference to the asset in question: subsequently, the interest is only protected if compatible with the legitimate choice of the administration.

Two distinct viewpoints of the situation in question therefore seem to emerge. In actual fact, they are simply two different aspects of the same phenomenon which cannot be crystallised, fixing it at a single point in time, but must be followed according to its development over time.

JACQUES ZILLER

THE PROTECTION OF SAVINGS, BETWEEN OBJECTIVES
AND COMPETENCES OF THE EUROPEAN UNION

In order to understand to what extent EU law and policies aiming at the protection of savings can be further developed, a careful examination of the relevant legal bases of EU action is needed. Legal bases in the EU/EC treaties not only indicate the field of a given competence, but also the decision making procedure which needs to be followed, the instruments which can be used, and very often the specific objectives for which they may be used. This explains why the existing European legislation which aims at protecting savings is mainly based on articles 44, 47§2, 55 and 95 EC treaty. The possible entry into force of the Lisbon treaty – which gives a much clearer presentation of competences and objectives than the present treaties, without introducing major changes in their scope – should not bring any important changes from this point of view. An important change might however occur due to the suppression of the pillar structure, which will greatly facilitate the development of new instruments in the field of police and criminal justice cooperation, as illustrated by the framework-decision on the European Arrest Warrant, based upon art. 31 and 34 EU treaty.

MARILISA D'AMICO AND STEFANO CATALANO

INVESTOR PROTECTION AND
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

The aim of this work is to consider the significance of the existence of a constitutional principle relating to savings, such as art. 47 of the constitution, alongside other constitutional principles such as those relating to the freedom to conduct business, the right to private property and, more generally, the principle of equality, both in formal and concrete terms.

The work has been divided into three parts. The first part is a brief review of the history of art. 47 of the Constitution and on its original shortcomings, only partially redeemable in the interpretation process. The second part is an analysis of the more significant areas of constitutional jurisdiction on the matter. Among the various points arising out of an analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court, attention has been focused on three aspects relating to: a) the identification of limits for the legislator's discretion in the matter; b) the distribution of the legislative authority of the State and Regions after the reform of Heading V of the Constitution in 2001; c) the nature of banking foundations. The third part is an assessment of a number of current problems of differing nature with regards to investor protection, such as (also) problems of constitutional law.

PAOLA BILANCIA

THE EUROPEAN REGULATORY SYSTEM
FOR FINANCIAL SERVICES

The essay deals with the regulatory system of financial services at a European level: taking as a starting point the Lamfalussy model, which has had an innovative impact on the process of developing European legislation in the sector, the essay examines the relationship between European institutions on the one hand, and regulation on the other hand, underlining the predominant role played by the Commission and the effectiveness of the regulatory control procedures, which has replaced the "Comitology" procedure. The development of executive regulations, involving the convergence and cooperation of national regulatory *Authorities* is then considered. The essay then focuses on *Better Regulation*, also with refer-

ence to the consultation of market operators and other interested parties before taking “technical” decisions. Finally, the area of national regulations with regards to the *securities* sector is considered and the important role of the network of national regulatory *Authorities* is examined.

DIANA URANIA GALETTA

AUTHORITIES, ADMINISTRATIVE PROCEEDING
AND JUDICIAL REVIEW: THE NEW ITALIAN LEGISLATION
ON CREDIT AND SAVING AND THE REFORM
OF ADMINISTRATIVE AUTHORITIES

The risks of “failures” in the credit and saving market is an evidence for the economics doctrine. And the law is still looking for specific forms of “legal order” of the market. The central topic of the following analysis is the Italian law reforming credit and saving (law n. 262/2005), considered from the specific point of view of the guarantees in administrative proceeding and judicial review. From this standpoint, transparency and the obligation to set out the reasons for each deed of the authorities governing the sector are emerging as the turning point in the new legislation.

ALBERTO ZITO

CONCEPTUAL CONTRADICTIONS AND SYSTEMATIC
ANOMALIES IN THE FINANCIAL MARKET;
BASIC CONSIDERATIONS ON THE
CENTRALITY OF INVESTOR PROTECTION

The contribution analyses public law aspects regarding the protection of investments, taking account of jurisprudence and internal regulations, with particular reference to art. 47 of the constitution. After acknowledging that the investor is in a position of having to place a high degree of reliance in the control activities of public administrations responsible for monitoring the sector, the author concludes by affirming that, in order to be properly effective, the safeguarding of this position should not be entrusted to a central authority at a European Community level, but organised according to the principle of vertical subsidiarity, involving therefore, supervisory authorities at a national level.

ALBERTO DI PIETRO

THE NEW CONSOB:
ITS ROLE, AUTHORITY AND
ONGOING PROBLEMS

In recent years the legislator has taken action in many fields that affects the conduct of market operators, whether they are businessmen or consumers, users of public services or savers.

There are numerous provisions today relating to the financial products markets: the body of legislation on market abuses, the reform of savings legislation, and the Mifid system. In this new framework, Consob (National Commission for Listed Companies and the Stock Exchange), an independent authority founded in 1974, assumes a key role in the regulatory system for functions now adopted in Italy.

The wide powers attributed to the Commission include the adoption of regulations that allow it to take prompt action with regards to issuers, brokers and markets, clearly underlining its function as a regulator of “inter-private” relations.

MARCO ANTONIOLI

ADMINISTRATIVE POWERS
AND FINANCIAL MARKETS

After outlining some of the specific features of financial products and of globalisation, the author will now move on to consider juridical sources regulating the area, with particular reference to European Community law and to legislation of a secondary degree. These sources regulate the exercise of power on the part of independent administrative authorities and, in a particular manner, of Consob (Italian National Commission for Listed Companies and the Stock Exchange) and the Bank of Italy. A number of observations have been made within this context on regulatory and administrative provisions and on their effects at a horizontal level. The nature of the various parties affected by the actions of public powers will then be briefly examined, with regards to the financial markets and economic activities in general, also with the aim of evaluating the possibility of confirming evolutionary developments particular to administrative law, especially in relation to its configuration in objective terms.

MARCELLA GOLA

PUBLIC SUPERVISION AND PRIVATE CONTROL
FOR A TRANSPARENT CREDIT MARKET

An analysis of the credit system needs to consider both public and private law, given the integration between juridical institutions of each of the regulatory spheres; this is particularly the case of supervisory and control activities.

Legislation in the sector has always paid particular attention to safeguarding the interests of savers, and has been further developed over recent years with the introduction of new specialised institutions. Of these, special consideration should be given to independent administrative Authorities with powers in the sector, with regards to which a thorough re-organisation can be expected affecting the entire category to which they belong.

New figures, so far the subject of analyses carried out in the private sphere, are emerging in the administrative sector, including, in particular, auditing firms and consumers' organisations. These bodies demonstrate the complexity of the system for which the implementation of the constitutional principle of subsidiarity in the exercise of administrative functions must be taken into account.

MICHELA PASSALACQUA

WHAT STATISTICAL INFORMATION IS REQUIRED
FOR FINANCIAL PLANNING

This work considers the close ties between official statistics and public decisions regarding financial planning, which requires a constant and up-to-date flow of data. Critical parameters have in fact emerged on the question, leading to the setting up of a special technical Commission for public finance, whose tasks are often very similar to those already carried out by the Commission for the guaranteed provision of statistical data.

Finally, the matter is complicated by the existence of private companies providing statistical data that don't always guarantee an improvement in the supply of information, also because they are not subject to any form of external control. In actual fact, the private statistical sector is able to influence the proper functioning of public administration, protected by art.

97 of the Constitution, since it often provides types of economic information which is essential for public finance processes.

Every decision, however, regarding the introduction of forms of control is assigned to regional legislative authorities. It is therefore to be hoped that action is taken by the autonomous authorities with the aim, at least, of introducing of some compulsory form of accreditation of the enterprises operating in such a delicate sector.

The author therefore suggests considering whether the State Audit Court may be a suitable public body for carrying out such control activities, taking account, on the one hand, of the attribution of new powers to audit the accounts of autonomous local governments to the Court, and on the other hand, of the power of the regions to require other forms of collaboration for the Court's regional control sections, also for the purpose of guaranteeing the effectiveness and efficiency of administrative actions.

Since, however, the State Audit Court is a national public body, and therefore in possession of jurisdictional powers, all exclusively at state level, a state law that legitimises the regions in this sense would be essential.

ANNA MARIA VITERBO

WITH REGARD TO THE NEW FORMS OF
FINANCING OF DEVELOPMENT
AND THEIR ROLE WITHIN
THE INTERNATIONAL COMMUNITY

Following the adoption of the UN Millennium Declaration and of ambitious development targets (the so called Millennium Development Goals), donor countries pledged increases in official development assistance (ODA). Despite this, the level of ODA has remained still, if not decreased.

The 2002 UN Monterrey Conference on financing for development pleaded for the finding of new solutions in order to raise the funds needed to achieve the MDGs. New forms of financing started to be discussed: the implementation of global taxes such as the carbon tax, a special allocation of the IMF's Special Drawing Rights, the launch of the International Financial Facility (with a pilot project on immunisation) and of various forms of public-private partnerships.

This article analyzes some of the initiatives adopted recently and discusses their pros and cons.

CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE AND GEORG GASS

PUBLIC PROCUREMENT UNDER THE
EU-THRESHOLD AND JURISDICTIONAL PROTECTION
IN GERMANY: THE REAFFIRMATION OF
NATIONAL ORTHODOXY

The article analyzes the juridical frame of public procurement under the EU-threshold in Germany according to two recent judgments of the Federal Constitutional Tribunal and of the Federal Administrative Tribunal. In terms of these decisions in this case the relationship with the public administration has to be ruled by civil law and the jurisdictional competence has to be assigned to civil judges. The protection for these so called "mass phenomena" is further limited to compensation for damages and not extended to the termination of the contract. This practice was judged to be not conform with European law by a communication of the European Commission which was appealed by the German State. The article focuses on the issue of the termination of contracts with which a public tender is accepted in the case in which they should be not conform with EU law and underlines the tension and the difficult cohabitation between European and German law in the field of public procurement.

MASSIMO OCCHIENA

NECESSARY REFORM OF THE RIGHT OF ACCESS:
TELEMATIC PUBLICATION AND ACCESS TO
ADMINISTRATIVE INFORMATION

After starting from the middle of the 1980s from an advanced position, our legal system today appears to be outmoded with regards to the right of access to administrative documents. The reforms introduced by law 15/2005 and by D.P.R. (Decree of the President of the Republic) 184/2006 have tightened the legislative framework, giving rise to its fragmentation and introducing extensive regulation which has increased bureaucracy and procedural processes. The damage is twofold since, in this way, new developments (such as the wide legitimation of access; the publication of information held by public bodies; a review of the relationship between administrative transparency and personal privacy) necessary to ensure that our legal system complies with the most advanced legal systems, as well as with international law and European Community law,

have not been introduced. In addition, the current regulation of access contrasts with both recent reforms in the field of digital administration, and with technological evolution and the widespread diffusion of information technology systems.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

MARCO ANTONIOLI, *Professore associato di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Milano-Bicocca.*

LEONARDO BARONI, *Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'università degli studi di Milano.*

PAOLA BILANCIA, *Professore ordinario di diritto costituzionale nell'università degli studi di Milano.*

ELIO CASETTA, *Professore emerito di diritto amministrativo nell'università degli studi di Torino.*

STEFANO CATALANO, *Ricercatore in diritto amministrativo nell'università degli studi di Milano.*

MARILISA D'AMICO, *Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'università degli studi di Milano.*

ALBERTO DI PIETRO, *Collaboratore alla cattedra di diritto pubblico dell'economia presso l'università degli studi di Milano.*

FABRIZIO FIORINI, *Cultore di diritto amministrativo nell'università degli studi di Modena e Reggio Emilia.*

CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, *Ricercatrice all'Istituto per lo studio del federalismo e del regionalismo dell'Accademia europea, Bolzano.*

DIANA-URANIA GALETTA, *Professore straordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Milano.*

GEORG GASS, (*Oberregierungsrat*), *Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz.*

MARCELLA GOLA, *Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Bologna.*

MASSIMO OCCHIENA, *Professore associato di diritto amministrativo nell'università degli studi L. Bocconi di Milano.*

MICHELA PASSALACQUA, *Professore associato di diritto dell'economia nell'università degli studi di Pisa.*

ROBERTO RIVELLO, *Docente di organizzazione internazionale nell'università degli studi di Torino. Magistrato.*

ANNAMARIA VITERBO, *Dottore di ricerca in diritto internazionale dell'economia.*

JACQUES ZILLER, *Professore ordinario di diritto dell'unione europea presso l'università degli studi di Pavia. Docente di diritto pubblico comparato presso l'Istituto universitario europeo di Fiesole.*

ALBERTO ZITO, *Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'università degli studi di Teramo. Docente stabile nella Scuola superiore delle pubblica amministrazione.*