Il ruolo delle autorità indipendenti, tra integrazione dei mercati e tutela dei diritti. Il caso dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali

MARCO BASSINI
Tilburg University
m.bassini@tilburguniversity.edu

Intervento programmato al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa
"L'effettività dei diritti oltre le corti" – Perugia, 12 giugno 2026
II Atelier: DIRITTI DI CONSUMATORI E UTENTI E TRASFORMAZIONI DEL MERCATO

L'obiettivo di questo intervento programmato, nell'economia di un convegno dedicato all'effettività dei diritti "oltre le corti", è di intercettare il contributo delle autorità indipendenti nell'ambito della tutela dei diritti. Consapevole della intrinseca eterogeneità di questi attori nel panorama istituzionale italiano e del rischio, su cui ammoniva in tempi non sospetti già Amato, di indulgere in semplificazioni unificanti, appunterò la mia attenzione sull'autorità che presenta probabilmente, nella sua *mission* istituzionale, una maggiore prossimità alla dimensione della tutela dei diritti, il Garante per la protezione dei dati personali, nel tentativo di fornire riflessioni auspicabilmente utili a inquadrare complessivamente l'apporto delle autorità indipendenti.

"Garanti delle regole" (Cassese-Franchini) e "arbitri dei mercati" (D'Alberti-Pajno), le autorità indipendenti scontano notoriamente l'assenza di uno statuto costituzionale che avrebbe potuto restituire loro, almeno in parte, una fisionomia unitaria. Questa lacuna è, come noto, anche all'origine del dibattito sulla coerenza con il dettato costituzionale di figure istituzionali che cumulano l'esercizio di poteri normativi, amministrativi e (para)giurisdizionali e che, per altro verso, pur presentandosi come "amministrazioni", derogano al tradizionale predicato di dipendenza e alle correlate logiche di responsabilità. Tale carenza, alla quale non si è mai posto rimedio a dispetto di alcuni tentativi di riforma, si deve anche all'"erompere" delle autorità indipendenti – perlomeno di quelle affermatesi nel corso degli anni '90 – come precipitato del diritto europeo, prima comunitario poi eurounitario.

Vale la pena ricordare come in dottrina (Grasso; Cuniberti) si sia tentato di identificare nelle disposizioni costituzionali a tutela di diritti e libertà un possibile fondamento, più o meno diretto, delle autorità indipendenti. Queste notazioni segnalano un posizionamento istituzionale che lambisce due dimensioni almeno: quella di integrazione dei mercati che ha segnato per lungo tempo la direttrice portante dell'ordinamento europeo e quella di tutela dei diritti che in qualche misura la accompagna. Non si tratta di una antitesi, in quanto – come si dirà – è garantendo la correttezza sui mercati che si sono tutelati i diritti.

È vero però che in questo intreccio, davanti alle autorità indipendenti, i diritti – nei settori (*rectius* mercati) in cui queste ultime operano – vengono in rilievo non tanto e non esclusivamente come diritti fondamentali, quanto come situazioni giuridiche facenti capo agli individui nella loro

qualità di consumatori o utenti, per esempio. A questa caratterizzazione non fa eccezione l'ambito della protezione dei dati personali; ambito nel quale, però, su impulso del diritto europeo, si è determinata una profonda trasformazione che non poteva non condizionare anche il modo di essere delle autorità garanti in materia e il loro operato.

Storicamente, infatti, il diritto alla protezione dei dati personali si afferma come declinazione positiva del diritto alla *privacy*, originariamente inteso secondo una connotazione eminentemente negativa, ossia come diritto alla riservatezza. È questo, peraltro, un diritto che non gode di un esplicito riconoscimento costituzionale in quanto tale. Riservatezza e tutela dei dati personali sono stati oggetto di un inquadramento da parte della dottrina civilistica nel novero dei diritti della personalità, di cui – come noto – l'indisponibilità (che oggi forse vacilla di fronte a logiche di patrimonializzazione dei dati) costituisce un tratto caratteristico. Da una prospettiva pubblicistica, guardando soprattutto all'ordinamento europeo, si coglie una traiettoria diversa (ma non divergente): la direttiva 95/46/CE, primo atto normativo a occuparsi di protezione dati a livello comunitario – obbligando tra l'altro gli Stati membri a istituire un'autorità di controllo in materia – si occupava sì della *protezione delle persone fisiche* con riguardo al trattamento dei dati personali ma anche (e forse soprattutto) della *libera circolazione* di tali dati. Riflesso, quest'ultimo, di una concezione ancora in chiave prevalentemente mercantilistica se non dei diritti, quantomeno del diritto alla protezione dei dati personali.

L'intreccio tra integrazione del mercato e tutela dei diritti appare particolarmente evidente in questo crocevia: le ragioni che hanno indotto l'allora Comunità europea a disciplinare in modo unitario la materia si comprendono ponendo mente agli ostacoli che la frammentazione normativa determinava in un'economia di libero mercato. In quest'ottica, dei dati personali era necessario garantire "la libera circolazione" alla stregua di beni e servizi e si rendeva così urgente l'adozione di una normativa armonizzata che definisse anche una grammatica comune. Vale la pena, peraltro, segnalare – a riprova di queste considerazioni sullo stato ancora "immaturo" della protezione dati – come in alcuni casi il problema non fosse determinato dalle divergenze tra le legislazioni nazionali in materia, ma dall'assenza – come in Italia – di una qualsiasi normativa in materia. Se quindi le considerazioni legate alla dimensione di tutela dei diritti facevano pur timidamente breccia nella direttiva del 1995, era chiaro come il legislatore non potesse non mirare anzitutto a eliminare gli ostacoli al mercato unico. La protezione dei dati come autonomo diritto fondamentale era ancora un oggetto semi-sconosciuto: ciò sembra evincersi da quegli scarni riferimenti nei considerando della direttiva in cui, pur non potendo ignorare la natura di diritto fondamentale "mediata" dall'art. 8 CEDU, elevato a principio generale del diritto comunitario, se ne riconduceva la *ratio* alla garanzia della vita privata, secondo una connotazione necessaria ma non sufficiente a esaurire la moderna complessità del concetto di protezione dati.

A una più marcata distinzione tra riservatezza e protezione dei dati con pieno riconoscimento della natura di diritto fondamentale di entrambi si addiverrà più tardi, grazie anche all'adozione formale della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. La Carta le codifica come situazioni giuridiche distinte agli artt. 7 e 8 e con quest'ultima disposizione costituzionalizza a livello del diritto primario il compito delle autorità indipendenti di verificare il rispetto delle disposizioni in materia. Tutt'altro che casuale, e indicativo del valore attribuito a questo diritto, è

che poi l'art. 16 TFUE ne faccia espressa menzione, pur allo scopo di allargare le competenze dell'Unione a legiferare in materia. Questo processo troverà compimento con il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (regolamento (UE) 2016/679, noto come "GDPR"), che pone proprio queste due disposizioni a suo fondamento quale base giuridica, e che, anche per la poderosa regolamentazione della materia, presuppone un superamento di quell'anima mercantilistica di cui era inevitabilmente vittima la direttiva 95/46/CE. A ben vedere, è anche l'importanza delle trasformazioni tecnologiche intercorse ad aver consegnato una rinnovata connotazione alla protezione dati, che non è più semplice disciplina sulla loro libera circolazione.

Su questo sfondo ha operato l'Autorità garante, ottemperando nel corso di varie epoche tecnologiche al suo mandato di garantire effettività al diritto alla protezione dei dati personali (Pizzetti). Se le trasformazioni poc'anzi ricordate hanno sicuramente inciso sul significato e sulla portata di questo diritto, divenuto sempre più presidio di libertà al cospetto della digitalizzazione emergente pressoché in ogni ambito, è altresì vero che all'Autorità è spettato il compito di calare l'applicazione di regole pensate e formulate in modo tecnologicamente neutrale (seppure sospinto dall'importante processo di transizione digitale) in ambiti assai diversi, dominati dall'avvento di Internet prima e ora dei sistemi di intelligenza artificiale e dei processi decisionali automatizzati.

L'intreccio che si è descritto era del resto ben codificato anche dal tenore delle prime disposizioni adottate in materia dal legislatore italiano, l'art. 1 della l. 675/1996 e l'art. 2 del d.lgs. 196/2003 nella versione pre-regolamento (UE) 2016/679 (c.d. "Codice in materia di protezione di dati personali"), ove si indicava la finalità della disciplina nel garantire «che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali». Curiosamente l'inciso finale contenente il riferimento alla *data protection* non era presente nella legge del 1996 ma è stato introdotto postumo all'atto della sua abrogazione in favore del Codice, segno forse di una maturazione ormai raggiunta per questo diritto fondamentale. Se queste sono le finalità sottostanti la normativa di recepimento italiana, non si può non concordare con chi (Cuniberti) ha evidenziato come il legislatore italiano si sia spinto oltre, facendo del Garante non solo un'autorità di controllo, come avrebbe voluto il dettato dell'art. 28 della direttiva 95/46/CE, ma un'autorità di garanzia. Il fatto che si tratti di un'autorità "immersa" nella garanzia dei diritti si evince anche dalla moltitudine di interessi a rilevanza costituzionale che possono essere indirettamente incisi dall'esercizio dei poteri conferiti al Garante: si pensi alla libertà di comunicazione e a quella di manifestazione del pensiero, a titolo esemplificativo, che sono state al centro di decisioni anche recenti del Garante che hanno goduto – per varie ragioni – di ampia eco mediatica.

La fisionomia "mista" nella quale emerge comunque un preponderante ruolo di garanzia si riflette peraltro nella varietà di compiti attribuiti al Garante sia dall'art. 57 del GDPR sia – coerentemente – dall'art. 154 del Codice. Coesistono, in capo a questa autorità, funzioni di regolazione, funzioni di vigilanza e controllo ma anche funzioni di risoluzione delle controversie. L'attribuzione di poteri così diversi ha così riproposto alcune problematiche sulla tenuta costituzionale delle autorità indipendenti già discusse in termini generali o con riferimento ad altre autorità in particolare.

A sollevare le questioni più interessanti e i maggiori dubbi di compatibilità costituzionale è stata, tra l'altro, l'attribuzione di una funzione di "tutela alternativa a quella giurisdizionale" che era contemplata nella vigenza dell'originaria versione del Codice fino all'entrata in vigore del GDPR, senza peraltro trovare corrispondenza nell'art. 28 della direttiva 95/46/CE (così segnando, secondo Cuniberti, un nuovo indizio della trasfigurazione da autorità di controllo ad autorità di garanzia disegnata dal legislatore italiano).

La disciplina allora vigente stabiliva, all'art. 141, tre canali di tutela con i quali l'interessato poteva rivolgersi al Garante: il reclamo per rappresentare una violazione della disciplina, la segnalazione volta a sollecitare un controllo del Garante nei casi in cui non fosse possibile presentare un reclamo circostanziato e il ricorso per far valere i diritti degli interessati. Se reclami e segnalazioni costituivano canali tipici di accesso a una tutela amministrativa avanti all'Autorità, i ricorsi erano espressamente qualificati come una modalità di accesso a una tutela alternativa a quella giurisdizionale ed erano deputati alla tutela dei diritti che la normativa conferisce agli interessati nei confronti del titolare (all'epoca ai sensi dell'art. 7 del Codice). Il carattere di alternatività alla tutela giurisdizionale si doveva al fatto che, per esplicita previsione, i diritti dell'interessato potessero essere fatti valere davanti all'autorità giudiziaria *o* con ricorso al Garante e che nel caso in cui fosse stata adita l'autorità giudiziaria sullo stesso oggetto e tra le stesse parti il ricorso al Garante sarebbe divenuto improponibile. Vale la pena precisare che il provvedimento adottato all'esito del ricorso era comunque suscettibile di opposizione avanti al giudice ordinario e che tutte le controversie legate all'applicazione della disciplina e quelle inerenti ai provvedimenti del Garante erano comunque attribuite alla cognizione del giudice ordinario.

Questo scenario ha comunque motivato alcune riflessioni sulla coerenza con il dettato costituzionale di queste norme (Manetti; Cuniberti), soprattutto in relazione alla "paralisi" dell'accesso al canale di tutela giurisdizionale subita dal resistente-titolare a seguito della scelta operata dal ricorrente-interessato; una paralisi che veniva sciolta soltanto in caso di opposizione al provvedimento del Garante, da cui sortiva comunque una sentenza non appellabile ma soltanto ricorribile in Cassazione. La riflessione dottrinale si è così spostata sull'idoneità dei procedimenti innanzi al Garante, stante la sostanziale "sostituzione" a un primo grado di giudizio, a integrare le garanzie proprie della tutela in sede giurisdizionale, stante l'impossibilità di identificare un *tertium genus* rispetto ad attività "paragiurisdizionali" e l'ormai consolidata accettazione dell'esercizio di attività amministrative in forme contenziose (Pajno; Clarich).

Queste riflessioni si devono oggi riconsiderare al netto dell'entrata in vigore del GDPR, il quale ha comportato una significativa novella del Codice, che ha radunato entro lo strumento del reclamo tutte le richieste di intervento al Garante per trattamenti non conformi, a prescindere dall'inerenza ai diritti degli interessati (abrogando così la disciplina di cui agli artt. 145 ss.). È rimasta però traccia dell'alternatività delle tutele in questo specifico settore: infatti, il nuovo art. 140-*bis* stabilisce che nell'ipotesi in cui l'interessato ritenga violati i suoi diritti potrà proporre alternativamente reclamo al Garante ovvero ricorso avanti all'autorità giudiziaria. Rimane altresì, coerentemente, la preclusione a proporre un reclamo al Garante se per lo stesso oggetto e tra le stesse parti è già stata adita l'autorità giudiziaria e viceversa.

Le evoluzioni normative più recenti hanno eliminato, sulla carta, la distinzione tra reclamo e ricorso ma sembrano comunque preservare uno spazio rispetto al quale, pur attivata mediante reclamo, l'attività del Garante offre una tutela "alternativa a quella giurisdizionale". Rimane così di attualità la domanda se, in queste pieghe del suo operato, l'Autorità agisca (più) a tutela del mercato e della sua correttezza o (più) a garanzia dei diritti degli individui; e se sia ravvisabile, in questi frangenti, una effettiva terzietà o neutralità rispetto agli interessi coinvolti. La risposta alla prima domanda presuppone verosimilmente un'interconnessione tra le due "anime" della protezione dati: è, del resto, tutelando il mercato e garantendo il rispetto delle regole sul trattamento (*rectius* circolazione) dei dati personali che si giunge a rafforzare il diritto fondamentale alla protezione di questi ultimi.

In questo senso, i provvedimenti di carattere sanzionatorio adottati dal Garante per le violazioni in materia si possono leggere, non dissimilmente da quanto accade in altri ambiti, come conseguenza di un operato non rispettoso delle regole che presiedono "il mercato dei dati". Questa lettura non pare in contraddizione con le più recenti evoluzioni nella giurisprudenza della Corte di giustizia, esemplificate dalla sentenza nel caso *Meta Platforms v. Bundeskartellamt* del 2023 (C-252/21), in cui è stata riconosciuta la rilevanza anche sul piano concorrenziale (apprezzabile però dalle autorità antitrust competenti) delle violazioni della normativa sulla protezione dati, e in specie del GDPR.

L'avvento di un regolamento a livello dell'Unione ha comunque influito in maniera significativa sulla fisionomia – e per l'effetto sull'operato – di un'autorità non più rimessa esclusivamente alla disciplina nazionale di recepimento della direttiva 95/46/CE ma i cui contorni sono ora più incisivamente definiti direttamente dal diritto dell'Unione europea. Peraltro, l'adozione del GDPR, pur non privando del tutto i legislatori degli Stati membri di margini di intervento anche significativi in taluni ambiti, ha segnato anche la presa di coscienza della natura globale e transnazionale dei trattamenti di dati, con la necessità, per un verso, di inserire le autorità di controllo entro idonee forme di coordinamento e cooperazione per la trattazione di casi e, per altro, di collocarle in "reti" per facilitare un'armonizzazione anche delle prassi, spesso sotto la guida del Garante europeo per la protezione dei dati.

Questo rilievo consente di fare spazio a un ultimo passaggio legato alla fisionomia del Garante, recentemente riemerso nel dibattito pubblico a seguito di alcune controverse vicende sfociate nelle dimissioni di uno dei componenti del collegio: il tema dell'indipendenza e della sua effettività. Non occorre ripercorrere le ragioni storiche e giuridiche alla base della genesi delle autorità indipendenti. Motivazioni che sono connesse, tra le altre, sia alla sottrazione alla politica di ambiti sensibili sia alla prevenzione di un rischio di cattura del mercato. Quello dell'effettiva indipendenza soprattutto (ma non solo) dalla politica rimane un nodo critico comune a varie autorità indipendenti, come è stato evidenziato da commentatori che hanno biasimato in vari momenti le dinamiche sostanzialmente spartitorie nella designazione dei componenti dei collegi e criticato la scelta di membri non sempre muniti delle più elevate credenziali in termini di competenza. Così, si è molto discusso – e non soltanto in Italia – dell'introduzione di vincoli che possano scongiurare – per usare un'espressione corrente – "cambi di casacca" troppo disinvolti dal terreno della politica (ma anche del mercato) a quello delle autorità indipendenti. Si tratta di

riflessioni che non presentano motivi di novità, ma che meritano forse spazio alla luce di un tratto distintivo emerso proprio in relazione a un intervento del diritto dell'Unione europea più incisivo nella disciplina delle autorità indipendenti.

Il fatto che la materia sia ora disciplinata mediante regolamento rende propizio un riferimento specifico alle autorità di controllo sulla protezione dei dati. Il GDPR non rivoluziona certo lo statuto del Garante, ma stabilisce una serie di norme a proposito delle autorità di controllo da cui si possono evincere alcune preziose sottolineature. In primo luogo, le autorità di controllo hanno il compito «di sorvegliare l'applicazione del [..] regolamento al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione». In secondo luogo, le autorità di controllo agiscono «in piena indipendenza nell'adempimento dei propri compiti e nell'esercizio dei propri poteri» e ciò conformemente al GDPR; gli Stati membri sono tenuti a garantire effettività all'indipendenza, sotto vari profili (funzionale e finanziaria, per esempio). In terzo luogo, il GDPR rimane indifferente alle procedure di nomina dei membri delle autorità di controllo, che possono assumere molteplici forme, tutte valide: a rilevare, semmai, è la loro trasparenza e l'esigenza che conducano alla individuazione di membri muniti di adeguata competenza. Le norme sull'istituzione delle autorità di controllo, poi, continuano a essere previste con legge dagli Stati membri, pertanto l'incisione dello statuto "previgente" del Garante rimane limitata; per il momento, la disciplina ha subito nel 2021 una modifica intesa a introdurre l'obbligo di presentazione delle candidature per i componenti del Collegio.

A rilevare maggiormente, però, è la collocazione delle autorità di controllo, decisamente rafforzata dal GDPR, in un contesto cooperativo a livello europeo: dove non solo compiti rilevanti sono attribuiti al Comitato europeo per la protezione dei dati, che annovera una figura di vertice o rappresentante per ciascuna autorità di controllo nazionale, ma dove altresì sono definiti meccanismi di cooperazione e assistenza reciproca che riflettono, sul piano istituzionale, le dinamiche ormai transnazionali proprie dei trattamenti di dati personali.

Se, dunque, il discorso sull'indipendenza dei membri delle autorità di controllo pare destinato a non produrre esiti fruttiferi, finendo inevitabilmente per lambire considerazioni di etica pubblica difficilmente afferrabili dal diritto, sarebbe forse utile "rilanciare" il ruolo costituzionalmente rilevante delle autorità di controllo e del Garante in particolare proprio attingendo al diritto dell'Unione europea. Forse passa da questi meccanismi e dall'inserimento in queste reti la possibilità di valorizzare, più di quanto accaduto in passato, la competenza dei membri di autorità sempre più connesse e così di indirizzarne una postura istituzionale che rifletta la delicatezza della missione affidata, innalzandone quantomeno il livello di *accountability*.