

# Indirizzo politico e *regulation* dopo l'emergenza Covid-19. Alcune riflessioni sulle recenti tendenze dell'antitrust

di Jacopo Paffarini

**Abstract:** *Public policy and regulation after the Covid-19 emergency. Some reflections on the recent antitrust trends* – This paper brings a comparative analysis on the assumptions of legitimacy of the regulatory activity by independent administrative bodies. Furthermore, the research focuses on the architecture of state powers in order to distinguish whether and to what extent the political power has opposed the rules produced by independent agencies before and during the Covid-19 pandemic. The objective is therefore twofold: on the one hand, the paper exposes the intrinsic limits of the institutional structure of the agencies and, on the other hand, it describes the trends in the field of policy-making that affect the regulatory activity.

**Keywords:** Covid-19 pandemic; Policy-making; Antitrust; Social Justice.

## 1. Premessa

A partire dalle ultime considerazioni della letteratura comparatistica riguardo l'imminente «dequotazione della regolazione indipendente»<sup>1</sup>, il presente contributo intende portare alla luce alcuni aspetti delle trasformazioni in atto nel campo della disciplina della concorrenza sviluppatasi nell'ambito dello scenario pandemico.

L'elaborato si aggiunge al confronto già avviato dalla dottrina sulle questioni della legittimità e dei limiti dell'attività di regolazione dei mercati, proponendo alcune osservazioni a proposito delle ricadute della normativa emergenziale sul versante della divisione dei poteri.

In via preliminare si deve richiamare l'incerta collocazione della produzione normativa delle *authorities*<sup>2</sup>, la quale risulta accentuata

---

<sup>1</sup> Cfr. C. Sartoretti, *Le Authorities al tempo del Covid-19. Riflessioni sul ruolo delle autorità indipendenti: modello in declino o consolidato?*, in *DPCE online*, n.2, 2021, 2133-2161, dove viene richiamata l'analisi di S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2021.

<sup>2</sup> Sul punto, tra i molteplici contributi a proposito delle mutazioni del sistema delle fonti, cfr. A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, 38: «Meno sicura è la collocazione delle fonti regolamentari attribuite ad autorità amministrative indipendenti [...] e il tipo di forza normativa propria dei loro provvedimenti».

nell'attuale congiuntura emergenziale. Più specificamente, entrando nella problematica in esame, nel campo della disciplina della concorrenza, è stata ravvisata una pressione sulle agenzie affinché assumano nella loro missione istituzionale interessi diversi rispetto alla “mera efficienza” dei mercati<sup>3</sup>.

Più che di un “risveglio” dell'Antitrust si dovrebbe tuttavia parlare di un “ritorno alle origini”<sup>4</sup>. La rinascita di una discussione sulla pericolosità dei monopoli<sup>5</sup>, e dunque sull'importanza di una struttura plurale dell'offerta, avviene infatti dopo oltre trent'anni in cui il potenziamento dell'“efficienza dei mercati”, misurato sulla capacità di innovazione delle imprese, è stato il criterio di valutazione principale per l'autorizzazione delle fusioni aziendali.

I nuovi esponenti dell'Antitrust sono stati definiti “populisti” dai loro oppositori<sup>6</sup> per aver richiamato gli studi che mettono in relazione la crescita delle disuguaglianze sociali e le posizioni dominanti nei mercati dei beni essenziali<sup>7</sup>. Un ulteriore spinta alla rivalutazione del ruolo dell'Antitrust è stata impressa dalla pandemia, quando l'opinione pubblica globale ha avuto modo di conoscere le problematiche relative all'accesso ai farmaci derivanti dalla presenza di cartelli aziendali, su cui, come si vedrà (par.4.1), pesano anni di *laissez faire* da parte dei regolatori.

Alla luce degli obiettivi del presente scritto la scelta del metodo comparativo è stata essenziale per la comprensione della storicità dei modelli disciplinari in esame, i quali sono spesso percepiti o opportunisticamente presentati come “universali”<sup>8</sup>. Tenuto conto della specificità dell'oggetto della ricerca, il campo di indagine è stato ristretto agli ordinamenti degli Stati Uniti e dell'Unione Europea, escludendo aree geografiche importanti in cui, però, l'emancipazione delle agenzie di regolazione dal potere politico non

---

<sup>3</sup> Per un inquadramento della questione, v. G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni Costituzionali*, n.3, 2019, 597-612.

<sup>4</sup> Si veda, in tal senso, M. D'Alberti, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato concorrenza regole*, n.2, 2020, 235-252.

<sup>5</sup> Specialmente nell'ambito della scuola Antitrust nordamericana. A tal proposito si veda il volume di T. Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York, 2018, dove vengono riprese e aggiornate le posizioni di Louis Brandeis, giudice della Corte Suprema dal 1916 al 1939 e promotore delle prime istituzioni antitrust negli Stati Uniti, tra cui la Federal Trade Commission (FTC).

<sup>6</sup> F. Jenny, J. Philippe, *Populisme et concurrence*, in *Concurrences*, n.3, 2018, disponibile in [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

<sup>7</sup> Tra le diverse opere di significativa importanza devono essere citate quelle di T. Piketty, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020 e id. *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014, quest'ultimo menzionato nella premessa del famoso saggio di L. M. Khan, S. Vaheesan, *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents*, in *11Harvard Law and Policy Review*, 235 (2017).

<sup>8</sup> Cfr. R. Scarciglia, *Il cigno nero e il comparatista. Riflessioni su indicatori, variabili e comparazione giuridica*, in *Diritto Pubblico comparato e europeo*, n.1, 2021, 73-88, nello specifico, 82. La comparabilità stessa di alcuni istituti giuridici, secondo l'A., è stata talvolta operata – e spesso giustificata – con la loro conversione in numeri o dati quantitativi.

risulta completa o possiede un rilievo prevalentemente formale<sup>9</sup>.

Il percorso argomentativo ha inizio con un esame critico degli approcci normativi che hanno determinato l'arretramento delle fonti politiche, il diffuso movimento di delegificazione e il problematico rapporto tra poteri tecnici e poteri rappresentativi. Il primo dato che il confronto tra l'esperienza degli Stati Uniti e quella europea consente di mettere in luce è la centralità della selezione dei "tecnici" delle *authorities*<sup>10</sup>, la quale affiora soprattutto nel campo della regolazione dei mercati dove l'indeterminatezza del concetto di "efficienza economica" ha lasciato un margine di discrezionalità maggiore alle agenzie<sup>11</sup>. Si avrà modo di rilevare, altresì, peculiarità importanti tra le due esperienze, che si possono imputare sia alla diversità degli assetti del potere decisionale in materia di concorrenza sia al diverso inquadramento teorico del rapporto tra diritti fondamentali ed economia<sup>12</sup>, di cui si cercherà di fornire una descrizione adeguata agli obiettivi del contributo.

I risultati di questa breve indagine intendono perciò fornire una chiave di lettura comparatistica in merito al rapporto tra indirizzo politico e regolazione, sulla scorta di alcune vicende significative in cui i poteri pubblici hanno affrontato le incertezze generate dall'emergenza economica e sanitaria. Il carattere certamente non esaustivo dell'analisi, infine, deve essere addebitato alla stretta attualità delle questioni affrontate che richiederà senz'altro approfondimenti successivi.

## 2. La concorrenza nell'ottica del diritto pubblico comparato: tra scienza economica e dogmatica giuridica

Il rapporto tra tecnica e politica viene comunemente pensato come una relazione tra mezzi e fini di un determinato ordine sociale, perciò si intende che alla seconda spetta l'«elaborazione valoriale degli scopi da assegnare ad

---

<sup>9</sup> Sulla scarsa indipendenza, «non solo *de jure* ma anche *de facto*», degli organismi di regolazione nelle esperienze latinoamericane, cfr. C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato. Indirizzo politico e mercato nel mondo latino-americano*, Bologna, 2018. Come si avrà modo di vedere in seguito, le considerazioni dell'A. sull'assenza dei presupposti per un'effettiva autonomia delle *authorities* latinoamericane sono replicabili anche in molti altri contesti giuridici al di fuori dall'Occidente.

<sup>10</sup> Sul punto si rinvia all'insegnamento di G. Bognetti, *L'oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovane, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, tomo II, Roma-Bari, 2014, 725, secondo il quale «una concezione realistica del fenomeno giuridico non può ignorare che nel processo di interpretazione-applicazione gli applicatori – in qualità di ulteriori "formanti" – contribuiscono sempre a produrre sviluppi innovativi del diritto, e dunque concorrono sempre a ripulmare progressivamente le strutture fondamentali operative del sistema».

<sup>11</sup> Cfr. F. Denozza, A. Toffoletto, *Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n.3, 2006, 563-580.

<sup>12</sup> Su cui si richiamano le considerazioni di A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, 87-8, riguardo alla diversità delle «ossature» giuridico-sociali dei modelli di capitalismo «neoamericano» e «renano».

un sistema»<sup>13</sup>. Sul piano della produzione normativa si ritiene che da questa relazione derivano due ordini di conseguenze: il diritto è anzitutto tenuto ad accompagnare l'evoluzione delle conoscenze scientifiche se vuole essere accettato dai suoi destinatari e, nondimeno, «dal punto di vista di una valutazione del meccanismo stesso della “decisione”, non è indifferente quale tecnica decisionale sia (assiologicamente) prescelta»<sup>14</sup>.

L'indagine comparativa si è dunque interrogata sulle caratteristiche di questo rapporto, a partire dalle costruzioni teoriche che sono state poste a fondamento dell'obbligatorietà giuridica delle regole create dai tecnici. D'altra parte lo studio delle fonti di legittimazione delle norme costituisce un presupposto necessario per la comprensione delle diversità tra i sistemi normativi, essendo quest'ultimo un «formante» centrale che, a seconda dei contesti, può addirittura assumere un'importanza maggiore rispetto agli altri<sup>15</sup>. Il contenuto delle norme deve essere perciò classificato anche in base a «la legittimazione che le sostiene» la quale, secondo quanto osservato già da tempo, «deve formularsi come una teoria, una verità»<sup>16</sup>. A differenza del giurista che esamina soltanto il proprio ordinamento, il comparatista ha il compito di cogliere sia la pluralità del sapere (che in ogni caso è prodotto e controllato della realtà sociale) sia l'orizzonte teleologico verso il quale si dirige la produzione normativa<sup>17</sup>.

Tra coloro che hanno esaminato attentamente le ricadute del processo di globalizzazione in campo normativo si registrano stimolanti osservazioni critiche in merito al fatto che la ricerca del “giusto” sia stata progressivamente delegata ad esperti delle discipline non giuridiche, a loro volta chiamati a fornire “assistenza” alle autorità normative<sup>18</sup>. Da questo

---

<sup>13</sup> D. Chirico, “Tecnica” e “politica” nelle dinamiche inter-ordinamentali, in *Consulta on line*, n.6, 2009. Disponibile alla pagina: [www.giurcost.org/studi/chirico.htm](http://www.giurcost.org/studi/chirico.htm)

<sup>14</sup> Si veda, nuovamente, D. Chirico, “Tecnica” e “politica” nelle dinamiche inter-ordinamentali, cit. Per una riflessione sul rapporto tra l'evoluzione delle scienze e il mutamento del quadro normativo di riferimento, cfr. A. Supiot, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Mimesis, Milano, 2021, 63.

<sup>15</sup> Cfr. A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2008, 5.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Si noti: «ciò implicherà che, all'interno di un ordinamento, un qualche soggetto abbia il potere di definire e affermare la verità»

<sup>17</sup> Cfr. R. Scarciaglia, *Il cigno nero e il comparatista*, cit., 84 e 86. Dopo aver richiamato K. Popper a proposito della «controllabilità delle teorie» a partire dalla scelta degli indicatori (p. 84), l'A. auspica che «attraverso lo scambio delle conoscenze scientifiche» si mettano in discussione paradigmi consolidati, «e gli indici degli stessi indicatori che, nella penombra del sapere tecnico, possono nascondere interessi politici e economici» (p.86). Sostiene una posizione più marcata L. Pegoraro, *Bloves Against the Empire. Contro la iper-Costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso*, in AA.VV., *Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi*, Esi, Napoli, 2020, 453, per il quale l'universalismo ostentato dalle teorie delle scienze sociali nate in Occidente costituisce l'esempio di un «uso di parte» del sapere «per avallare decisioni politiche che utilizzano la difesa dei diritti (e della democrazia) per occultare altre finalità (salvo a volte lamentare la distorsione delle idee originali)»

<sup>18</sup> Si veda, di recente, A. Supiot, *La sovranità del limite*, cit., 35, per il quale «è significativo il

punto di vista, la concorrenza è uno dei campi in cui la dogmatica giuridica è entrata maggiormente in crisi, in particolare, a partire dal momento in cui l'oggetto della protezione predisposta dalla normativa si è spostato dalla libertà di impresa al benessere del "consumatore" (termine a cui viene ricondotta una collettività che coincide potenzialmente con tutta la popolazione)<sup>19</sup>. Questa traslazione delle situazioni soggettive rilevanti, come è stato osservato, non sarebbe stata possibile senza la teorizzazione di un "ordine naturale del mercato", in cui la libertà delle piccole e medie imprese è stata resa formalmente uguale a quella della grande industria.

Sul piano costituzionale la trasformazione dell'accezione della concorrenza ha prodotto un passaggio epocale nell'organizzazione dei poteri. Le agenzie regolative indipendenti hanno infatti progressivamente conquistato spazi di discrezionalità decisionale nei confronti degli organi di natura politica<sup>20</sup>, permettendo l'uso di un "approccio economico" nell'interpretazione del diritto antitrust che ha condotto, come si vedrà nel paragrafo seguente, all'identificazione del benessere sociale con l'efficienza dei mercati. Tuttavia, è proprio l'indeterminatezza del concetto di "benessere" ad aver reso imprecisabile «il posto occupato dal "principio" della concorrenza e dalla "politica" della concorrenza»<sup>21</sup>.

Se consideriamo però gli studi comparativi che si sono occupati recentemente del tema si potrà osservare che il processo di diffusione delle *authorities* è stato tutt'altro che uniforme. Il diverso rendimento dei «trapianti giuridici» è stato imputato alla difficoltà riscontrata in alcune esperienze del Sud del pianeta di isolare la regolazione dei mercati dal dibattito politico, così come è avvenuto in Europa occidentale e negli Stati Uniti<sup>22</sup>. Alcuni hanno

---

fatto che oggi non troviamo che filosofi (John Rawls, Nancy Fraiser, Paul Ricoeur o Michel Walzer) o qualche economista (Amatya Sen) impegnati a ripensare la giustizia nel mondo contemporaneo, e non dei giuristi, salvo poche eccezioni». Le "regole tecniche" e le "regole sociali" prodotte dagli organismi afferenti al sistema transnazionale sono state prese in considerazione anche dagli studi di A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, cit., 74, che ha messo in luce la capacità delle norme di *soft law* di influenzare le decisioni «in sede di applicazione» dei precetti giuridici, essendo utilizzate «come strumenti di interpretazione del diritto *hard* (come è sempre avvenuto) ma anche in altre circostanze».

<sup>19</sup> Su questo passaggio storico si vedano le letture convergenti della dottrina europea e statunitense: cfr. M. Manetti, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. Anis, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019, 54 e ss; L. M. Khan, S. Vaheesan, *Market Power and Inequality*, cit.

<sup>20</sup> Si veda A. Police, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, *20 anni di Antitrust*, Torino, 2010, 373.

<sup>21</sup> M. Manetti, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., 56.

<sup>22</sup> Sul punto si vedano le conclusioni di C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 208: «In Messico, come in Brasile, in Argentina, in Cile e così via, la previsione di un'amministrazione specializzata a cui delegare, sullo schema delle *independent regulatory commissions* statunitensi, i compiti di regolazione di alcuni specifici *domaines sensibles*, deve infatti fare i conti necessariamente con una realtà locale che non sembra voler rinunciare alla primazia del ruolo presidenziale e al controllo che esso esercita da sempre su tutta l'amministrazione pubblica».

evidenziato come queste resistenze siano attribuibili alla complessità sociale e ideologica di tali paesi, la quale ha trovato espressione in formule costituzionali “di compromesso”, con una forte presenza di dispositivi dal carattere programmatico («*aspirational constitutionalism*») e una primazia – quantitativa e qualitativa – dei formanti politici sull’attività di regolazione<sup>23</sup>. Al contrario, sul versante europeo prevale la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel proteggere la competenza delle agenzie indipendenti dagli interventi degli esecutivi nazionali, soprattutto richiamando l’art. 3.3. del TUE che orienta la regolazione predisposta a protezione della concorrenza alla creazione di un «economia sociale di mercato»<sup>24</sup>.

### 3. La pluralità delle esperienze di regolazione dei mercati

Tra i primi a studiare la tendenza all’autoregolazione dei mercati capitalisti, Karl Polanyi ha utilizzato il termine «società di mercato» per indicare il risultato di un processo storico che ha portato gli attori economici a creare istituzioni separate da quelle per il governo della comunità con l’intento di riplasmare l’organizzazione dei rapporti sociali<sup>25</sup>. Tenendo presente quest’insegnamento assumono un rilievo significativo le riflessioni di alcuni comparatisti, i quali, respingendo l’idea che la circolazione delle *authorities* possa attribuirsi al “prestigio” del modello, sostengono che al di fuori dell’Occidente sia avvenuta «una forma di trapianto giuridico forzato, dettato da ragioni di opportunità politica o politico economica della comunità internazionale, interessata a far circolare modelli finalizzati alla promozione di un sistema di libero mercato, in alternativa a quelli basati su una economia controllata dal settore pubblico»<sup>26</sup>. Lungi dall’essere delle istituzioni tecniche, le autorità indipendenti si sono affermate parallelamente al processo di privatizzazione delle norme che ha trasformato radicalmente il ruolo dello Stato in economia<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> A proposito dell’area latinoamericana si veda A. Palacios Lleras, *Constitutional Tradition and Competition Regimes: A Primer*, in *Global Antitrust Review*, v.6, 2013, 49- 79, per il quale l’ispirazione sociale dei testi costituzionali della regione è stata decisiva nel differenziare le relative esperienze da quelle anglosassoni, in cui le norme costituzionali assumono una filosofia individualista che non distingue tra classi o gruppi sociali, ma assegna a tutti i medesimi diritti lasciando al mercato il compito di correggere le disuguaglianze sostanziali («*protective constitutionalism*»).

<sup>24</sup> Cfr. B. Caravita di Toritto, *I fondamenti europei della concorrenza*, in M. Anis, G. Pitruzzella, *op.cit.*, 38 e 42-43, dove vengono citate le sentenze *Persidera e altri c. AGCM e a.* (Corte di Giustizia 26 luglio 2017, causa C-560/15) e *Vebic* (Corte di Giustizia, 7 dicembre 2010, causa C-439/08).

<sup>25</sup> K. Polanyi, *La Grande Trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 1974, 74.

<sup>26</sup> C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 206. Sulla stessa posizione, si veda A. Somma, *Tanto per cambiare... Mutazioni del diritto e mondializzazioni*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v.116, 2006, 535 e ss.

<sup>27</sup> Cfr. C. Amirante, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, 2008, 84-85. Si veda anche C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 28 e,

Le tradizioni giuridiche occidentali sono state le più attive nella negazione di ipotesi alternative di sviluppo, nonostante il diritto comparato ne avesse portato alla luce alcune dimostrando la fallacia delle «verità universali» affermate dalla globalizzazione neoliberale e ripetute dai sostenitori del «punto di vista interno del diritto»<sup>28</sup>. Tuttavia, come è stato osservato, l'apertura dei mercati non ha certamente annullato i *competitors* culturali dell'Occidente<sup>29</sup>, né i processi di recezione della *regulation* sono riusciti a produrre una completa uniformazione della disciplina della concorrenza.

Negli studi più recenti che hanno guardato al di fuori del contesto europeo sono emerse infatti peculiarità importanti davanti alle quali risulta difficile ridurre le varie esperienze di regolazione ad un unico modello, soprattutto sotto il profilo dell'indipendenza delle *authorities* dagli organi politici<sup>30</sup>.

L'osservazione degli ordinamenti non occidentali ha invece fornito l'occasione per ribadire due presupposti necessari affinché la regolazione dei mercati possa rendersi autonoma dalla classe politica: la presenza di un governo democratico e l'assenza di tensioni legate alla redistribuzione delle ricchezze o alla lotta alla povertà<sup>31</sup>.

La prima condizione risulta oggi vacillante in alcuni contesti dell'Europa centro-orientale in cui la separazione dei poteri, e dunque anche l'indipendenza delle agenzie, è stata incrinata dall'emersione di movimenti e leadership politiche autoritarie<sup>32</sup>.

Dall'altra parte, però, la crescita delle disuguaglianze e il contrasto

---

ancor più recentemente, il contributo di M. R. Ferrarese, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Politica del Diritto*, n.2, 2021, 265.

<sup>28</sup> L. Pegoraro, *Blows Against the Empire*, cit., 449-450.

<sup>29</sup> Cfr. H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011, 105, il quale identifica tre principali *competitors* che si contendono l'egemonia culturale nel processo di globalizzazione: l'Occidente, l'Islam e l'Asia Orientale.

<sup>30</sup> Si veda l'analisi di A. Palacios Lleras, *Constitutional Tradition and Competition Regimes*, cit., 76: «Moreover, the prevalence of maintaining regulation within the sphere of the executive branch over other consideration [...] could explain why the enforcement bodies have been historically administrative in nature, concentrated investigative and punitive functions, and relying more on fines than on damages awards. The advantage of this system is its flexibility, and its limitations are largely due to the continued demand for political support».

<sup>31</sup> Si rinvia alle osservazioni di C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 74-75, a proposito della difficoltà comuni che si oppongono all'esportazione degli "organismi dello Stato regolatore" in contesti che «seppur diversi tra loro dal punto di vista culturale e politico-costituzionale, come quello sub-sahariano, africano, latinoamericano e asiatico, condividono, tuttavia, oltre ai numerosi problemi di politica redistributiva dovuti alla povertà [...] anche un "ingombrante" passato coloniale che inevitabilmente ha inciso sugli sviluppi successivi del paese colonizzato e sul modo in cui sono state condotte le politiche di regolazione economica».

<sup>32</sup> A tal proposito, i riflessi delle leadership politiche di Polonia e Ungheria sulla disciplina della concorrenza sono stati l'oggetto di studio di M. Bernatt, *Illiberal Populism: Competition Law at Risk?* (24 gennaio 2019), Available at SSRN: [ssrn.com/abstract=3321719](https://ssrn.com/abstract=3321719) or [dx.doi.org/10.2139/ssrn.3321719](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3321719)

all'esclusione sociale costituiscono motivi di tensione che provocano distorsioni importanti anche in Occidente. Nell'esperienza degli Stati Uniti l'abitudine dei presidenti a nominare dei "lealisti" ai vertici delle agenzie ha innescato un processo di «politicizzazione della burocrazia» che è alla base degli abusi di discrezionalità nell'attività di *regulation*<sup>33</sup>. Nei parlamentarismi, al contrario, viene segnalato il rischio di un «professionismo burocratico» dovuto all'assenza di dualismo tra assemblea ed esecutivo, che, sebbene astrattamente possa determinare un maggiore pericolo di ingerenze, ha portato, invece, alla formazione di un corpo di funzionari di lunga durata in una certa misura svincolati dalle dinamiche elettorali di breve termine<sup>34</sup>. In tali contesti si segnala un rischio di segno opposto: l'emergere di un «corporativismo amministrativo» potrebbe infatti innescare una crisi di legittimità degli organismi regolatori per l'eccessivo distacco dall'ambiente politico e sociale circostante.

All'inizio della pandemia si è verificato uno degli episodi più emblematici di quest'ultima tendenza, precisamente con la contestazione da parte del Tribunale Costituzionale tedesco delle misure monetarie non convenzionali adottate dalla Banca Centrale Europea<sup>35</sup>. La sentenza del 5 maggio 2020 ha rimesso al centro del dibattito sulla disciplina dell'economia il tema della definizione dei compiti e dei poteri delle autorità indipendenti, non solo a tutela della sovranità nazionale degli Stati membri, ma, come è stato osservato, dello stesso principio democratico che dovrebbe essere alla base delle scelte politiche<sup>36</sup>. La posizione dei giudici di Karlsruhe costituisce senz'altro una brusca chiusura ai vincoli solidaristici dell'unione monetaria, ma allo stesso tempo mette in rilievo l'insufficienza di un processo federativo che sembra voler rimanere ancorato a logiche mercantili. Dall'altra parte, come è stato opportunamente sottolineato, risulta difficile attribuire una "natura meramente tecnica" alla Banca Centrale Europea, «specie quando

---

<sup>33</sup> B. Ackermann, *Good-bye Montesquieu* in S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Elgar Publishing, Chentenhalm (UK), Northampton MA (USA), 2010, 128-133. Nello specifico l'Autore richiama le problematiche per la tenuta dell'indipendenza dell'apparato amministrativo dovuti ad una «massive judicial deference to administrative legal determinations», altresì conosciuta come «*Chevron doctrine*», fondata sulla pronuncia della Corte Suprema USA nel caso *Chevron Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 US 837 (1984).

Sui presidenzialismi dell'America Latina si rinvia, di nuovo, allo studio di C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, cit., 208.

<sup>34</sup> A proposito della progressiva separazione dei funzionari pubblici dal potere politico, si veda B. Ackerman, *Good-bye Montesquieu*, cit., 132: «Cronyism may maximize short-term political support, despite long-run political attraction. But once a strong civil service has been established, the political logic of parliamentarianism is likely to sustain the professional tradition – as the examples of the UK, Germany, Italy and France (in the Third and Fourth Republics) suggest».

<sup>35</sup> BVerfG, Secondo Senato, sentenza 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15. Per la versione in lingua inglese cfr.: [www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505\\_2bvr085915en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html)

<sup>36</sup> Sul punto, E. Bruti Liberati, *Le Autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n.1, 2020, 60-61.

persegue l'obiettivo di salvare gli Stati»<sup>37</sup>.

4. Le variabili combinazioni tra l'attività di regolazione dei mercati e la funzione di indirizzo politico: lo sviluppo dei modelli disciplinari a confronto

Nell'epoca immediatamente precedente alla diffusione del COVID-19 in Europa e negli Stati Uniti sono emerse importanti prese di posizione da parte degli esecutivi nazionali e dei tribunali a favore di una reinterpretazione del rapporto tra concorrenza e principi costituzionali, a discapito degli sforzi rivolti alla costruzione di reti sovranazionali di coordinamento della regolazione antitrust<sup>38</sup>. Tali segnali sono stati colti dalla letteratura giuridica che ha individuato due fattori all'origine della trasformazione del diritto della concorrenza, rispetto al quale è stata rilevata un'apertura «a considerare interessi diversi da quello del benessere del consumatore»<sup>39</sup>.

Il primo fattore attiene alla maturazione di un bilancio critico verso la passività dell'antitrust statunitense legata all'accettazione delle teorie economiche della scuola di Chicago, le quali hanno disinnescato il potenziale antimonopolista dello *Sherman Act*<sup>40</sup>. Il settore su cui gli effetti di tale inerzia risultano più evidenti è quello dei mercati digitali dove, tra l'altro, le implicazioni sulla sfera pubblica della posizione dominante di alcune corporazioni è emersa con forte problematicità nel periodo più recente, in occasione delle tornate elettorali statunitensi e dell'instabilità che ha interessato gli esecutivi latinoamericani<sup>41</sup>.

La «Controrivoluzione dell'antitrust» degli anni Ottanta ha spostato le priorità della regolazione dalla struttura dei mercati (pluralità degli operatori) alla loro efficienza (rapporto qualità-prezzo del prodotto), aprendo la strada ai processi di integrazione verticale e di fusione che hanno ridotto i *competitors* nel settore della distribuzione e dei *big data*. Le osservazioni critiche sul punto hanno attaccato la pericolosità dello scambio tra l'aumento della soddisfazione del compratore e la riduzione degli offerenti, con il quale

<sup>37</sup> B. Caravita, M. Condinanzi, A. Morrone, A. M. Poggi, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, n.14, 2020, xi.

<sup>38</sup> Si fa riferimento, in particolare, alla direttiva UE n.1/2019 che ha l'obiettivo di favorire il reciproco riconoscimento e operatività degli accertamenti e delle decisioni delle autorità nazionali per la concorrenza

<sup>39</sup> G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza*, cit., 609.

<sup>40</sup> Nel contesto nordamericano tali posizioni sono state sviluppate da Lina Khan, nominata a capo della Federal Trade Commission dal Presidente Joe Biden, la quale nei suoi studi ha posto in evidenza lo stravolgimento delle finalità originarie delle norme a tutela della concorrenza da parte dell'amministrazione Regan, a cui la Corte Suprema ha dato il proprio avallo. Cfr. L. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126, *Yale Law Journal*, 710 (forthcoming 2017) e L. M. Khan, S. Vaheesan, *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents*, 11, *Harvard Law and Policy Review*, 235 (2017)

<sup>41</sup> J.E. Stiglitz, *People Power and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, Penguin, Londra, 2019, 49.

l'Antitrust statunitense sarebbe venuto meno al primo obiettivo dello *Sherman Act*, ossia la protezione della democrazia dall'influenza del potere economico<sup>42</sup>. Dall'altra parte viene segnalato che sono stati barattati con l'efficienza dell'offerta anche gli altri due obiettivi della legge: impedire che i cartelli comportino la chiusura dei mercati ai nuovi competitors; prevenire l'abusivo aumento dei prezzi finalizzato al trasferimento delle ricchezze dalla classe media e lavoratrice ai monopoli<sup>43</sup>. L'abbandono della funzione originaria della *regulation* è stata pertanto rilevata nelle vicende «[del]l'antitrust che si arrende, che addirittura fa l'apologia dell'efficienza di Amazon», dando per scontato il declino della distribuzione tradizionale basata sui negozi di prossimità<sup>44</sup>.

Il concetto di efficienza economica, ritenuto estraneo alle origini dell'Antitrust<sup>45</sup>, si affaccia nel mondo accademico con i lavori di Robert Bork<sup>46</sup> che ne offre una nuova declinazione in termini di «*consumer welfare*». Tuttavia, è soltanto con l'elezione di Regan alla presidenza degli Stati Uniti che la «Controrivoluzione» riesce a farsi spazio nelle istituzioni federali attraverso le nomine di economisti della scuola di Chicago a capo degli organi di controllo delle fusioni aziendali – Federal Trade Commission e Department of Justice Antitrust Division – e l'indicazione di giuristi conservatori presso alcuni circuiti chiave del potere giudiziario<sup>47</sup>.

A seguito di questa svolta qualsiasi tentativo di riportare la regolazione su obiettivi macroeconomici, sia attraverso il restringimento dei margini di apprezzamento delle *authorities* sia mediante “nomine di carattere politico”, viene considerata un'infelice riduzione della «desiderabile indipendenza» di tali organismi che dà adito ad accuse di «populismo» o di apologia dell'approccio anti-scientifico del passato<sup>48</sup>.

Il tentativo di dogmatizzare le teorie economiche e di isolare le autorità di regolazione dall'ambiente politico circostante sembra però non

---

<sup>42</sup> Per una rilettura dei tre obiettivi dello Sherman Act, si veda, L. M. Khan, S. Vaheesan, *Market Power and Inequality*, cit., 277 e ss.

<sup>43</sup> Cfr. L. M. Khan, S. Vaheesan, *Market Power and Inequality*, cit., 279 e ss. Costituisce un'eccezione a tale tendenza la decisione del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti di agire in giudizio per bloccare l'acquisto di T-Mobile Usa, controllata da Deutsche Telekom, da parte di AT&T, da cui sarebbe nata la più grande impresa di telefonia mobile. Si veda la pronuncia dalla Corte distrettuale di Columbia *US Department of Justice (plaintiff) vs. AT&T, T-Mobile, Deutsche Telekom*, Case: 1:11-cv-01560.

<sup>44</sup> G. Amato, *Relazione Generale*, in M. Ainis, G. Pitruzzella, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, *Atti del Convegno di Studi, Roma 10 maggio 2018*, Bari, 2019, 29.

<sup>45</sup> Così L. Khan e S. Vaheesan, *Market Power and Inequality*, cit., 271.

<sup>46</sup> Cfr. R. Bork, *The Antitrust Paradox*, Free Press, New York, 1978.

<sup>47</sup> William E. Kovacic, *Reagan's Judicial Appointees and Antitrust in the 1990s*, 60, in *Fordham Law Review*, 49, 49-50 (1991).

<sup>48</sup> Così è stata valutata da oltreoceano la nomina di un esponente politico radicale come Margrethe Vestager alla Commissione Europea, cfr. J. Wright, A. Portuese, *Antitrust Populism: Towards a Taxonomy*, 25, *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 131 (2020), 159 e ss. Più ampiamente, secondo gli autori, «until the 1970's, the populist paradigm of antitrust laws dominated intellectual scholarship and enforcement» (p.142).

reggere davanti all'emergenza sociale e sanitaria innescata dalla pandemia. Anche nell'alvo delle democrazie, infatti, alcune posizioni politiche che si sono sviluppate nell'ambito della lotta all'influenza delle concentrazioni economiche sugli organi della rappresentanza politica sottolineano l'inefficienza degli organismi tecnici e l'urgenza di soluzioni legislative. Con la parola d'ordine «*break up the giants!*» i movimenti antimonopolistici negli Stati Uniti hanno criticato le più grandi piattaforme digitali di vendita – Google, Facebook, Apple e Amazon –, i cui algoritmi di ricerca direzionano il compratore all'acquisto dei loro prodotti a discapito dei concorrenti e, dunque, usano i dati dei venditori indipendenti per pratiche anticoncorrenziali<sup>49</sup>. La sovrapposizione dei ruoli di gestore della piattaforma e di venditore delle merci è stata così classificata come un caso di conflitto di interessi dalla recente proposta di legge «*Ending Platform Monopolies Act*» approvata dall'*House Judiciary Committee*<sup>50</sup>. Il testo legislativo, che ha attirato consensi da entrambi gli schieramenti politici dell'assemblea, raccoglie una richiesta diffusa di un'Antitrust più forte, ossia in grado di dissolvere il potere economico dei "quattro giganti", come è già avvenuto in passato con l'American Tobacco e la Standard Oil.

Vi è poi un secondo fattore di innovazione della disciplina della concorrenza che proviene da uno scenario geopolitico alterato dall'ascesa del capitalismo cinese a forte sovvenzione statale e in cui gli Stati del Vecchio Continente lottano per mantenere una posizione di rilevanza<sup>51</sup>. Si tratta di una spinta per molti aspetti opposta a quella illustrata precedentemente perché tende all'allentamento delle restrizioni europee alle operazioni di fusione e di sovvenzione pubblica dell'economia. L'Unione Europea si trova pertanto davanti al difficile compito di salvarsi dalla crisi aperta dalla pandemia senza tradire le sue fondamenta, ossia senza rinunciare ad una struttura di mercato caratterizzata dal pluralismo degli operatori economici, in cui la concorrenza, secondo quanto stabilito dall'art. 3.3 del TUE, è rivolta a migliorare il prodotto e a favorire la distribuzione delle ricchezze.

Sotto questo punto di vista i parametri europei, ancorati alle concezioni originarie dell'antitrust, costituiscono una singolarità nel panorama comparativo, dove invece l'integrazione verticale in grandi cartelli imprenditoriali viene legittimata dalla prospettiva di un miglioramento dell'offerta e, nel caso dei paesi emergenti, dalla maggiore facilità di accesso

---

<sup>49</sup> Nel 2020 la Sottocommissione Antitrust dell'*House Judiciary Committee* ha condotto un'estesa investigazione sulle piattaforme digitali che ha portato alla luce vari aspetti legati ai costi sociali ed economici delle posizioni dominanti nel settore. Si veda il comunicato stampa del 6 ottobre 2020: [judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=3429](https://www.judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=3429). L'inchiesta è disponibile alla pagina del *Judiciary Committee*: [judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://www.judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf)

<sup>50</sup> H.R. 3825 *Ending Platform Monopolies Act*. Si veda la notizia: [www.politico.com/news/2021/06/24/house-tech-giants-breakup-bill-496091](https://www.politico.com/news/2021/06/24/house-tech-giants-breakup-bill-496091).

<sup>51</sup> In tal senso, cfr. G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza*, cit., 609.

ai mercati stranieri<sup>52</sup>.

Questa distanza tra la concezione dell'antitrust degli "addetti ai lavori" e le necessità di tenere testa ai concorrenti esteri si è dimostrata in tutta la sua drammaticità in occasione della bocciatura dell'accordo Alstom-Siemens da parte della Commissione Europea, a cui i ministri dell'economia francese e tedesco hanno risposto con un manifesto congiunto contenente sia una dura contestazione della linea dell'Unione sia una proposta per le politiche industriali del nuovo millennio. In controtendenza rispetto al passato, nel documento vi è un esplicito richiamo alla necessità di investire sul rafforzamento dell'apparato industriale europeo per continuare una crescita «sostenibile e inclusiva» e, «soprattutto», per tutelare «la sovranità economica e l'indipendenza dell'Unione»<sup>53</sup>. Viene promossa una strategia normativa che prende in considerazione due fonti in particolare – il regolamento 139/2004 e le linee guida sulle fusioni industriali<sup>54</sup>– allo scopo di "flessibilizzare" i parametri di giudizio e adattare la disciplina della concorrenza ad un approccio di ampio respiro che tenga in considerazione le sfide del mercato globale. Un'ulteriore proposta i cui sviluppi successivi non si sono fatti attendere è quella relativa al controllo pubblico sulle concentrazioni e l'ipotesi di vagliare la possibilità di un temporaneo coinvolgimento del settore pubblico in specifici settori allo scopo di garantire gli obiettivi di sviluppo di lungo termine<sup>55</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, si noti che a partite dalla vicenda Alstom-Siemens l'attività delle agenzie di garanzia della concorrenza è stata oggetto di diverse letture critiche anche da parte della giurisprudenza. Un primo esempio è fornito dall'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione che il 6 febbraio 2020 ha dato il nulla osta alle operazioni *in-house* nell'ambito della contrattazione di servizi pubblici<sup>56</sup>. Un altro caso di studio è rinvenibile nell'ambito dell'ordinamento italiano, più specificatamente nella vicenda

---

<sup>52</sup> Il ritorno di un ruolo proattivo delle istituzioni federali statunitensi segnerebbe un importante avvicinamento delle legislazioni dei due sistemi occidentali più estesi, a proposito dei quali, fino a poco tempo fa, veniva registrata una certa dissonanza tra gli interventi antimonopolistici da parte della Commissione europea guidata da Margaret Vestager e il *self-restraint* dell'Antitrust nordamericano. Sul punto, cfr. G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza*, cit, 608.

<sup>53</sup> *A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*, 22 febbraio 2019, disponibile alla pagina web [www.gouvernement.fr/en/a-franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy-fit-for-the-21st-century](http://www.gouvernement.fr/en/a-franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy-fit-for-the-21st-century)

<sup>54</sup> *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (Gazzetta Ufficiale C 031, del 5 febbraio 2004).

<sup>55</sup> Per una riflessione su regolazione comunitaria della concorrenza in tempi di crisi, con speciale riferimento al *Quadro Temporaneo sulla Cooperazione tra le imprese* e al *Quadro Temporaneo per le misure di aiuto di Stato* (rispettivamente adottati dalla Commissione Europea l'8 aprile e il 19 marzo 2020) si veda E. Marchisio, *Antitrust comunitario e Covid-19*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n.2, 2021, 407-439.

<sup>56</sup> Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19 e C-91/19

della nazionalizzazione della compagnia aerea di bandiera Alitalia, che ha aperto la strada ad una serie ulteriore di interventi dell'esecutivo, le cui basi costituzionali erano già state sedimentate dalla giurisprudenza seguita alla crisi del 2008<sup>57</sup>.

Il regime di eccezionalità inaugurato dalla pandemia da Covid-19 sembra dunque dare fondamento all'ipotesi di una quantomeno temporanea «dequotazione delle authorities», dove il ritorno dei decisori pubblici è finalizzato a stabilire obiettivi di natura macroeconomica a discapito della libertà contrattuale.

#### 4.1. Le omissioni dell'Antitrust all'origine delle disfunzioni nell'accesso ai vaccini

La storia offre numerosi esempi in cui è possibile apprendere che le disuguaglianze e le discriminazioni sono state “giustificate” da tesi economiche, la cui “legalizzazione” è stata tanto più necessaria quanto più marcate erano la disparità di trattamento che esse provocavano<sup>58</sup>. Tale insegnamento può essere riattualizzato nell'interpretare le asimmetrie visibili su scala globale nel contrasto alla pandemia da Covid-19.

La retribuzione degli investimenti privati e statali per la ricerca e l'innovazione è stata infatti la causa dell'esclusione di buona parte della popolazione mondiale dall'accesso ai vaccini. I problemi sul campo sono essenzialmente due: da un lato, sul versante internazionale, si è riscontrata la mancanza di un coordinamento multilaterale nell'approvvigionamento delle scorte che ha consentito agli Stati occidentali (finanziatori delle ricerche) di assicurarsi la maggioranza delle dosi, dall'altro, il segreto imposto dai brevetti sui costi e le procedure di produzione limita fortemente l'intervento delle autorità nazionali di regolazione della concorrenza.

Il principale problema di agibilità per le autorità antitrust in tale settore è rappresentato dalla nota politica dei «*tired prices*» che è resa

---

<sup>57</sup> Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 270 del 22 luglio 2010, a proposito della norma “salva-Alitalia”: «l'attenzione per interessi diversi si può tradurre in un potere di valutazione, in sostanza di regolazione generale, comunque non tecnica, demandato normalmente all'autorità politica, eventualmente in aggiunta o in sostituzione dell'Autorità indipendente preposta al controllo antitrust». In tal senso «il legislatore ordinario può, infatti, prevedere la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del contemperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato». Sulla vicenda delle acquisizioni di aziende da parte dello Stato e a proposito del controllo del governo sugli investimenti stranieri si veda, L. Vasquez, *Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2020, 119-137; A. Argentati, *L'antitrust «in crisi». Le deroghe al controllo delle concentrazioni durante la pandemia*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2020, 581-597.

<sup>58</sup> Tra le ultime riflessioni di ampio respiro sul tema, si veda T. Piketty, *Capitale e ideologia* cit. Per un contributo della scienza comparatistica, tra i numerosi volumi, si veda R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007; U. Mattei, *La legge del più forte*, Roma 2010; L. Nader, U. Mattei, *The plunder. When the Rule of Law is Illegal*, New Jersey, 2008; più di recente, M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017.

possibile dall'asimmetria informativa tipica del mercato di farmaci, all'interno del quale i vaccini rappresentano la merce più retributiva. Si tratta di una pratica introdotta dalle imprese occidentali che dividono gli acquirenti delle forniture – gli Stati, nel caso dei vaccini anticovid-19 – in diverse “fasce” sulla base delle loro disponibilità economiche, applicando i prezzi maggiori a quelli più facoltosi per poi diminuire progressivamente fino al minimo praticato verso il gruppo con minori disponibilità finanziarie<sup>59</sup>. Le case farmaceutiche normalmente non rivelano i criteri che osservano nel discriminare tra i compratori, né i prezzi praticati ai vari acquirenti e, soprattutto, i costi sostenuti nella produzione<sup>60</sup>.

Negli ultimi anni era stato notato un «risveglio dell'Antitrust», specialmente quello europeo, proprio a partire dalla lotta all'*excessive pricing* praticato dai colossi del settore farmaceutico con riferimento ad alcune importanti terapie salvavita<sup>61</sup>. Dall'altra parte il sistema di *tired prices*, già prima della pandemia da Covid-19, era stato fortemente criticato per il fatto di essere uno dei principali impedimenti all'effettività del diritto umano alla salute<sup>62</sup>. Le spinte a favore di un suo superamento, nello specifico, avevano dato origine ad un movimento rivolto a considerare alcuni farmaci essenziali come un «bene pubblico globale»<sup>63</sup>.

La velocità di diffusione del virus da Covid-19, e soprattutto la sua capacità di trasformazione, ha posto all'ordine del giorno l'insostenibilità dell'attuale sistema di determinazione dei prezzi per una campagna vaccinale estesa all'intero pianeta. Il rischio di un abuso dei poteri di mercato (e di clientelismo nell'acquisto delle forniture) potrebbe quindi stimolare ulteriori modalità di regolazione dell'accesso ai farmaci, che possono basarsi su temporanee eccezioni alla rendita generata dai brevetti<sup>64</sup> o, piuttosto, su forme più complesse di gestione delle scoperte scientifiche volte a sostituire la proprietà intellettuale con paradigmi diversi, come quello dei beni comuni<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> Come messo in luce da G. Pitruzzella, L. Arnaudo, *Vaccini, mercati farmaceutici e concorrenza, in una prospettiva (anche) di diritti umani*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, n.1, 2017, 5, la politica dei prezzi segue il principio della *willingness to pay* forgiata dalle teorie microeconomiche del consumatore.

<sup>60</sup> Si vedano, in tal senso, i rilievi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'*Indagine conoscitiva relativa ai vaccini per uso umano*, avviata nel maggio 2015 e presentata il 25 maggio 2016 (specialmente ai §96 e ss), disponibile al link: [shorturl.at/qKM47](http://shorturl.at/qKM47)

<sup>61</sup> Cfr. M. D'Alberti, *Concorrenza e giustizia sociale* cit., 241-3.

<sup>62</sup> Si veda in tal senso G. Pitruzzella, L. Arnaudo, *Vaccini, mercati farmaceutici e concorrenza, in una prospettiva (anche) di diritti umani*, cit., 6.

<sup>63</sup> Cfr. S. Moon, *Medicines as Global Public Goods: The Governance of Technological Innovation in the New Era of Global Health*, in *Global Health Governance*, 2009.

<sup>64</sup> Sul punto si noti una pratica alternativa ai *tired prices* adottata dalle imprese asiatiche – chiaramente meno innovative sul mercato globale dei vaccini – che applicano una percentuale di sovrapprezzo fissa sul costo di produzione dichiarato. L'*Indagine conoscitiva* dell'AGCM ha rinvenuto in questa pratica la possibilità di «una crescente spinta concorrenziale, sia in termini di prezzo che, in prospettiva, di innovazione» (§111).

<sup>65</sup> La trasparenza sui costi e l'eguaglianza tra paesi nella distribuzione dei vaccini costituiscono il fulcro delle proposte di M. Yunus, C. Donaldson, J. Perron, *Covid-19 Vaccines. A Global*

A tal proposito si riscontra nel mondo della medicina e nella società civile una decisa spinta alla sospensione dei brevetti, che si vorrebbero sostituire con un «*fair return on research investment*» basato sugli effettivi costi di produzione e di ricerca<sup>66</sup>. Tuttavia le sedi di coordinamento intergovernativo dei paesi industrializzati, come il *Global Health Summit*, sembrano indirizzarsi verso una posizione intermedia. Più precisamente, la necessità di aprire un'eccezione al regime privatistico, testimoniata dall'uso della definizione «beni pubblici globali» con riferimento ai vaccini<sup>67</sup>, si è concretizzata nell'idea di un modello di *governance* basato su partenariati tra privati ed entità statali nell'intento di superare almeno le posizioni dominanti<sup>68</sup>.

5. Una riflessione conclusiva. La disciplina della concorrenza dopo la pandemia, tra efficienza dei mercati e “altri interessi”

L'epilogo della pandemia ha messo in luce la complessità del rapporto tra diritto, tecnica e scienze riproponendo, con maggior forza, i problemi della legittimazione e dei limiti delle funzioni regolative svolte dalle autorità indipendenti. L'affannosa ricerca di una soluzione alle disfunzioni della società globale - che ha vissuto in poco più di un decennio crisi senza precedenti in campo economico, ambientale e, in ultimo, sanitario - sembra aver aperto un'epoca di “eccezionalismo diffuso”, in cui il «ritorno dello Stato salvatore» risponde all'esigenza di governare le tensioni politico-sociali prodotte dalla crescita delle disuguaglianze nella distribuzione delle ricchezze<sup>69</sup>.

Coloro che si oppongono al “ritorno alle origini dell'Antitrust” hanno usato l'appellativo «populista» in forma ambivalente: sia nei confronti di coloro che in nome del pluralismo dell'offerta richiedono la dissoluzione dei

---

*Common Good*, in *The Lancet. Healthy Longevity*, n.1, 2020.

<sup>66</sup> L'iniziativa *Declare Covid-19 Vaccines a Global Common Good*, sottoscritta da molteplici personalità della scienza è consultabile al link: [vaccinecommongood.org/signatories](https://vaccinecommongood.org/signatories).

<sup>67</sup> Global Health Summit, *Dichiarazione di Roma*, 21 maggio 2021.

<sup>68</sup> Sul tema v. A. Cooper, J. Kirton, T. Schrecker, *Governing Global Health: Challenge, Response, Innovation*, Londra-New York, Routledge, 2016, in particolare 67 ss.

<sup>69</sup> Si osservino, a proposito del caso italiano, le riflessioni di A. Pezzoli; A. Tonazzi, *La sfida della normalità. Concorrenza e intervento pubblico nel post-Covid. È possibile andare oltre l'assistenzialismo?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n.2, 2020, 396-397: «Non è in questione, quindi, l'intervento dello Stato in sé, ma piuttosto le modalità e l'orizzonte temporale in cui questo intervento si dispiega. C'è da chiedersi, infatti, se le modalità con le quali lo Stato è tornato a proporsi nella fase emergenziale possano restare effettivamente “emergenziali” ovvero finiscano per delineare una “nuova costituzione economica”. C'è da interrogarsi, in altri termini, sui rischi di una presenza dello Stato nell'economia, non più solo con la finalità di garantire il ritorno al normale funzionamento del mercato ma in una logica di mero assistenzialismo, volta a mantenere in vita imprese prive di reali prospettive di risanamento, a garantire livelli occupazionali non sostenibili nel medio periodo e a “proteggere” oltre misura dagli investimenti diretti esteri (persino da quelli intra-europei) le nostre imprese»

colossi della distribuzione, del farmaco e del big data, sia verso coloro che in nome della sovranità economica nazionale o europea “giustificano” monopoli e concentrazioni aziendali con la partecipazione statale<sup>70</sup>. Le critiche racchiudono accuse di anti-scientificità (la “mano visibile dello Stato” finirebbe con l’alterare il “naturale” corso del mercato) e di anti-economicità (l’eventuale divisione di alcuni colossi aziendali imposta dall’antitrust porterebbe alla creazione di *zombie firms* destinate a scomparire per l’incapacità di reggere la competizione con i giganti degli altri paesi)<sup>71</sup>.

È stato notato che proprio in occasione di eventi inaspettati il comparatista può apprezzare il cedimento delle costruzioni teoriche da cui le norme traggono legittimazione: in tal senso, dalle complesse vicende legate alla distribuzione su scala globale dei vaccini anti-Covid riemerge, con evidenza dirompente, la questione della diversità degli obiettivi del diritto rispetto a quelli dell’economia<sup>72</sup>.

A distanza di dieci anni dalla crisi dei mercati finanziari che aveva sconvolto la distribuzione delle ricchezze nel mondo in favore di paesi non afferenti all’alleanza atlantica (i c.d. Brics), il Covid-19 appare come il nuovo “cigno nero” che pone all’ordine del giorno la messa in discussione dell’attuale modello di sviluppo, di cui la regolazione indipendente è una componente decisiva. Davanti all’ignoto, o meglio alla tirannia dell’imprevedibile<sup>73</sup> la sfida più rilevante è pertanto quella stabilire, oltre agli obiettivi della ripresa, i limiti alle trasformazioni della vita sociale a cui si intende dar vita in nome della “resilienza”, partendo da una critica della «presunta universalità delle asserzioni contenute negli indicatori» in base a cui vengono definite «priorità, strategie e politiche pubbliche»<sup>74</sup>.

Nell’orizzonte comparativo preso in considerazione sembrano essere maturi i tempi per una rinnovata missione dell’Antitrust, i cui pilastri potrebbero essere ricavati dai casi esaminati. In primo luogo è rilevante la pressione per l’introduzione di presunzioni legali di irregolarità verso le fusioni tra aziende private che detengono quote di mercato rilevanti<sup>75</sup>, ma

---

<sup>70</sup> J. Wright, A. Portuese, *Antitrust Populism: Towards a Taxonomy*, cit., 159 e 161.

<sup>71</sup> Su questa lettura si vedano le convergenze tra la dottrina italiana e straniera dell’antitrust: A. Giacco, L. Stecchetti, *La saga Alitalia e il mantello dello Stato salvatore*, in *Mercato concorrenza regole*, n.2, 2020, 305-331; V. Minervini, *Il ritorno dello Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post-Covid) nel rapporto tra Stato e mercato?*, in *Mercato concorrenza regole*, n.3, 2020, 476 e J. Wrights, A. Portuese, *Antitrust Populism: Towards a Taxonomy*, cit., 141-142.

<sup>72</sup> Su cui si ritiene opportuno richiamare le considerazioni di J. Fingleton, *La politica di concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, 7.

<sup>73</sup> N.N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of Highly Improbable*, New York, 2007, trad. it. *Il Cigno nero. Come l'imprevedibile governa la nostra vita*, Milano, 2014

<sup>74</sup> R. Scarciglia, *Il cigno nero e il comparatista*, cit., 87.

<sup>75</sup> In questo senso si veda L. Khan e S. Vaheesan, *Market Power and Inequality*, cit., 279, che propongono l’abbandono di un «open-ended rule of reason», che amplia indebitamente la discrezionalità delle authorities, e l’adozione, al suo posto, di presunzioni legali basate su dati quantitativi. Ad esempio, viene chiesto di tornare ad applicare la regola, mai soppressa formalmente, enunciata dalla Corte Suprema nel caso *United States v. Philadelphia National*

anche per l'acquisizione di imprese da parte dello Stato e la creazione di concentrazioni con la partecipazione pubblica. Infine, si nota una crescente richiesta di trasparenza nella determinazione dei prezzi dei prodotti essenziali<sup>76</sup>.

Anche se l'emergenza ha favorito interventi più profondi del potere esecutivo in campo economico, a livello comparativo si possono prevedere scenari diversi con riferimento al rapporto tra indirizzo politico e *regulation*.

Negli Stati Uniti la presenza di organismi tecnici per la regolazione dell'economia è funzionale alla tradizione costituzionale votata alla deconcentrazione del potere (anche economico)<sup>77</sup>, per cui l'intervento legislativo – come nel caso della recente proposta *Ending Platform Monopolies Act* – è rivolto a cambiare i parametri di valutazione dell'autorità Antitrust. Nel caso dell'Unione Europea, invece, la conflittualità tra gli esecutivi nazionali e la Commissione ha segnato un cambiamento nelle forme di produzione normativa, con l'uso più frequente del coordinamento intergovernativo che ha portato ad un deciso incremento dei formanti politici nella disciplina della concorrenza. Lo sviluppo delle risposte alla crisi economica provocata dalla pandemia ci permetterà di capire se tali processi avranno un carattere temporaneo, come auspicato dai più, o se piuttosto si attesteranno, modificando il bilanciamento degli interessi – e pertanto anche l'equilibrio dei poteri – nella prassi normativa degli ordinamenti in cui sono emerse.

Jacopo Paffarini  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Perugia  
Jacopo.paffarini1@unipg.it

---

*Bank*, 374 US, la quale vieta la fusione orizzontale tra aziende che detengono, insieme, una quota uguale o superiore al 30% del mercato (p. 281).

<sup>76</sup> Su tali profili, cfr. T. Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018, 138.

<sup>77</sup> Sul punto, si veda G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, 1997.