



IL GDPR ALLA PROVA DELLA E-DEMOCRACY

Un caso di studio

TOMMASO CALDARELLI

i-lex

i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale
Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it
Dicembre 2019
Fascicolo 12, 1-3
ISSN 1825-1927

IL GDPR ALLA PROVA DELLA E-DEMOCRACY

TOMMASO CALDARELLI*

Abstract: Il regolamento UE 2016/679, meglio noto come GDPR, si è imposto come un vero punto di svolta nel sistema giuridico vigente. Mentre i legislatori, gli studiosi e gli operatori del diritto sono impegnati nella sua applicazione, i problemi quotidiani connessi alla privacy e che coinvolgono aziende, cittadini e attività di sviluppo sono più che mai stimolanti. Un progetto di ricerca finanziato dallo schema Horizon2020 e sostenuto da un consorzio di 8 partner in 5 Stati membri dell'UE mirava a *“aumentare la partecipazione dei cittadini alla democrazia progettando, valutando e rendendo pubblicamente disponibile una piattaforma IT avanzata per il bilancio partecipativo”*. Il suo nome era EMPATIA (Enabling Multichannel Participation Through ICT Adaptations) e ha avviato progetti pilota in 4 città europee. Le politiche di raccolta e di trattamento dei dati sono risultate un punto cruciale da gestire e valutare nell'ambito del progetto: le privacy policies e i documenti a disposizione dei partecipanti alle varie esperienze hanno dovuto essere armonizzati e resi conformi al GDPR; anche l'intero flusso di attività ha dovuto essere valutato in conformità al GDPR. Durante questo processo di conformazione il team del progetto ha notato che mentre il GDPR è più adeguatamente progettato per essere utile per scenari di lavoro aziendali, business-oriented e for-profit, lo stesso quadro di regolamentazione non è così utile e adattabile ai trattamenti dati riguardanti la democrazia elettronica, le innovazioni democratiche e i bilanci partecipativi. Il principale dei problemi sembra sorgere sull'articolo 6 del GDPR, relativo alla base giuridica di qualsiasi trattamento di dati. Il team EMPATIA ha scoperto che mentre la strategia più rapidamente praticabile per condurre la propria attività sarebbe stata basare il trattamento dati sul consenso dei partecipanti, un'altra base giuridica ammessa dal GDPR avrebbe potuto essere molto più appropriata per un trattamento dei dati che coinvolgesse questioni pubbliche e altamente politiche - dal momento che i bilanci partecipativi hanno un impatto diretto sulle finanze pubbliche, a partire dal livello comunale fino a quello nazionale. È parso pertanto necessario sottoporre a verifica l'adeguatezza del quadro legislativo dell'UE e degli Stati nazionali, con riguardo a quei trattamenti dati che incidono su interessi altamente sensibili delle comunità. Queste vicende non sono d'altronde nuove nel dibattito sulla privacy, sia nello scenario degli studiosi che dell'UE: la discussione sull'idoneità del consenso come base giuridica in materia di privacy è stata già sottolineata da Stefano Rodotà negli anni '70 e ripresa, fra gli altri, dagli studi del prof. Francesco Romeo; anche lo WP29 (ora European Data Protection Board), nel fornire

un parere riguardo uno schema tecnologico automatizzato per il monitoraggio del traffico, aveva suggerito ulteriori provvedimenti legislativi sul punto. Mentre numerose istituzioni locali e autorità pubbliche continuano a progettare esperienze partecipative, un focus sull'argomento sembra più che consigliabile.

Parole chiave: e-Democracy, e-Governance, privacy, data protection, consenso e critica del consenso

1. Introduzione

Le amministrazioni dello stato e degli enti locali possono essere i soggetti in grado di trarre il maggior beneficio da una efficace strategia di creazione e uso di banche dati di rilevanza pubblica e generale, in linea di massima detenute e alimentate dalle amministrazioni stesse: sono state le istituzioni europee, fra i tanti soggetti, a sottolinearlo, con studi e report anche molto recenti¹. Oltre ai comprensibili risvolti in tema di efficientamento dell'azione amministrativa, gli ecosistemi della ricerca sulla scienza dei dati sottolineano come la creazione e la intelligente messa a disposizione di queste basi di dati di rilevanza generale possa tradursi in un importante asset di valore economico-patrimoniale nelle disposizioni della pubblica amministrazione².

Sembra esserci tuttavia un ulteriore campo di indagine, che pare di interesse sia per esperti di politiche pubbliche sia di giuristi interessati ai temi della tutela della privacy e delle politiche dei dati: ovvero la governance dei processi in cui le amministrazioni dello stato e degli enti locali non solo si concentrano sulle banche dati già in loro possesso o che derivano dall'attivazione dei cittadini nei loro riguardi; ma si trovano a gestire i dati derivanti da 'processi democratici partecipativi', promossi e animati dalle stesse autorità istituzionali. Ci riferiamo alle cosiddette esperienze di e-democracy e in particolare a

* Consulente T6 Ecosystem, Avvocato.

¹https://www.europeandataportal.eu/sites/default/files/edp_creating_value_through_open_data_0.pdf.

² Ibid, inoltre <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/public-sector-information-psi-directive-open-data-directive>.

quelle che vengono definite le “*innovazioni democratiche*”³, fra cui, come si vedrà, i processi di bilancio partecipativo (participatory budgeting) costituiscono una casistica assai rilevante.

Il bisogno di porre attenzione e approfondimento sugli argomenti qui accennati è stato sollevato da voci di spiccata autorevolezza: il compianto Giovanni Buttarelli, fino a poche settimane fa alla guida del Garante Europeo per la Protezione dei Dati, inaugurando ad Atene la sesta International e-Democracy Conference on Citizen rights nel 2015 ricordava come le aree in cui la legislazione nazionale avrebbe dovuto porsi a complemento del GDPR sarebbero dovute essere “*gli specifici campi della data protection fra cui l’e-government, il welfare e la e-democracy*”⁴; più di recente, nei giorni della piena entrata in vigore del GDPR in Europa e nell’ambito del tuttora vivo dibattito sull’opportunità di mutuare negli Stati Uniti i pilastri del regolamento 679/2016, due ricercatrici in politiche pubbliche ed innovazioni civiche sottolineavano l’opportunità di promuovere una discussione che fosse la più ampia possibile riguardo la governance dei dati civici⁵ mentre in Europa gruppi di approfondimento in sede universitaria evidenziavano come le esperienze di e-democracy debbano esser progettate per far percepire ai partecipanti il proprio trovarsi in una situazione “*diversa da altri momenti sociali*”⁶; il che non potrebbe non riflettersi in un approccio specifico alla data governance, appositamente studiato per garantire da un lato l’efficacia politica e amministrativa dei momenti di democrazia attiva, dall’altro la piena tutela dei dati dei cittadini partecipanti e dei valori di partecipazione democratica inseriti nel tessuto dell’esperienza.

³ Per G. Smith, *Democratic Innovations*, Cambridge UP, 2009, si definisce innovazione democratica un processo “*specificamente progettato per aumentare e approfondire la partecipazione dei cittadini nel processo di decisione pubblica*”.

⁴ G. Buttarelli, “*Data protection as a bulwark for digital democracy*”, keynote speech, 6th International e-Democracy 2015 Conference, Athens. https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/videos/data-protection-bulkwark-digital-democracy_en.

⁵ H. Russon Gilman, E. Souris, *Data rights are civic rights: a participatory framework for GDPR in the US?*, 2018, <https://www.vox.com/polyarchy/2018/4/12/17229354/data-rights-civic-rights-gdpr>

⁶ *Round table on electronic voting for participatory budgeting*, Panoramix Project, Horizon 2020 GA n.653497, 2018, <https://panoramix-project.eu/round-table-on-electronic-voting-for-participatory-budgeting/>

In questo articolo si porrà dunque l'attenzione sul processo di revisione legale di un progetto di ricerca, sostenuto dalla Commissione Europea nell'ambito del framework Horizon 2020, incentrato sullo sviluppo di una piattaforma tecnologica a disposizione delle amministrazioni centrali e locali impegnate nei processi di innovazione democratica e di bilancio partecipativo; sulle criticità incontrate durante la review, fra le quali ci si concentrerà in particolare sull'aspetto della base legale dei trattamenti dati generati durante la realizzazione di un'esperienza di innovazione democratica; si porranno, inoltre, alcuni interrogativi sulla adeguatezza del consenso come pilastro di tali data processing. Sarà infine proposta una linea interpretativa incentrata sull'incardinamento delle esperienze di innovazione democratica fra quelle impostabili sul pubblico potere quale base legale, ai sensi dell'articolo 6 del regolamento europeo sulla protezione dei dati, sottolineando come appaia improcrastinabile un ulteriore intervento legislativo sul tema onde evitare alcune storture che potrebbero rivelarsi allarmanti.

2. Il progetto EMPATIA

Sostenuto dalla Commissione Europea con un finanziamento Horizon 2020, Grant Agreement n.687920, il progetto "*Enabling Multi-channel Participation Through ICT Adaptation*" - in breve, EMPATIA - aveva come scopo quello di "progettare sistemi di partecipazione coerenti e strumenti per valutarli e ottimizzarli"; nello specifico, uno dei principali traguardi che il progetto si prometteva di raggiungere era la creazione di un toolkit tecnologico a disposizione delle autorità procedenti, altamente personalizzabile in base all'esperienza da celebrare ed emesso in codice completamente aperto.

EMPATIA Project è stato realizzato da un consorzio di partner distribuiti in diversi stati membri dell'Unione Europea e ha associato al lavoro di ricerca una serie di esperienze di applicazione pratica, promuovendo quattro piloti ufficiali in altrettanti paesi dell'Unione (Milano - Italia; Lisbona - Portogallo; Ricany - Repubblica Ceca; Wuppertal - Germania) più una ampia serie di applicazioni ulteriori sul territorio, consulenze e sostegno a progetti di innovazione democratica e partecipazione. Il campo di studio è stato individuato in quelli

che vengono chiamati gli “*spazi invitati*”⁷, ovvero quei casi in cui i partecipanti vengono convocati dalle amministrazioni esercenti poteri istituzionali per prendere parte ad un momento che, nel concatenarsi degli eventi, finirà per avere effetti diretti sull’azione amministrativa e, nello specifico, sulla destinazione del denaro pubblico.

È questo il caso dei cosiddetti bilanci partecipativi, quei “*meccanismi o processi attraverso i quali la popolazione decide, o contribuisce a decisioni che concernono la destinazione di tutte o di parte delle risorse pubbliche disponibili*”⁸; derivanti dalle esperienze sudamericane e portoalegriste della fine degli anni ‘80, i progetti di bilancio partecipativo si sono progressivamente diffusi anche al di là dei contesti latinoamericani, con oltre un terzo dei progetti di PB attivati che trova la sua celebrazione in Europa.⁹ Il lavoro preliminare del team EMPATIA, attraverso una ricerca comparata sui casi di innovazione democratica, ha osservato che le amministrazioni centrali e locali che scelgono di attivare delle esperienze di innovazione democratica optano per percorsi di bilancio partecipativo, una scelta seguita oltre dal 50% dei casi mappati da EMPATIA.¹⁰

Ampia documentazione sui cicli operativi, sulle esperienze partecipative e sulle attività di ricerca del progetto EMPATIA è stata già resa disponibile in licenza Creative Commons per tutti gli interessati¹¹. Quanto ai fini di questo studio porremo la nostra attenzione principalmente sul deliverable 1.5 che contiene la “*Social, Ethical & Legal*” analysis del progetto EMPATIA e dei suoi piloti; esperienze, queste, che si ritengono meritevole di resoconto perché, essendo l’attività sui territori temporalmente posizionata proprio a cavallo fra le precedenti normative nazionali e la piena entrata in vigore del

⁷ Contrapposti agli spazi “*invitati*” vi sono gli spazi “*inventati*”, ovvero quelli che vengono attivati da percorsi di partecipazione innescati dai movimenti sociali e dalle esperienze dal basso. Così in K. Copello, M. Secchi, L. Cordeiro, P. Spada, *Empatia Models, Methodologies, Scenarios, and Requirements*, Deliverable 1.4, 2016.

⁸ M. Secchi, *Hybrid participatory budgeting: the challenges of a multi channel participation*, 2016.

⁹ M. Secchi, *Hybrid participatory budgeting: the challenges of a multi channel participation*, 2016.

¹⁰ K. Copello, M. Secchi, L. Cordeiro, P. Spada, *EMPATIA Models, Methodologies, Scenarios & Requirements*, Deliverable 1.4, 2016.

¹¹ <https://empatia-project.eu/reports/deliverables/>.

GDPR, da subito il team di lavoro ha individuato la necessità di una specifica attenzione da porre sui documenti di tutela della privacy dei partecipanti (privacy policies e fogli informativi) e ha colto l'occasione per misurare l'impatto del regolamento 679/2016 proprio nell'ambito di quello scenario 'qualitativamente diverso' rappresentato dalle esperienze di democrazia partecipativa.

Oltre ai progetti attivati dalle pubbliche amministrazioni, il team di ricerca aveva infatti analizzato le piattaforme e le soluzioni tecnologiche per le innovazioni democratiche disponibili sul mercato.

“La nostra ricognizione preliminare delle pratiche esistenti durante lo sviluppo della proposta progettuale nel 2015 aveva evidenziato come molte delle piattaforme attualmente a disposizione avesse pratiche di consenso informato non chiare e termini di servizio nebulosi. Con nostra sorpresa, alcune delle applicazioni esistenti su queste piattaforme non erano nemmeno compatibili con le leggi nazionali sulla protezione dei dati.”¹²

Per il team EMPATIA le esperienze democratico/partecipative, accogliendo la sollecitazione discussa nelle sale dell'università di Edimburgo, risultano realmente essere spazi in cui vengono definiti insiemi di relazioni e di eventi qualitativamente diversi da qualsiasi altra vicenda collettiva o comune. Ciò si è reso evidente nell'ambito del progetto, avendo in considerazione sia la quantità di cittadini coinvolti nelle esperienze proposte nel progetto, sia l'ampiezza dell'operazione di trattamento dati necessaria per l'implementazione del percorso democratico, sia la natura sensibile dei dati coinvolti¹³.

¹² K. Copello, M. Secchi, L. Cordeiro, P. Spada, *EMPATIA Models, Methodologies, Scenarios & Requirements*, Deliverable 1.4, par 4.5, 2016.

¹³ “Durante i progetti pilota un numero rilevante di cittadini (circa 18000 persone in totale) è stato attivamente coinvolto in processi partecipativi complessi e ibridi e in innovazioni democratiche volte a influenzare le politiche pubbliche locali, attraverso i processi di bilancio partecipativo. I partecipanti sono stati coinvolti nella creazione e nello sviluppo di idee e proposte e nella votazione / definizione delle priorità dei progetti da finanziare con una parte del bilancio pubblico locale. La complessità della gestione dei dati nei progetti pilota è enfatizzata dalla varietà della progettazione dei processi in ciascun progetto pilota e dalla peculiarità di ciascun contesto di implementazione. In tutti i progetti pilota

A questa complessità si aggiungeva l'assetto, sovrapposto e multi-livello, delle leggi nazionali in vigore nello scenario pre-GDPR e il sistema dei documenti legali prodotti da e necessari, fra privacy policies e termini di servizio del livello centrale del progetto e dei quattro piloti sui territori. La revisione dei documenti legali di EMPATIA si è concentrata, in primo luogo, sull'elencazione di tutte le leggi e regolamentazioni coinvolte nelle attività del progetto; nella rimappatura dei soggetti coinvolti nelle operazioni di trattamento dati, comprensiva di revisione legale dei documenti di consorzio fra i partner del team di ricerca e dei documenti di accordo o convenzione fra il team di ricerca e le pubbliche amministrazioni dei territori interessati; nella revisione legale di tutti i documenti di privacy policy e di termini di servizio generati nell'ambito dell'attività di ricerca, sia a livello centrale che nell'ambito dei piloti¹⁴.

Al termine del processo di revisione, sei sono risultati essere i versanti più critici nella governance legale di un progetto di innovazione democratica¹⁵:

- L'individuazione dei soggetti e la mappatura di uno schema limpido di relazioni che identifichi in maniera non ambigua i ruoli di Data controller, di Data processor e Data holder. *“L'esperienza di EMPATIA mostra che in un processo di innovazione democratica”*, osserva il team di ricerca, *“la reale sfida è quella di assicurare che la pubblica amministrazione coinvolta rimanga il vero titolare del trattamento dei dati generati; ciò può accadere se la pubblica amministrazione può fornire o è in grado di rinvenire le risorse tecniche necessarie per controllare il processo partecipativo”*
- Nell'ambito di un'esperienza democratico-partecipativa i voti, le preferenze dei soggetti che partecipano, sono da considerarsi dei dati? E se sì, sono dei dati sensibili? O il dato da proteg-

abbiamo utilizzato una serie di strumenti digitali per supportare il coinvolgimento attivo dei cittadini e in tutti i casi è stata necessaria la raccolta di una varietà di dati personali e contenuti generati dagli utenti”. M. Secchi, T. Caldarelli, *Empatia Social, Ethical & Legal analysis*, Deliverable 1.5, 2017.

¹⁴ M. Secchi, T. Caldarelli; cap 4.2, 4.3 e paragrafi seguenti per la revisione legale dei piloti, 2017.

¹⁵ M. Secchi, T. Caldarelli; cap 4.8, 2017.

gere e tutelare è l'elemento complesso “*il soggetto X ha votato Y*”?

- Al di là della mera espressione finale di un voto, le esperienze di innovazione democratica generano relazioni, conoscenza, materiali e, in generale, contenuti. Questo complesso di informazioni – generata dagli utenti: *user generated content* – nelle esperienze proposte da EMPATIA, una volta generata s'intendeva rilasciata dagli utenti e riutilizzabile sotto le attribuzioni di una licenza creativa. Come assicurarsi che gli utenti fossero pienamente consapevoli di questi termini di operatività?
- Quale sistema per limitare l'inserimento di utenti falsi / bot / automatizzati all'interno dell'esperienza partecipativa, quale sistema dei controlli all'ingresso e quale politica delle cancellazioni?
- Quali limiti deve rispettare il consorzio di ricerca o, più in generale, il data processor che concretamente realizza l'esperienza di innovazione democratica, riguardo il mutare in maniera unilaterale i termini di servizio e quale politica di comunicazione agli utenti di queste modifiche?
- Quali limiti alla possibilità per il data processor che realizza l'esperienza di avvalersi di servizi esterni, di terze parti? Quale governance dei subprocessor?

Come ulteriore prospettiva di ricerca, in vista della replicabilità e della disseminazione dei contenuti generati nell'ambito del progetto, il team di EMPATIA ha indagato lo scenario successivo all'entrata in vigore del GDPR, innanzitutto elaborando scenari di congruenza in vista dello switch alla regolamentazione del 679/2015, componendo poi template di privacy policy e termini di servizio progettati per le esperienze democratico-partecipative che fossero GDPR-compliant¹⁶ e proponendo infine riflessioni su linee interpretative originali, nonché ipotesi di innovazione normativa, che potessero favorire la generazione di futuri processi democratico-partecipativi correttamente incardinati, credibili e ad alto tasso di sicurezza e protezione nei confronti dei partecipanti.

¹⁶ M. Secchi, T. Caldarelli; *annexes E and F*, 2017.

3. GDPR, consenso e partecipazione

Scrive Francesco Romeo in un suo recente studio ¹⁷ che spesso, nella prassi interpretativa più correntemente favorita, “*giudizi sociologici quali quello di adeguatezza delle regole rispetto ai fini da esse stesse posti, oppure indagini empiriche quali la verifica della consistenza rispetto alla materia da trattare, sono stati trascurati*”. Non sembra fuori luogo richiamare questo punto di vista che appare confortato da quanto raccolto in un’esperienza di concreta applicazione della normativa sulla privacy nei contesti di cui questo lavoro prova a dare conto. Aggiunge il docente dello studio napoletano, riprendendo il concetto in un successivo lavoro: “*È chiaro, oggi, che la normativa sulla privacy non ha raggiunto la teleologia per la quale era stata posta, non ha protetto la nostra privacy, anzi, la ha abbandonata all'appropriazione e allo sfruttamento economico. Il singolo, lasciato solo a tutelare i propri interessi, non è stato in grado di confrontarsi - ma questo sviluppo era prevedibile fin dall'inizio - con i grandi centri del potere economico, la normativa sulla privacy era spesso nulla più di un programma politico, violata o elusa nella prassi*”¹⁸.

Appare che fosse in effetti agevole intuire come la direzione di marcia della data governance, anche nello spazio legislativo europeo, puntasse più che altro al raggiungimento di un punto di equilibrio nell’ambito del conflitto fra gli interessi economici connessi all’attuale stadio della *data driven economy*. Nel 2012 il comunicato stampa con cui la commissione europea annunciò l’inizio del percorso che avrebbe condotto all’approvazione del GDPR dimostrava una spiccata sensibilità agli interessi degli ecosistemi dell’impresa europea.

“Il progresso tecnologico e la globalizzazione hanno profondamente cambiato il modo in cui i nostri dati vengono raccolti, consultati e utilizzati. Inoltre, i 27 Stati membri dell'UE hanno attuato la direttiva del 1995 in modo diverso, causando

¹⁷ F. Romeo, “Privacy digitale e governo della tecnica”, in *i-lex, Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, vol. 11, 2-3, 2017, 71-110.

¹⁸ F. Romeo, “Il governo giuridico delle tecniche dell’informazione e della comunicazione”, in “*I dati personali nel diritto europeo*”, V. Cuffaro, R. d’Orazio, V. Ricciuto (a cura di), Giappichelli, 2019.

discrepanze nella sua esecuzione. Un'unica regolamentazione eliminerà l'attuale frammentazione e i dispendiosi oneri amministrativi, portando a risparmi per le imprese per circa 2,3 miliardi di euro all'anno. L'iniziativa contribuirà a rafforzare la fiducia dei consumatori nei servizi online, fornendo un impulso necessario alla crescita, all'occupazione e all'innovazione in Europa."¹⁹

Una tale *intentio legis* risulta assai efficacemente incarnata nell'articolato del regolamento 679/2016 che, argomenta il team di ricerca EMPATIA, “*sembra essere costruito per riprogettare l'equilibrio fra i cittadini europei con i loro diritti ed interessi in contrasto a due questioni fondamentali: i settori dell'industria e delle imprese da un lato e le questioni inerenti la ricerca con un'attenzione particolare ai trials medici*”²⁰; questo assetto sarebbe difficilmente conciliabile con esperienze, quali i processi democratico-partecipativi, che si pongono spesso “*all'incrocio fra un'attività di pubblico interesse, un progetto di ricerca e un trattamento dati gestito da una realtà privata*”²¹.

Nella concreta realizzazione di un'esperienza di innovazione democratica, infatti, tipicamente i soggetti coinvolti comprendono una amministrazione centrale o locale che promuove il processo – nel nostro caso, ad esempio, una città o un comune, un ente locale che promuove il progetto di bilancio partecipativo; una squadra di ricerca che progetta e realizza concretamente l'esperienza di innovazione democratica; il team tecnico che mette a punto e gestisce l'infrastruttura tecnologica a supporto dell'esperienza democratica.

Le interazioni fra questi soggetti contano e risultano anzi essere al centro delle vicende quotidiane di chi realizza un'esperienza di innovazione democratica. Il lavoro del team EMPATIA ha individuato,

¹⁹ *Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users' control of their data and to cut costs for businesses*, comunicato stampa Commissione Europea, 25 gennaio 2012; una direzione di marcia notata anche da F. Romeo, “*Privacy digitale e governo della tecnica*”, p.77 e F. Romeo, “*Il governo giuridico delle tecniche dell'informazione e della comunicazione*”, p. 1268.

²⁰ M. Secchi, T. Caldarelli; cap 5.2, 2017.

²¹ *Ibid.*

nell'ambito delle strategie di disseminazione e riuso, cinque possibili scenari²² derivanti dalla combinazione di attori istituzionali e terze parti private; il lavoro nei piloti ha evidenziato come il tasso di confusione e di rischio per i dati dei cittadini partecipanti cresca all'aumentare del tasso di esternalizzazione della governance dell'esperienza: *“L'esternalizzazione del data processing richiede la predisposizione di un solido framework regolatorio che stabilisca limpidamente le responsabilità delle parti coinvolte”*, è l'avvertenza che i revisori del progetto hanno consegnato alle istituzioni europee²³

È a questo punto che viene in rilievo una delle riflessioni cardine maturata durante i giorni di lavoro in EMPATIA, quella sull'adeguatezza del consenso a fungere da base legale per un'esperienza di innovazione democratica. Nella concreta pratica operativa, infatti, i piloti di EMPATIA sono stati meramente autorizzati, nel migliore dei casi; tollerati non senza ostilità, nel peggiore dei casi, dal livello amministrativo e dalla macchina funzionariale delle amministrazioni coinvolte. Il team EMPATIA non ha dunque avuto spesso altra scelta che organizzare l'operazione di trattamento dati e l'esperienza democratica sostanzialmente in proprio, fungendo da data controller del trattamento dati, potendo contare più che altro sul nulla osta e sul 'brand' messo a disposizione dall'amministrazione di riferimento; risolvendosi allora l'intera operazione, più che altro, in un esperimento sociale a fini di ricerca, con spiccate carenze in termini di efficacia del processo e di concreta realizzazione delle proposte discusse dai cittadini.

Le alternative esistono e sarà l'investimento politico sulla democrazia e la partecipazione a fare la differenza. Nel primo scenario di replicabilità e disseminazione di EMPATIA si suggerisce un modello totalmente In-house, in cui l'amministrazione coinvolta:

- Operi senza ambiguità come titolare del trattamento dell'operazione di raccolta dati
- Non esternalizzi il ruolo di responsabile del trattamento, preferendo avvalersi di risorse interne

²² M. Secchi, T. Caldarelli, *Internalizzazione, regolazione, cooperazione, esternalizzazione, autonomia*, Cap 5.4, 2017.

²³ Ibid.

- Ospiti l'intera operazione di trattamento dati su server dedicati nella disposizione della PA

Si tratta, ovviamente, di una soluzione accessibile solo a grandi città perché di spiccata esigenza sia in termini di investimento finanziario che di risorse umane adeguatamente formate; ed è tuttavia e-gualmente possibile implementare un certo grado di esternalizzazione del processo (utilizzando un responsabile del trattamento esterno, ad esempio, come un ente di ricerca, un'università o un ente privato) a patto però di aver cura, in questo caso, di predisporre quel solido framework regolatorio che è fra l'altro richiesto dal GDPR per la corretta e stabile individuazione di un soggetto quale *data processor*, che dovrà operare per conto di un data controller ed entro i limiti da esso individuati dall'atto legale di incarico, giusta l'articolo 28 del regolamento 679/2016.

Più alto è il tasso di esternalizzazione di un'esperienza di innovazione democratica, più sarà probabile, e in certi casi inevitabile, che l'intero processo debba poggiare sul consenso quale base legale autorizzante il trattamento dei dati personali dei cittadini partecipanti: una opzione che presenta molteplici criticità, sia dal punto di vista dell'efficacia dell'esperienza, sia dal punto di vista dei concreti rischi sulla tutela dei dati degli interessati, della governance del percorso e del margine di rischio a cui sono esposti i dati generati durante il ciclo di lavoro. L'impostazione di un bilancio partecipativo su base consensuale comporterà, nello scenario statisticamente più frequente, l'individuazione e l'affidamento del ciclo di progetto a soggetti esterni, a volte *for profit*, che si troveranno a gestire, su mandato fra l'altro delle istituzioni, una banca dati alimentata da dati spiccatamente sensibili quali le opinioni politiche dei partecipanti riguardo le azioni da compiere sul proprio territorio; tali dati saranno dunque processati da questo soggetto esterno che sarà chiamato costantemente ad interfacciarsi con l'amministrazione di riferimento, la quale dovrà poi tradurre in scelte politiche concrete un percorso partecipativo gestito...da terzi.

Lo scenario qui descritto può essere ricondotto alle note critiche²⁴ sulla tendenza all'esternalizzazione di servizi e funzioni da parte delle amministrazioni dello stato a favore di soggetti esterni. Allo stesso modo, le perplessità sul consenso, più o meno informato, come base autorizzativa delle dinamiche di trattamento dati non sono nuove: *“Il diritto della privacy si è troppo affidato all'auto-gestione della stessa basata sul consenso. Un tale assetto non può conseguire i traguardi che gli si chiedono, ed è stato spinto oltre i propri limiti”*, scriveva già nel 2012 Daniel J. Solove²⁵, ma vale la pena sottolineare come già in tempi non sospetti Stefano Rodotà mettesse in guardia contro il *“mito del consenso”*²⁶ nell'approccio alla data governance e alla tutela dei dati personali.

*“Negli ultimi tempi, in Italia e fuori, si sono moltiplicate proprio le denunce di una linea di politica del diritto fondata sull'esaltazione del principio del consenso, di cui si è messo in evidenza il carattere mistificatorio. Le argomentazioni non sono nuove, dal momento che riproducono l'antica critica socialista al diritto civile borghese, accusato di mascherare dietro l'uguaglianza dei consensi dei diversi soggetti le reali disparità di potere esistenti tra loro, privilegiando così la posizione del più forte.”*²⁷

L'autore sottolinea questo fronte critico occupandosi dei *“dislivelli di potere rilevabili nell'ambito dell'organizzazione sociale”*, riferendosi nel passo citato alla dinamica di cui si ha esperienza nel settore più propriamente privato; salvo poi irrompere nel campo di analisi di questo studio, con parole riguardanti le amministrazioni dello stato e degli enti locali che, pur scritte decenni fa, sanno descrivere con puntualità i rischi a cui accennavamo.

²⁴ Appare utile e calzante il contributo di G. Gavana, F. Osculati, A. Zatti, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, vol. XXXVII, 2007, p. 7-58.

²⁵ D.J. Solove, *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, in *Harvard Law Review*, vol. 126, 2013.

²⁶ S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, 1973 in ristampa anastatica, Jovene, 2018 p. 45 e ss.

²⁷ S. Rodotà, *ibid.*, p.47.

*“L’enfasi sul consenso d’altra parte può rappresentare un comodo alibi per un potere pubblico desideroso di eludere i difficili problemi determinati dal trattamento delle informazioni personali a mezzo degli elaboratori elettronici. Infatti, l’astensione da ogni intervento, in nome di una libertà di determinazione degli interessati, non solo rappresenta una tranquilla accettazione della disparità di potere esistenti in concreto, e quindi una forma di legittimazione degli arbitri del più forte”*²⁸

Se questo valeva, nel fraseggio di Rodotà, per il potere del legislatore che rinunciava o evitava di impegnarsi in una regolamentazione puntuale sui limiti delle raccolte di dati personali, appare valere ancor di più per quelle operazioni di trattamento in cui le amministrazioni dello stato o degli enti locali non sono solo regolatori ma soggetti promotori di un’esperienza concernente dati sensibili e decisioni di impatto collettivo.

4. Public task

Come è noto, la regolamentazione europea sulla privacy non impone il consenso come unica base legittima per un’operazione di trattamento dati: l’articolo 6 del GDPR prevede, accanto al nulla osta dell’interessato, figure giuridiche quali l’interesse legittimo o l’esercizio di pubblico potere, fattispecie quest’ultima su cui ora è opportuno rivolgere l’attenzione. Si è visto poco sopra infatti come lo scenario preferibile per l’impostazione di un’esperienza democratico/partecipativa sia quello che prevede una governance strettamente legata alla permanenza dell’amministrazione promotrice come *data controller*; ciò comporta uno specifico design dell’esperienza sia sul piano regolamentare che tecnologico. Fra gli scenari di disseminazione e di replicabilità quello che più integralmente sembra incarnare questa esigenza è quello che prevede una gestione completamente *in-house* all’amministrazione procedente; un tale scenario appare avere

²⁸ S. Rodotà, *ibid.*, p.51.

una spiccata vocazione ad essere incardinato sull'esercizio di pubblico potere come *legal basis*²⁹. Ciò per più di un motivo.

Innanzitutto, perché le innovazioni democratiche promosse dalle pubbliche amministrazioni sono procedimenti ad altissimo livello di sensibilità e di politicità: installarle sul public task come base legale è nelle condizioni di sensibilizzare prima di tutto l'amministrazione procedente.³⁰ Ciò perché, come si è avuto modo di evidenziare, le esperienze democratico partecipative definiscono un campo di relazioni e interazioni di genere qualitativamente diverso rispetto ad altre esperienze comuni e collettive; un valore che appare implicito nella celebrazione di una consultazione richiesta da un ente che eserciti poteri sovrani. Un campo da gioco insomma troppo importante, si ritiene, per inserirlo nel frame operativo consensuale, che ha molte e ben note criticità sia sul piano strutturale, ovvero del governo dell'esperienza, sia sul piano dell'approccio cognitivo che la dazione del consenso implica.³¹

Inoltre – persino – perché questa parrebbe essere la scelta più congruente e in accordo con le previsioni dello stesso GDPR, laddove il regolamento 679/2016 introduce nell'ordinamento con l'articolo 25 i pilastri della verifica dell'adeguatezza ed efficacia delle misure adottate a tutela dei dati personali degli interessati: nella concreta prassi dei piloti di EMPATIA si è avuto modo di sperimentare come sia quantomeno da non dare per scontata l'adeguatezza di un'operazione di trattamento dati convocata da un ente che esercita potere sovrano; in cui si dispone di denaro estratto dalla collettività; la cui risultanza avrà effetti vincolanti in termini di impiego di risorse e di trasformazioni territoriali; e il governo della quale è affidata ad enti esterni all'amministrazione stessa, con rilevanti sovrapposizioni in tema di attori in gioco e di un quadro legale e regolamentare non abbastanza

²⁹ Art 6(e), regolamento 679/2016.

³⁰ “[Questo scenario] assicura una chiara identificazione delle responsabilità per i partecipanti, in modo fra l'altro congruente con la responsabilità riguardante l'innovazione democratica proposta. Fra l'altro, questo scenario non esclude la possibile esistenza di altre terze parti con accesso ai dati (per esempio subcontraenti dell'ente locale per servizi di manutenzione tecnica”]; M. Secchi, T. Caldarelli, *ibidem*, Cap 5.4.1, 2017.

³¹ Così in D.J. Solove, *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, in *Harvard Law Review*, vol. 126, 2013, p.1883 e ss.

limpido e adatto alla tutela sia dei dati dei partecipanti sia, questione appare prevalente, dell'importanza dell'operazione promossa.

Ragionare in questi termini appare fra l'altro congruente con l'esigenza evidenziata ancora da Romeo, laddove avverte che parte rilevante dei problemi connessi alla contemporanea epoca della digitalizzazione discenderebbero dalla “*progressiva perdita di controllo dello Stato sulle attività giuridicamente rilevanti sul suo territorio sovrano*”³²: organizzare allora un'esperienza democratico-partecipativa che mantenga una forte impronta istituzionale potrebbe contribuire a costruire un nuovo tessuto di fiducia fra i cittadini, la tecnologia e i poteri dello Stato e degli enti locali, visto che gli spazi di esperienza democratica sono appunto quegli ecosistemi relazionali in cui si possono “*incontrare le menti individuali, i pensieri e le volontà degli individui*”³³ perché possano essere canalizzati in un esito a beneficio dello spazio comune.

Né le istituzioni europee sembrano ignorare il problema: ne sia prova un parere prodotto dal WP29, oggi European Data Protection Board, che nel 2017 si pronunciava sul progetto della C-ITS Initiative³⁴, uno schema di “*meccanismo tecnologico automatizzato per il monitoraggio del traffico*” proposto dal directorato per il Traffico e la Mobilità della Commissione Europea. Nell'esprimere il suo parere, il gruppo consultivo della privacy a livello europeo dialogava con il gruppo di lavoro sulla privacy interno alla proposta progettuale. Il secondo proponeva di favorire l'ancoraggio del progetto alla base legale del *public task*, il primo suggeriva come maggiormente congrua la legal basis della *lawful obligation*. In entrambi i casi veniva sconsigliata l'idea di ancorare al consenso un *data processing* che avesse ad oggetto i comportamenti dei cittadini nello spazio pubblico e finalizzato a migliorare l'output dei pubblici servizi, in questo caso nel campo della mobilità e dei trasporti, date anche le specifiche caratteristiche tecniche del progetto in discussione e se non altro senza le opportune precauzioni.

Come è noto – lo ricordavamo nelle parole di Giovanni Buttarelli – era compito degli stati membri dell'Unione Europea quello di adeguare la propria normativa nazionale in alcuni specifici campi di a-

³² F. Romeo, *Privacy digitale e governo della tecnica*, p.86

³³ Ibid.

³⁴ Art. 29 WP, 17/EN WP 252.

zione, fra cui quello del rapporto fra tutela dei dati personali degli interessati e trattamenti basati su poteri autoritativi. La norma attuativa in questo campo è recente ed è il decreto 101 del 2018 che però, nell'ambito dei temi trattati in questo studio, non sembra disporre alcunché, emettendo normativa solo in riferimento ai soggetti che possono essere considerati come esercenti un pubblico potere, sulle basi legali autorizzanti trattamenti incardinati sul potere dello stato (legge e regolamento, in congruenza al considerando 45 del GDPR), sulle norme di comunicazione e diffusione dei dati inclusi in siffatti trattamenti e allegando infine un lungo elenco delle materie per le quali sarebbe *“rilevante l'interesse pubblico relativo a trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri”*; fra queste, nulla si legge a proposito delle esperienze di democrazia partecipativa o di innovazione democratica³⁵.

Differente la strada percorsa da altri legislatori; il Data Protection Act del Regno Unito, approvato nel 2018 in accoglimento della normativa GDPR, all'articolo 8 fa espressa menzione della base legale del public task, disciplinando in maniera molto più esplicita i temi affrontati in questo scritto.

“In Article 6(1) of the GDPR (lawfulness of processing), the reference in point (e) to processing of personal data that is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of the controller’s official authority includes processing of personal data that is necessary for:

(a) the administration of justice,

(b) the exercise of a function of either House of Parliament,

(c) the exercise of a function conferred on a person by an enactment or rule of law,

³⁵ Non pare fuori luogo citare le normative regionali sui percorsi partecipativi, approvate meritoriamente dalle amministrazioni regionali della Toscana (Legge regionale 46/2013), Emilia Romagna (Legge regionale n. 15/2018), Puglia (Legge regionale n.28/2017); una prima revisione degli articolati, delle linee guida allegati e delle esperienze partecipative su di esse incardinate sembra indicare un interessante spazio di ricerca per un successivo approfondimento.

*(d)the exercise of a function of the Crown, a Minister of the Crown or a government department, or
(e)an activity that supports or promotes democratic engagement”*³⁶

Come si legge, è pieno e limpido l'accoglimento delle esperienze di democrazia partecipativa fra i trattamenti dati che possono contare sulla forza dello stato quale base legittimante³⁷.

5. Verso una governance dei dati civici

Se è giusto dire che la valenza del consenso non va mitizzata, è altrettanto giusto sottolineare come in questo scritto non si intenda attribuire alle amministrazioni dello stato e degli enti locali più poteri di quelli che sia congruo e, soprattutto, più pesi in termini di gestione amministrativa di quanto uffici e funzionari siano in grado di sostenere. Ciò che si è osservato nei giorni del progetto è piuttosto, come si sottolineava, il salto qualitativo in termini di fiducia e di efficacia che si sperimenta laddove l'amministrazione promuovente rimane ferma nel suo ruolo di *data controller*. Un buon punto di equilibrio appare raggiunto da alcune recentissime esperienze di bilancio partecipativo in Francia, che vedono l'ente locale proporsi come data controller, mettere a disposizione il proprio indirizzo istituzionale come punto di contatto con i cittadini e in ogni caso basare l'esperienza di bilancio partecipativo sul consenso dei cittadini partecipanti³⁸; un punto di equilibrio seguito anche dall'esperienza milanese, che nell'edizione

³⁶Legislation.gov.uk,

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/8/enacted>, grassetto aggiunto

³⁷ Il tema sarà ulteriormente affrontato nel paper a firma M. Secchi – T. Caldarelli di prossima pubblicazione a cura della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli – Atti della XXII Edizione dei Colloqui di Cortona

³⁸ Budget participatif de la Nièvre, 2019; <https://budgetparticipatifnivernais.fr/le-budget-participatif/reglement-complet/>; egualmente impostata pare la procedura di Bordeaux, anche se con meno limpidezza espositiva: Bordeaux Debats, <https://debats.bordeaux.fr/pages/mentions-legales>

2017-2018, l'ultima celebrata, è stata EMPATIA – powered³⁹. La recente edizione del bilancio partecipativo di Roma Capitale ha seguito invece la strada della totale internalizzazione del processo partecipativo, individuando un dipartimento interno come responsabile del trattamento per conto del titolare e ancorando il trattamento proprio alla base legale del pubblico potere, citando esplicitamente l'articolo 6(1) lett.e del 679/2016⁴⁰, avvisando fra l'altro i cittadini partecipanti che i dati generati durante l'esperienza partecipativa potranno essere riprocessati e riutilizzati in futuro per finalità diverse rispetto a quelle annunciate al momento della raccolta, previa mera comunicazione agli interessati. Si tratta insomma di una cessione secca di dati e di valore a favore dell'amministrazione capitolina, che se ne riserva il riuso per fini indeterminati al momento della raccolta.

Il tutto, fra l'altro, in completo accordo con la normativa vigente. A norma, infatti, della Open Data Directive, fin dal 2003 vigente in varie forme nell'ordinamento giuridico europeo e degli stati membri, tutte le banche dati dell'amministrazione dello Stato e degli enti locali devono essere messe a disposizione in formato *machine-readable* e scaricabili a costo zero, senza nessun onere per gli utenti, gli operatori economici e gli enti privati e pubblici: né l'articolato del nuovo testo della direttiva, datato al 2019, sembra avere alcuna intenzione di cambiare quadro politico-giuridico di riferimento⁴¹. Se ci dimentichiamo che *data is money*, che i dati sono denaro, ecco che si viene ad innescare una interessante occasione per mettere a disposizione

³⁹ Milano Partecipa, bilancio partecipato del Comune di Milano, <https://bilanciopartecipativo.comune.milano.it/policies/privacy>, scenario "Regulation", M. Secchi, T. Caldarelli; cap 5.4.2, 2017

⁴⁰ Disciplinare del bilancio partecipativo di Roma Capitale 2019/2020, https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/Deliberazione_della_Giunta_Capitolina_n.103_del_31_maggio_2019.pdf art 12

⁴¹ "L'informazione del settore pubblico rappresenta una fonte straordinaria di dati in grado di contribuire a migliorare il mercato interno e lo sviluppo di nuove applicazioni per i consumatori e le persone giuridiche. L'utilizzo intelligente dei dati, ivi compreso il loro trattamento attraverso applicazioni di intelligenza artificiale, può trasformare tutti i settori dell'economia", considerando 9, direttiva 2019/1024

delicate risorse pubbliche verso operatori privati, spesso pochi e grandi.

Ciò che sembra rendersi necessario allora è un intervento legislativo integrato, un codice della partecipazione digitale che metta a sistema le varie opzioni organizzative e regolamentari a disposizione delle amministrazioni promotrici e detti linee sulle basi legali, modulando gli elementi del consenso e del *public task* proponendo un punto di equilibrio che possa essere allo stesso tempo flessibile, nel rispetto delle varie amministrazioni e dei vari processi e uniforme per tutto il territorio dello stato, evitando che le esperienze di democrazia partecipativa inaugurate dagli enti locali e dallo stato si continuino a muovere in un campo da gioco che appare, ad oggi, sostanzialmente anarchico rispetto alle scelte organizzative e gestionali.

Le banche dati pubbliche, se adeguatamente raccolte, trattate e rese disponibili, sono un serbatoio di valore utile sia ai campi della ricerca, che della pianificazione, che dell'industria e dell'economia. Le esperienze di e-democracy possono contribuire a costituire queste banche dati e il rispetto di procedure e istituzioni può generare dei dati raccolti sul territorio sovrano, cementare la fiducia nelle istituzioni e offrire significative esperienze collettive ai partecipanti, riuscendo a costruire quel tessuto qualitativamente diverso che è essenziale per una reale democrazia. Il regolamento europeo sulla protezione dei dati offre già molto di ciò che è necessario per fare alcuni passi avanti nella giusta direzione.