

Gli orizzonti della teoria del *nudging* sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?

Michele Miravalle*

THE IMPACT OF NUDGE THEORY ON THE NORMATIVITY: TOWARD A LAW WITHOUT SANCTIONS?

ABSTRACT: The article underlines the most significant aspects of the Nudge Theory, introduced by Richard Thaler and Cass Sunstein. Analysed from the point of view of philosophy of law and social theory, the so called “libertarian paternalism” rises critics about the compatibility with individual autonomy and liberty. Especially if we consider the possible evolution of the Nudge Theory - the Boosting Approach and the Bio-Moral Enhancement – on specific field, such as criminal law and crime-prevention strategies. It could become the theoretical framework used to discipline the contemporary society, through new “technologies of power” able to promote control without traditional sanctions.

KEYWORDS: *Nudge* theory; paternalism; limited rationality; sanctions; prevention

SOMMARIO: 1. Introduzione. *Nudge* come «terza via» – 2. L'apprendimento della norma e le scelte normative. La razionalità limitata dell'uomo – 3. Giustificazioni e tipi di paternalismo. Non tutto è *nudge* – 4. Il *nudge* biopolitico. La questione della trasparenza e della neutralità morale – 5. Rischi e derive del *nudge*. Verso il potenziamento cognitivo – 6. La norma ha ancora bisogno del rafforzamento sanzionatorio? La Teoria del *Nudging* nel dibattito contemporaneo su devianza e criminalità

1. Introduzione. *Nudge* come «terza via»

L'impatto che le nuove scoperte delle scienze comportamentali e cognitive hanno sulle scienze sociali¹ – ed in particolare sul diritto – è da osservare con crescente attenzione, poiché promette di provocare radicali trasformazioni sia delle classiche cornici teoriche entro le quali siamo soliti interpretare ruoli e significati delle norme giuridiche e sociali, sia dell'effettività dei rapporti giuridici privati e pubblici.

* *Assegnista di ricerca, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino. Mail: michele.miravalle@unito.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ Visto dal punto di vista del diritto, quello tra scienza sociale e scienza naturale è storicamente un approccio reciprocamente escludente, che potremmo far risalire al noto dualismo cartesiano tra *res cogitans* e *res extensa*. Nell'interpretare l'agire umano, l'arroccamento, da una parte, delle scienze sociali nel “culturalismo” e nell’ “ambientalismo” e, dall'altra, delle scienze naturali nel “biologismo” hanno contribuito a produrre quella dicotomia “biologico vs sociale” apparentemente irrisolvibile. Tuttavia sono oggi crescenti le posizioni c.d “compatibiliste”. Sono paradigmatiche in questo senso, le tesi del neurobiologo evoluzionista di Harvard, Robert Sapolsky, che dopo una puntualissima analisi delle varie posizioni e delle ricerche condotte sul comportamento dell'uomo, arriva a concludere che cultura, ambiente e biologia contribuiscono in egual misura a determinare il comportamento umano (cfr. R. SAPOLSKY, *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, New York, 2018).

Con tali premesse, all'alba degli anni Duemila, l'economista comportamentale Richard Thaler insieme al giurista Cass Sunstein hanno delineato la dirompente Teoria del *Nudging*².

Tale teoria si basa sull'ossimorica promozione di strumenti di *paternalismo libertario* - su cui torneremo ampiamente più avanti - capaci di rendere le scelte individuali maggiormente razionali, consapevoli, informate delle conseguenze, preservando però il potere di *agency* e l'autonomia dei singoli.

La forza innovatrice (per certi aspetti, rivoluzionaria) della Teoria del *Nudging* risiede nel cercare una «terza via»³ nei rapporti tra Stato e consociati, che si ponga tra la totale *deregolamentazione*, tipica del paradigma liberale, e la coercizione basata sul *command and control*⁴. È bene sottolineare fin d'ora che i sostenitori della Teoria del *Nudging* non pensano che il *nudge* possa sostituire del tutto l'attuale modo di regolamentare i rapporti tra autorità pubblica e privati, ma promuovono piuttosto una necessaria «complementarietà»⁵ tra *nudge* e apparato normativo tradizionale.

Il *nudge* dunque «guida» le decisioni dei cittadini, attraverso *spinte gentili*⁶ finalizzate a promuovere i loro interessi, lasciando comunque la libertà di comportarsi diversamente.

Ma perché dovremmo aver bisogno di *spinte gentili* per decidere i nostri comportamenti? La risposta di Sunstein è *tranchant*, perché «le persone fanno un mucchio di errori, alcuni dei quali possono rilevarsi estremamente dannosi [...]. Gli esseri umani possono essere miopi e impulsivi, possono dare un peso eccessivo al breve termine, [...] tendono a procrastinare e la conseguenza talvolta è negativa. Gli individui possono essere irrealisticamente ottimisti e per questa ragione compiere scelte infauste e anche pericolose»⁷.

In poche righe, si mette in crisi il *principio del danno* (anche conosciuto come *principio di libertà*) teorizzato da John Stuart Mill nel 1859 e presto divenuto architrave del pensiero liberale. Proprio la critica

² I capisaldi di questa teoria sono introdotti inizialmente in R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *The American Economic Review*, 93, 2, 2003, 175 e ss.

Tuttavia la sua formulazione compiuta va fatta risalire al successivo lavoro monografico R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Londra, 2009. Il testo è tradotto in italiano, R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, Milano, 2009. Anche grazie agli studi sul *nudge*, Richard Thaler è stato insignito del premio Nobel per l'economia nel 2017.

Gli aspetti più propriamente giuridici e politici della Teoria del *Nudging* sono sviluppati dal solo Sunstein in *ex multis* C.R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven, 2014 (trad. it. C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015) e da A. ALEMANNI, A.L. SIBONY (eds.), *Nudge and The Law. A European Perspective*, Oxford e Portland, 2015.

Per un inquadramento del *nudging* nella più ampia riflessione giusfilosofica e sociogiuridica sul cognitivismo, cfr. L. COMINELLI, *Cognition of the Law. Toward a Cognitive Sociology of Law and Behavior*, New York, 2018.

³ Cfr. A. GIDDENS, *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, Cambridge, 1998.

⁴ «Il *command and control* è una strategia regolatoria la cui essenza è collegata all'influenza che si ottiene con l'imposizione di standard associati alla presenza di meccanismi sanzionatori». Il proibizionismo ne è il tipico e più diffuso esempio. R. VANNINI, *Dizionario di Economia e finanza*, Roma, 2012.

⁵ L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVIII, 1, 2018, 296.

⁶ È questa la più comune, ma non necessariamente la più efficace, traduzione italiana del termine *nudge*. Per evitare incomprensioni, in questo contributo, si preferirà l'utilizzo del termine originale, senza traduzioni.

⁷ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 6-7.

a Mill e il superamento delle teorie liberali neoclassiche sono uno degli obiettivi manifesti della Teoria del *Nudging*, nonostante alcuni autori intravedano una possibile compatibilità tra i due modelli⁸.

Secondo l'ideale liberale neoclassico, l'uomo è "sovrano" di sé stesso, libero persino di auto-danneggiarsi⁹ e l'unico scopo per cui l'Autorità può legittimamente esercitare il suo potere normativo e coercitivo è per evitare danno agli altri. Ogni intervento sull'individuo, sebbene finalizzato al suo bene o alla sua felicità, sfocerebbe nella sfera della morale individuale non sindacabile e dunque sarebbe illegittimo.

Ma un secolo di scoperte e risultanze empiriche raccolte dagli studiosi comportamentali hanno messo in dubbio quel modello di *homo oeconomicus* capace di scelte perfettamente razionali, trasformandolo piuttosto in *homo euristicus fallax*¹⁰, cioè «il modello di un attore che, utilizzando scorciatoie, "regole del pollice", decisione su base intuitive, tende a commettere spesso *biases* ed errori di giudizio e decisione rispetto ai canoni della razionalità economica neoclassica».

Si nota dunque come le valutazioni della realtà fenomenica da cui conseguono le scelte comportali siano sistematicamente influenzate da *bias* ed euristiche, ma anche, più semplicemente, da asimmetrie informative o da inerzia.

Le scienze cognitive hanno individuato oltre duecento tipologie di *bias* cognitivi che influenzano le nostre azioni¹¹, catalogate in un vero e proprio *Codice dei bias cognitivi*¹², che, attraverso una puntuale tassonomia, riassume molti dei criteri che adottiamo nel quotidiano, quasi sempre inconsapevolmente¹³. Questo articolato apparato di meccanismi inconsci è sintetizzabile in quattro categorie principali, che corrispondono ad altrettanti *status* cognitivi in cui l'individuo può trovarsi quando deve assumere una decisione: la necessità di "decidere in fretta" (il tempo è risorsa tipicamente limitata e la razionalità di una scelta può dipendere dalla quantità di tempo disponibile); la "mancanza di sufficienti informazioni" (rientrano in questa categoria alcuni *bias* estremamente rilevanti sul piano giuridico, quali le stereotipizzazioni o generalizzazioni, cioè la riconducibilità di una situazione o di una persona al contesto o al gruppo di appartenenza, traendo conclusioni incuranti delle caratteristiche individuali); l'"eccesso di informazioni" (speculare rispetto alla precedente categoria, riguarda la confidenza o l'eccessiva conoscenza di un contesto o di una persona, che porta, ad esempio, a porre in essere comportamenti ripetitivi o seriali, abbassando il livello di attenzione) ed infine, le "distorsioni mnemoniche"

⁸ In questo senso si sottolinea, come avremo modo di analizzare nella seconda parte di questo contributo, la strenua difesa della libertà d'azione dell'uomo e il rifiuto di forme di controllo di tipo coercitivo, che accomuna sia gli antipaternalisti à la Mill, sia i sostenitori del *nudge*, cfr. G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, 637-657.

⁹ «Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve rendere conto alla società è quello riguardante gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza, è, di diritto, assoluta. Su sé stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano» J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 1993 (1859), 22.

¹⁰ L'efficace definizione è di Riccardo Viale, così come la citazione successiva in R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Bologna, 2018, 51.

¹¹ Vedremo nel prossimo paragrafo quali tra questi, secondo la Teoria del *Nudging*, hanno un maggior impatto sui rapporti giuridici pubblici e privati.

¹² Una efficace rappresentazione grafica del *Cognitive Bias Codex* è disponibile in *creative commons* all'indirizzo https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cognitive_bias_codex_en.svg (ultima visita in data 8.1.2020).

¹³ I più influenti studi su *bias* ed euristiche sono condotti dagli economisti comportamentali Kahneman e Tversky. Cfr. *ex multis*, D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185, 1974, 1124 e ss.; D. KAHNEMAN, *Thinking. Fast and Slow*, New York, 2011.

(vi rientrano le suggestioni, le amnesie, le associazioni mentali con cui “interpretiamo” la realtà al momento della decisione).

2. L'apprendimento della norma e le scelte normative. La razionalità limitata dell'uomo.

Quello che suggeriscono gli studi sulle euristiche e i *bias* può essere ricondotto alla nota *Teoria della razionalità limitata*, secondo cui «la razionalità umana ha la forma di un paio di forbici le cui lame sono una la struttura dell'ambiente e l'altra le capacità computazionali dell'attore»¹⁴.

La razionalità dunque non è - non può essere - assoluta, come vorrebbe l'approccio utilitarista neoclassico e di conseguenza le decisioni degli individui¹⁵ non sono ispirate alla massima utilità. Ma sono quelle relativamente più soddisfacenti tra le alternative conosciute, tenuto conto dei valori, delle credenze, degli ideali, dei desideri dell'individuo che, in quel preciso contesto spazio-temporale, effettua le sue scelte comportamentali.

In questo approccio delle scienze cognitive e comportamentali, soprattutto quando si interfaccia con la questione della normatività cara ai giuristi, rileviamo tuttavia una generale sottovalutazione del ruolo che il contesto sociale e ambientale ha sui comportamenti umani. Occorrerebbe certamente un'analisi più puntuale, ma qui si sottolinea l'enfasi posta dai comportamentisti su una lama della forbice della razionalità limitata di Simon (le capacità computazionali dell'individuo), mentre l'altra (la struttura dell'ambiente) rimane sistematicamente in secondo piano.

Eppure gli studi sulla socializzazione delle norme, pur dandone spiegazioni differenti, suggeriscono come i due aspetti (ambientale/sociale e personale/individuale) debbano essere considerati in egual misura. In altre parole, la “coscienza collettiva” condivisa e interiorizzata descritta da Durkheim influenza i nostri comportamenti tanto quanto la nostra individualità.

Vista dal punto di vista del regolatore pubblico, l'influenza ambientale sui comportamenti individuali è anzi fondamentale e va preservata, poiché garantisce stabilità e continuità nel tempo alla società, assicurando la trasmissione intergenerazionale di valori, modi di agire o pensare e la costruzione dell'«identità sociale»¹⁶.

Alcuni cognitivisti, come il già citato Kahneman, per esemplificare meglio i meccanismi cognitivi del comportamento, ricorrono all'espedito della dualità del sistema cognitivo, formato da un *Sistema 1* veloce, automatico, emozionale, empatico, istintivo e da un *Sistema 2* riflessivo, calcolatore, analitico, razionale. Entrambi i sistemi (o processi cognitivi¹⁷) si attivano in misura maggiore o minore negli individui, quando occorre assumere decisioni.

¹⁴ H.A. SIMON, *Models of man: social and rational. Mathematical essays on rational human behavior in society setting*, New York, 1957.

¹⁵ Qui il riferimento è alla razionalità individuale, ma, come nota Weber a proposito di razionalizzazione e burocratizzazione, lo stesso può valere per spiegare i processi decisionali e i modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni (e, in generale, delle organizzazioni sociali complesse).

¹⁶ Per un'analisi approfondita sul punto, cfr. C. DUBAR, *La socializzazione. Come si costruisce l'identità sociale*, Bologna, 2004.

¹⁷ Vale preferisce questa terminologia, parlando di processo cognitivo di Tipo 1 e 2, anziché di Sistemi, per sottolineare l'immaterialità della distinzione – anche se le neuroscienze insegnano che, a seconda delle scelte da

È esattamente in questa architettura cognitiva che agisce il *nudge*, intervenendo – e vedremo come – quando «l’istintivo Sistema 1 prevale sul razionale Sistema 2»¹⁸.

La Teoria del *Nudging* mostra dunque un’avversione verso tutto ciò che è riconducibile al Sistema 1 (istintività) e intende “spingere” l’individuo a comportarsi seguendo il Sistema 2 (razionalità). Tale avversione sarebbe giustificata dal fatto che, seguendo il Sistema 1 «le persone commettono errori e le loro scelte smettono di promuovere i loro stessi fini»¹⁹. È questo un passaggio fondamentale della teoria, su cui è bene soffermarsi, poiché è proprio l’errore istintivo commesso dall’individuo a giustificare l’intervento paternalista, che potrà essere *forte* (coercitivo) o *debole* (libertario) a seconda del tipo di errore da evitare.

Anzitutto occorre meglio comprendere quali siano gli “errori” istintivamente compiuti dagli individui secondo i sostenitori del *nudge*.

Sunstein in particolare individua quattro categorie di errori ricorrenti dell’agire giuridico dell’individuo, quando agisce in modo istintivo (Sistema 1):

- a) La *preferenza per il presente* e l’*incoerenza temporale* (il Sistema 1 è miope, considera solo i vantaggi nel breve periodo, predilige *l’hic et nunc*, il Sistema 2 considera invece il lungo periodo);
- b) Le *difficoltà di autocontrollo* (il Sistema 1 è incapace di considerare l’impatto delle proprie decisioni nel futuro, mentre il Sistema 2 ne è consapevole e per questo preferisce autocontrollarsi nel presente. Le Costituzioni sono tipicamente un sistema di autocontrollo o di c.d. *precommitment*²⁰ poiché pongono rimedi e soluzioni pro-futuro, quando si prevede possano essere commessi errori. Sono regole che la società si dà da sobria, a valersi per quando sarà ubriaca. Sul piano dei rapporti privatistici, sono strumenti di *precommitment* tutti i sistemi previdenziali e pensionistici);
- c) L’*ottimismo irrealistico* (gli individui sarebbero troppo fiduciosi nel futuro e propensi a non considerare i possibili rischi, nonostante le probabilità che questi si verificano siano elevate. Sul piano regolatorio, da qui nasce la difficoltà di costruire campagne di prevenzione dei rischi davvero efficaci, dove potrebbe rivelarsi non sufficiente ricorrere alla paura e all’esposizione del pericolo, si pensi alle campagne anti-fumo o anti-obesità);
- d) I *problemi con la probabilità* (l’istinto del Sistema 1 non è abituato a calcolare le probabilità che avvenga o non avvenga un certo fatto, paura o eccessiva confidenza sono sentimenti che poco o nulla hanno a che fare con la statistica. È, ad esempio, ben noto l’impatto di questo tipo di *bias* sulle politiche criminali, costantemente influenzate, soprattutto in tempi di populismo penale, da campagne di *panico morale*²¹ che basandosi su percezioni distorte della realtà giustificano l’esigenza di interventi di criminalizzazione).

compiere, si attivano regioni diverse del cervello, cfr. R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, cit., 159.

¹⁸ L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 293.

¹⁹ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 28.

²⁰ I. AYRES, *Carrots and Sticks*, New York, 2010, 47.

²¹ L’efficace definizione è di Stanley Cohen, cfr. S. COHEN, *Folk, Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers*, Londra, 1972.

3. Giustificazioni e tipi di paternalismo. Non tutto è *nudge*

Muoviamo ora dalla parte *descrittiva* della Teoria del *Nudging* (il presupposto della fallacia e dell'irrazionalità del comportamento umano) a quella *prescrittiva*. Occorre organizzare l'analisi individuando due questioni salienti. La prima: quale intervento paternalista è giustificabile o auspicabile per "correggere" l'irrazionalità?

La seconda: quale deve essere il fine perseguito dell'intervento paternalista?

In altri termini, quali sono i *mezzi* e quali i *fini* del *nudge*.

Quello dei *mezzi* è tema cruciale per valutare l'impatto del *nudge* sul campo giuridico. In linea generale, va chiarito che la Teoria del *Nudging* giustifica l'intervento paternalista, ma solo entro certi limiti. Per comprenderli occorre esplorare la distinzione tra *paternalismo forte* e *paternalismo debole* (o *libertario*). Solo se gli interventi statuali rimangono negli angusti confini del *paternalismo debole*, sono considerabili *nudge*.

Abbiamo già accennato a questo aspetto, quando si è sostenuto che il *nudge* sia la "terza via" tra la deregolamentazione e l'intervento coercitivo.

Ma la distinzione tra paternalismo forte e debole necessita di alcune chiarificazioni sia sul piano teorico sia nei suoi risvolti applicativi. Gli stessi sostenitori del *nudging* tendono a considerare i due tipi di paternalismo non come categorie reciprocamente escludenti, ma piuttosto come due estremi di un *continuum*, che può dunque presentare diverse gradazioni d'intensità. La definizione fornita da Sunstein è tuttavia più utile agli economisti che ai giuristi, infatti si basa sulla presenza o l'assenza di *costi materiali* imposti dall'Autorità sull'individuo.

In questo senso per *paternalismo forte* si intendono «le azioni di governo che cercano di migliorare il benessere delle persone imponendo costi materiali sulle loro scelte», al contrario, per *paternalismo debole* (o *libertario*) si intendono «le azioni dello Stato che tentano di migliorare il benessere delle persone senza imporre costi materiali sulle loro scelte»²². Se applicata in concreto, questa definizione rischia tuttavia di condurre a palesi contraddizioni, poniamo infatti l'esempio delle campagne antifumo per migliorare la salute pubblica, l'aumento del costo delle sigarette di un solo centesimo a pacchetto sarebbe considerato uno strumento di *paternalismo forte* poiché implica costi materiali e dunque non auspicabile, mentre l'obbligo di stampare sui pacchetti di sigarette le foto anche molto cruente di malati terminali, non producendo costi materiali sul cittadino-consumatore, rientrerebbe dunque tra gli strumenti di *paternalismo debole* o *libertario*. Ma i costi materiali non possono essere gli unici presi in considerazione, lo stesso Sunstein riconosce l'esistenza anche di costi immateriali²³, che debbono essere considerati.

Nell'esempio siffatto è vero che i costi materiali dell'esposizione di foto di malati terminali sono nulli, ma i costi immateriali (in termini ad esempio di violazione della privacy o della dignità del malato o di reazioni emotive da parte di chi vede quell'immagine e magari non è il fumatore destinatario del

²² Entrambe le citazioni sono tratte da C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 46.

²³ Vi rientrerebbero i c.d. *costi psichici* e i *costi sociali*, legati al significato sociale che il comportamento individuale ha nel contesto sociale.

messaggio, ma il figlio minore) sarebbero ingenti e dunque l'intervento statale dovrebbe essere comunque considerato *forte* e fuoriuscire dai confini del *nudge*.

Dal punto di vista giuridico-normativo, è più convincente differenziare il *paternalismo forte* e quello *libertario* secondo una *distinzione deontica*: «Dove ci sono obblighi e divieti il paternalismo è forte, altrimenti è debole»²⁴.

Queste difficoltà definitorie e la sua natura *flessibile* e non concettualmente rigida²⁵, hanno avuto come conseguenza un uso improprio ed eccessivo del *nudge*-concetto, includendo tipologie di intervento paternalistico statale che poco o nulla hanno a che fare con il *nudge*.

Ma spostiamoci ora momentaneamente dal quadro teorico, per proporre una tassonomia degli strumenti correntemente utilizzati in vari contesti e che possono rientrare nella definizione di *nudge*, delineando tre categorie (i *nudge salienti*, i *nudge informativi* e le *regole di default*).

Una prima categoria di *nudge* è quella che agisce sulla *saliienza*, cioè sulla "modalità" con cui le varie scelte comportamentali possibili sono presentate. I nostri *bias* cognitivi spesso ci inducono a scegliere l'opzione più facile o più evidente e meno dispendiosa (in termini di risorse economiche, di tempo, di possibilità di successo). Nascondere prodotti dannosi per la propria salute nei punti vendita per disincentivarne l'acquisto; semplificare la modulistica contrattuale, evidenziando solo certe clausole piuttosto che altre; presentare la bontà di una scelta mettendo in evidenza la percentuale di successo e nascondendo quella di insuccesso (l'individuo è più propenso a sottoporsi ad un'operazione chirurgica, sapendo che 90 pazienti su 100 sono sopravvissuti, piuttosto che 10 su 100 sono deceduti); raggruppare per categorie omogenee opzioni simili per facilitare la scelta (è il caso, ad esempio, delle banche d'investimento che propongono ai risparmiatori profili d'investimenti, ad esempio "aggressivi" o "prudenti", senza preoccuparsi di dettagliare gli investimenti); mandare segnali sonori al guidatore per indurlo a fare una sosta dopo molte ore di guida oppure per consigliarli di allacciare le cinture di sicurezza. Si tratta in generale di strategie che fanno leva sul c.d. *framing* delle scelte, cioè su "come" un problema viene presentato.

Una seconda categoria sono i c.d. *nudge informativi*. Questioni quali la trasparenza della Pubblica Amministrazione, la normativa antitrust, il consenso informato in campo sanitario, la sicurezza sul lavoro e l'emersione del lavoro irregolare, la tutela dei soggetti vulnerabili da azioni pericolose o illecite di terzi, sono alcuni esempi di campi del diritto e della regolamentazione pubblica che hanno subito attenzione da parte degli esperti di scienze comportamentali e di *nudging* informativi. Sono *paternalistici libertari* in questo senso tutti quegli interventi dell'Autorità che mirano a incentivare o disincentivare un comportamento cercando di colmare lo scarto informativo tra "percezione" e "realtà" oppure a informare sulle conseguenze negative o positive dei propri comportamenti. Il presupposto è che più la scelta individuale è informata e più è razionale.

Al netto delle questioni legate alla neutralità delle informazioni, sono considerati quindi *nudge* informativi, ad esempio, le tecniche attuariali che mirano all'efficientamento dell'attività della Pubblica Amministrazione, attraverso la pubblicazione dei tassi "produttività" degli uffici giudiziari in termini di

²⁴ G. TUZET, *Nudge, paternalismi e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, cit., 646.

²⁵ «Nudging is therefore not a conceptually strict formula but a pliant tool, so much so that it has sometimes been stretched excessively, becoming a victim of its own success», L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 302.

sentenze pronunciate, della “produttività” dei docenti in termini di numeri di studenti esaminati, della qualità degli Atenei in termini di numero di laureati e tassi di laureati occupati dopo la laurea. Oppure le campagne di informazione sui rischi dovuti alle mancate coperture vaccinali, sulle accortezze da utilizzare in caso di epidemie, sulla necessità di screening sanitari da effettuare a cadenza regolare, sul disincentivo all’uso del cellulare o del computer limitandosi a comunicare quante ore sono state trascorse davanti allo schermo, sulla necessità di fare attività fisica comunicando quanti passi sono stati fatti nell’arco della giornata. Oppure la classificazione di taluni beni per qualità dei consumi (si pensi alla certificazione energetica per la vendita o la locazione di immobili, introdotta in Italia ex d.lgs. 192/2005 o degli elettrodomestici. Solo il cittadino esperto conosce, sul piano tecnico i motivi per cui un prodotto è collocato in una classe energetica piuttosto che in un’altra, ma tutti i cittadini, anche i meno competenti e i più distratti, sanno che un prodotto classificato con la lettera A sarà in qualche modo “migliore” di un prodotto in classe energetica B e saranno orientati – ma non certamente obbligati – a preferire il primo). Sempre nel campo dei consumi energetici, in California si è misurata l’efficacia di due *nudge* informativi differenti ma progettati per lo stesso scopo: ridurre i consumi elettrici delle famiglie. Un certo numero di famiglie veniva informato dell’andamento dei propri consumi attraverso una specifica sezione della bolletta, un altro gruppo di famiglie invece veniva informato dei propri consumi attraverso un dispositivo (Ambient Orb), collegato al contatore, che si colorava di rosso se i consumi erano eccessivi. Nel primo caso non si è verificato nessun significativo calo dei consumi energetici, nel secondo caso i consumi si sono quasi dimezzati. Anche nel settore del diritto tributario sono stati sperimentati *nudge* che hanno aumentato il gettito fiscale, non attraverso un maggior numero di controlli e sanzioni, bensì limitandosi ad informare l’evasore di quale fosse la percentuale di persone del proprio quartiere in regola con i pagamenti delle imposte e quali opere e servizi pubblici si sarebbero potuti realizzare con il mancato versamento delle tasse, si è sfruttata cogni l’euristica cognitiva dell’emulazione e dell’imitazione.

Le c.d. *Regole di default* sono invece quelle tipologie di *nudge* che agiscono per limitare la naturale inerzia o passività dell’individuo, che, non solo a causa di *bias* cognitivi, evita in numerose occasioni di compiere scelte attive. Tale inerzia giustifica l’Autorità a scegliere per lui. Il meccanismo della *sostituzione* è il più invisibile dai sostenitori del paradigma liberale neoclassico, poiché è il grado più pervicace di intervento statale sull’individuo. Ma in questo caso, l’Autorità si limita ad essere *paternalista* solo in caso di inerzia dell’individuo, per evitare l’intrusione paternalistica al soggetto basterebbe scegliere. Esempi tipici di *Regole di default* riguardano anche tematiche eticamente sensibili, come la donazione degli organi in caso di decesso, emblematico, per capire l’impatto del *nudge* sulla società, è l’esempio di due Paesi, Austria e Germania, del tutto assimilabili dal punto di vista delle loro identità socio-culturali. In Austria, la legislazione prevede che la donazione degli organi avvenga di *default* salvo che l’individuo non espliciti il suo diniego (*opt out*), in Germania la legislazione prevede l’esatto opposto, l’espianto degli organi avverrà solo se l’individuo ha validamente dato il suo consenso (*opt in*). L’effetto delle due previsioni paternalistiche è che in Austria il 90% degli organi espiantabili vengono effettivamente donati, in Germania solo il 10%.

Tornando alle politiche fiscali, nel contesto italiano, l’introduzione avvenuta in via sperimentale a partire dal 2015 della c.d. “dichiarazione dei redditi precompilata”, modificabile solo attraverso



l'intervento attivo dell'individuo, è certamente una forma di paternalismo ascrivibile alla *regole di default*²⁶, così come le forme di rinnovo automatico dei rapporti contrattuali nel settore delle locazioni immobiliari, delle telecomunicazioni o dell'energia²⁷.

In diverse Pubbliche amministrazioni del mondo il ruolo degli esperti di scienze del comportamento è stato formalizzato, attraverso la creazione di uffici e dipartimenti chiamati proprio a studiare possibili interventi di *paternalismo libertario*²⁸, gli esempi più noti, sono il *Behavioral Insights Team* (BIT) nel Regno Unito e il *Social Behavioral Sciences Team* (SBST) fondato nel 2015 dall'amministrazione Obama negli Stati Uniti, ma che ha successivamente cessato le proprie attività sotto la presidenza di Donald Trump nel 2017.

Gli spazi di espansione dell'uso dei *nudge* sembrano dunque essere notevoli, soprattutto grazie allo sviluppo tecnologico e alle crescenti interazioni uomo-macchina capaci, per tornare alla forbice della razionalità limitata di Simon, di migliorare le capacità computazionali dell'individuo, aumentare la sua capacità di *de-bias* e dunque aggiungere razionalità, laddove l'umano è fallibile.

Di conseguenza il ruolo, ma potremmo foucaultianamente dire il *potere*, degli "architetti delle scelte" che progettano l'intervento paternalista merita di essere approfondito. Per farlo, occorre muovere l'analisi verso la seconda delle questioni poste all'inizio di questo paragrafo: quale deve essere il *fine* perseguito dell'intervento paternalista?

²⁶ Questo tipo di *nudge* è scivoloso sul piano giuridico: l'individuo potrebbe infatti essere "spinto" a rinunciare ad un proprio "interesse" (ad esempio chiedere uno sconto fiscale) o alla rivendicazione di un proprio diritto (ad esempio essere tassato con una aliquota più bassa di quella prevista dal *default* precompilato), perché ritiene più faticoso "attivarsi" per ottenerlo rispetto ad accettare quello che il decisore pubblico ha deciso per lui. Nell'esempio specifico: quanti sono gli "errori" nelle dichiarazioni dei redditi che gli individui rinunciano a rivendicare? A quanto ammonta il gettito fiscale "non dovuto", ma effettivamente incassato dallo Stato? Occorrerebbe basarsi su ricerche empiriche per giudicare la fondatezza di questi dubbi. Nel paragrafo successivo vedremo che queste domande potrebbero rientrare nella c.d. critica della "scelta pubblica subottimale", che gli stessi sostenitori del *nudge* riconoscono, ma non ritengono abbastanza forte per rinunciare all'intervento paternalista.

²⁷ Per alcuni studi dettagliati sull'utilizzo del *nudge* e per approfondimenti su alcuni degli esempi presentati nel testo, cfr. (sul diritto dei contratti) K. MAT, P.A. BURRI, *Nudging in Swiss Contract Law? An Analysis of Non-mandatory Default Rules from a Legal, Economic and Behavioral Perspective*, in K.MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Londra, 2016, 121 e ss.; (sul diritto dei consumatori) N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2012, 7 e ss.; (su diritto sanitario e donazione degli organi) G. DEN HARTOGH, *The Political Obligation To Donate Organs*, in *Ratio Juris*, 26, 3, 2013, 378 e ss.; (su diritto dei mercati finanziari) P. TERESZKIEWICZ, *Neutral Third-Party Counselling as Nudge Toward Safer Financial Products? The Case of Risky Mortgage Loan Contracts*, in K.MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, cit.; (su contenzioso e mediazione) D. WATKINS, *A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture Can Lead to Better Dispute Resolution Decisions*, in *The American Journal of Mediation*, 10, 2010, 1 e ss.

Numerosi esempi e risultati di applicazioni empiriche della Teoria del *Nudging* sono presentati anche in R.H THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, cit., 2009.

²⁸ Secondo alcuni stime sarebbero cinquanta le Pubbliche Amministrazioni del mondo dove sono impegnati esperti di *nudging*, cfr. L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 295.

In altre parole, bisogna domandarsi se esistano limiti teorici ed empirici posti dalla Teoria del *Nudging* e quali siano i rischi di un loro travalicamento.

L'analisi sui fini e i limiti del *nudge* può interessare diversi piani. Proviamo a considerare, seppur sinteticamente, quelli più rilevanti dal punto di vista della riflessione giusfilosofica e sociogiuridica, consapevoli che diverse critiche alla Teoria del *Nudging* provengono anche da altre discipline, in particolare dalla psicologia²⁹, dalla filosofia morale e politica³⁰ e dalla stessa economia.

Il primo *fine* dell'uso del *nudge* è il perseguimento del *benessere* individuale.

Il termine *benessere* torna in maniera quasi ossessiva in tutta l'opera di Thaler e Sunstein, che lo assurgono a principio-guida dell'intera Teoria.

In questo senso «un provvedimento è “paternalistico” se cerca di influenzare le scelte in modo da migliorare il benessere di coloro che scelgono, secondo il giudizio di questi ultimi». Dunque, il *nudge* è giustificato se ha come obiettivo il benessere della persona verso cui si rivolge.

Questa definizione ha due punti focali, il primo è che cosa si intenda per *benessere*, il secondo è il significato dell'inciso, *secondo il giudizio di questi ultimi*.

Nell'esposizione della Teoria del *Nudge* non si ritrova una definizione convincente (e non tautologica) di che cosa sia il benessere. Si individuano soltanto alcuni limiti negativi al concetto, spiegando che cosa certamente *non* è benessere. In questo senso, *non* è benessere il danneggiare altri³¹, ma *non* è benessere neanche il mero edonismo, poiché si rischierebbe, in fin dei conti, di danneggiare terzi.

Da un'analisi sommaria dei vari esempi fattuali di *nudge*, sembra potersi ricavare una definizione di benessere che fondamentale si riduce alla sfera *psicofisica* (l'assenza di patologie, il godere il più a lungo possibile di buona salute) e a quella *economica* (spendere meno, o comunque meglio, i propri soldi ed avere vantaggi materiali – anche non necessariamente monetari - dai propri comportamenti nel breve o nel lungo periodo). Ma questa non è altro che una definizione grossolana e squisitamente empirica³².

Non potendo fornire una definizione convincente, Sunstein ammette che: «Sensatamente, e persino virtuosamente, le persone non scelgono le cose soltanto in base a un semplicistico “mi piace”. Per esempio, possono voler aiutare gli altri anche quando non c'è niente di divertente nel farlo. Possono voler fare ciò che si sentono moralmente obbligati a fare, anche se non ricavano alcun piacere. [...] Le scelte programmate degli individui sono *generalmente* basate su ciò che essi credono promuova il loro benessere soggettivo, ma che talvolta sono disposti a compiere scelte che sacrificerebbero la loro felicità a favore di un assortimento di altri obiettivi che comprendono: 1) promuovere la felicità della

²⁹ Cfr. G. GIGERENZER, *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in *Review of Philosophy and Psychology*, 3, 2015, 361 e ss.

³⁰ Cfr. D.M. HAUSMAN, B. WELCH, *Debate: To Nudge or Not To Nudge*, in *Journal of Political Philosophy*, 18, 2010, 123 e ss.

³¹ In questo caso, come abbiamo già ricordato nel primo paragrafo, è giustificato l'intervento coercitivo, di paternalismo forte. Questa impostazione è condivisa anche dal modello liberale neoclassico. Ma su questo torneremo quando discuteremo, il possibile contributo della Teoria del *Nudging* al diritto penale.

³² Anche se va notato come alcune ricerche empiriche metodologicamente solide siano giunte a questa conclusione, cfr. D.J. BENJAMIN ET AL., *What do you think would you make you happier? What do you think you would choose?*, in *American Economic Review*, 102, 2012, 2083 e ss.

propria famiglia; 2) accrescere il controllo sulla propria vita; 3) elevare la propria condizione sociale, o 4) rafforzare la sensazione di avere uno scopo nella vita»³³.

Di conseguenza, sarebbe giustificato ogni *nudge* con l'obiettivo di migliorare le scelte individuali verso uno tra i (molti) significati di benessere appena elencati da Sunstein.

Ma sul punto, come abbiamo già in parte notato, la critica liberale (o *epistemica*) si fa molto aspra: ogni individuo è il “miglior giudice” del proprio benessere. Quando le scelte sono prese da qualcun altro che non sia l'individuo stesso, quelle scelte saranno più esposte a errori, poiché prese sulla base di informazioni parziali e in numero ridotto rispetto a quelle a disposizione dell'individuo³⁴.

Insomma Mill risponderebbe ai *paternalisti libertari* sottolineando l'eterogeneità del concetto di *benessere* che se, nemmeno definibile oggettivamente, non può certo essere imposto (o anche solo suggerito) attraverso l'intervento paternalista.

Per conoscere le repliche dei teorici del *nudge* alle critiche liberali neoclassiche, occorre analizzare l'inciso *secondo il giudizio di questi ultimi* contenuto nella summenzionata citazione.

Con questa precisazione, la Teoria del *Nudging* trova una convergenza con Mill e la scuola liberale neoclassica, ammettendo che il benessere va inteso nella sola eccezione soggettiva³⁵ (valutare cosa sia benessere o malessere è prerogativa dell'individuo), altrimenti sarebbe facile scadere nel giudizio morale.

Ma a questo punto si apre un altro scivoloso dubbio: gli individui sono sempre e comunque nelle condizioni di conoscere che cosa sia il loro bene e che cosa vogliano davvero?

Si tratta probabilmente di uno dei quesiti-chiave e più dibattuti dell'etica e non si pretende certo di scioglierlo in poche righe.

Qui interessa analizzarlo limitatamente alla “giustificazione” dell'intervento paternalista. Anche l'anti-paternalista Mill si era posto il dubbio nel celebre *Dilemma del ponte pericolante* raccontato nel *saggio sulla libertà*: «Se qualcuno vede una persona che sta per attraversare un ponte che è stato dichiarato pericolante e non ha il tempo di avvertirla del pericolo, la può afferrare e bloccare, senza per ciò violarne la libertà, poiché la libertà consiste nel fare ciò che si vuole, e la persona in questione non vuole cadere nel fiume»³⁶.

Dunque anche Mill ammette la necessità di forme di intervento paternalista – per di più, nel caso di specie, di tipo *forte*, trattandosi di azione coercitiva e non certo di una semplice “spinta gentile” – ma solo se vengono soddisfatte tre condizioni: 1) il ponte è certamente pericolante – in termini giuridici

³³ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 88. In questo passaggio Sunstein sembra suggerire alcune motivazioni che “giustificano” la scelta irrazionale individuale. O, in altre parole, alcune situazioni in cui la scelta apparentemente irrazionale, in realtà si rivela razionale. Sembra dunque voler considerare le influenze che l'organizzazione sociale ha sulle scelte individuali. Sul punto, occorre considerare gli approfonditi studi sulla scelta razionale di Jon Elster, cfr. per un'efficace sintesi dei suoi lavori, J. ELSTER, *La spiegazione del comportamento sociale*, Bologna, 2010. Per una riflessione sulla scelta razionale situata nella cornice degli studi sulla devianza e il crimine, cfr. D. CORNISH, R.V. CLARKE, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspective on Offending*, New York, 1986.

³⁴ La razionalità limitata appartiene sia all'individuo sia al decisore pubblico.

³⁵ Se il *benessere* diventasse oggettivo diverrebbe mero controllo. Su questo torneremo, perché questo punto, se non correttamente interpretato, può diventare il viatico a indebiti abusi di poteri di tipo manipolatorio da parte del regolatore pubblico.

³⁶ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., 134.

diremmo, il pericolo è certo; 2) non c'è tempo per avvertire la persona del pericolo – in termini giuridici diremmo, il pericolo è attuale; 3) l'intervento paternalista è finalizzato a far ottenere ciò che il soggetto vuole o non vuole (in questo caso, il soggetto non vuole certamente cadere nel fiume).

Sunstein, riprendendo proprio il *Dilemma del ponte*, propone invece di “legittimare” l'intervento paternalista anche quando non sia soddisfatto il secondo requisito (l'attualità del pericolo), ma il pericolo sia comunque certo e non voluto. In altre parole, se so che il soggetto *ignora* un pericolo certo che gli produrrà un danno, perché debbo attendere che la persona si incammini sul ponte, quando potrei utilizzare *nudge* che potrebbero paternalisticamente “spingerlo” a percorrere una strada alternativa? Per dirla alla Sunstein, in questo caso, l'utilizzo di un *nudge* «fornirebbe i benefici del paternalismo forte senza i suoi costi»³⁷. Se l'architetto delle scelte sa che l'individuo non è in grado di sapere che cosa è bene per sé stesso in quel preciso contesto spazio-temporale³⁸ (tornando all'esempio, non cadere dal ponte), perché dovrebbe farsi remore ad applicare gli strumenti che meglio consentirebbero all'individuo di perseguire il suo benessere?

La risposta a questa domanda rende necessario considerare il secondo *limite* posto dalla Teoria del *Nudging*: il rispetto dell'autonomia e della libertà dell'individuo³⁹.

Esiste insomma un *diritto ad essere sciocchi*⁴⁰ e dunque a camminare su ponti pericolanti anche quando un *alert* di Google Maps (evidentemente considerabile un *nudge* informativo) indichi chiaramente sul navigatore GPS che si sta correndo un grave pericolo, consigliando un percorso alternativo?

Quello stesso algoritmo Google potrebbe, una volta scoperto grazie alla geolocalizzazione che l'*alert* è stato ignorato, chiamare automaticamente la polizia per richiedere un loro intervento coercitivo?

Ormai dovrebbe essere chiaro che la Teoria del *Nudging* non ha alcuna pretesa di imporre (ma semmai di “consigliare”) scelte razionali anche quando preferiamo essere irrazionali per molte buone -e legittime- ragioni. Sunstein, con la sua prosa efficace, lo dice anche meglio: «Non c'è alcuna pretesa che la vita debba essere arida, lunga e senza cioccolato»⁴¹.

Ma dal punto di vista del decisore pubblico e della regolamentazione, sapere quali sono i confini libertà e intervento paternalista libertario è fondamentale.

La Teoria del *Nudging* si muove su un terreno evidentemente scivoloso, dove questioni di carattere teorico si intrecciano a problematiche empiriche-applicative che rischiano di complicare il quadro. Il rischio di porgere il fianco agli antipaternalisti è concreto.

³⁷ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 86. Per una disamina approfondita del *Dilemma del ponte pericolante*, dal punto di vista della Teoria del *Nudging*, cfr. M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, cap. 2, 63 e ss.

³⁸ Le ragioni di questa non conoscenza possono essere diverse, i comportamentisti, come sappiamo, parlerebbero di *bias cognitivi* legati al c.d Sistema 1, ma il giurista potrebbe parlare di imprudenza, negligenza o imperizia, lo scienziato sociale di scarsa adattabilità al contesto sociale, il matematico di errore di calcolo delle probabilità.

³⁹ Più ancora della precedente questione del benessere, è proprio la compatibilità del *nudge* con l'autonomia e la libertà ad aver attratto le maggiori critiche. Cfr. *ex multis* R. REBONATO, *Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Londra, 2012; S. CONLY, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, 2012; J.D. WRIGHT, D.H. GINSBURG, M. CONLY, *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws and Implications For Liberty*, in *Northwestern University Law Review*, 106, 2012, 1033 e ss.

⁴⁰ La definizione è dell'economista austriaco Ludwig Von Mises.

⁴¹ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 87.

Con stile, ma certamente in maniera alquanto frettolosa, il *nudge* “risolve” i problemi di compatibilità con la libertà (qui intesa in senso giuridico, quale diritto all’autodeterminazione) ricorrendo alla c.d. *clausola della libertà*. In questo senso, qualsiasi sia la tipologia di spinte gentili messe in campo dall’Autorità, occorre sempre «lasciare agli individui la libertà di sottrarsi alla loro azione e, quindi, di scegliere altrimenti»⁴². In altre parole, se all’individuo non fosse consentito “decidere” in maniera diversa (*to opt out*) da quella suggerita dal *nudge*, saremmo in presenza di un’imposizione coercitiva che non ha nulla a che fare con il *paternalismo libertario*.

Riprendiamo la tassonomia di *nudge* proposta nei precedenti paragrafi e osserviamo cosa significa “clausola di libertà”: nelle *opzioni di default* l’individuo può abbandonare la sua istintiva inerzia e attivarsi per discostarsi dalla scelta fatta per lui dall’Autorità; nei *nudge informativi* l’individuo può ignorare le informazioni “oggettive” e scegliere seguendo le proprie valutazioni; nei *nudge salienti* l’individuo potrà pur sempre attivare le proprie capacità cognitive e non seguire l’opzione più “saliente” proposta dal *nudge*.

Ma la “clausola di libertà” è sufficiente a tutelare il diritto all’autodeterminazione? La risposta della Teoria del Nudging (forse) dipana i dubbi degli economisti, ma rafforza quelli dei giuristi e degli scienziati sociali, risultando piuttosto appiattita sull’essere e non sul dover essere del *nudge*. I paternalisti libertari sembrano infatti tracciare una ideale piramide dei valori, al cui apice c’è il benessere e solo su un gradino inferiore la libertà: «[...] Promuoviamo il benessere e, quando valutiamo il paternalismo, ciò che conta è il benessere»⁴³.

Ma come può la libertà avere una funzione ancillare del benessere? Occorre chiarire il punto. I *paternalisti libertari* considerano invero due versioni di autonomia/libertà, una *leggera* e l’altra *pesante*.

La versione *pesante* è quella che più si avvicina alla libertà-principio giuridicamente rilevante. Un concetto autonomo, assoluto, decisivo, legato alla «dignità»⁴⁴ di ogni essere umano e che per questo nessun *nudge* può mettere in dubbio. Si tratta di una visione quasi scolastica che, almeno nell’ambito di sistemi di democrazie mature, diamo quasi per scontata.

È più interessante analizzare cosa si intenda per libertà nella seconda versione, quella *leggera*, ove l’autodeterminazione non è considerata come concetto o valore autonomo, ma strumentale al *benessere* e dunque sacrificabile.

La difesa dell’autodeterminazione non sarebbe altro che uno degli «ingredienti»⁴⁵ da tenere in considerazione quando si valuta quale comportamento tenere, esattamente al pari delle molte variabili che possono influenzare le azioni umane e che vanno valutate nella loro complessità, nel celebre bilanciamento tra costi e beneficio caro agli economisti liberali.

Sunstein si spinge oltre e arriva a dire che, nella sua versione *leggera*, l’autodeterminazione può addirittura diventare un fardello dal quale, in determinati contesti, «gli individui non ricavano alcun beneficio [...] e preferirebbero di gran lunga non dover buttare via tempo in questa incombenza»⁴⁶. Nella

⁴² M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 115.

⁴³ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 108-109.

⁴⁴ *Ivi*, 102.

⁴⁵ *Ivi*, 100.

⁴⁶ *Ivi*, 102.

Teoria del *Nudging* l'autodeterminazione è dunque degradata a incombenza, a un costo da sopportare e che come tale, nella sua versione *leggera*, può pacificamente essere sacrificata. È quasi dipinta come una variabile a cui, tendenzialmente, gli individui non danno peso.

Questa visione è certamente influenzata dalle applicazioni più comuni di *nudge*, pensate per agevolare e non ostacolare l'esistenza individuale, strumenti "utili", su cui l'individuo può fare affidamento per raggiungere con maggiore facilità il proprio benessere, a costo di sacrificare la propria autonomia/libertà. In questi casi, hanno probabilmente ragione i *paternalisti libertari* a ritenere poco dispiaciuti gli individui che "rinunciano" ad autodeterminarsi e a sottolineare che se davvero dovessimo paradossalmente «prendere tutte le decisioni che ci riguardano senza l'assistenza di un'utile architettura delle scelte, saremmo molto meno liberi»⁴⁷.

Ad esempio badando al quotidiano della società contemporanea, nessuno sarebbe probabilmente disponibile a recarsi personalmente ad uno ad uno dei banconi degli imbarchi di un aeroporto, rinunciando a prenotare spostamenti aerei, attraverso programmi informatici che mi consigliano le opzioni più veloci e più economiche, confrontando automaticamente le varie compagnie; fermi in mezzo al traffico, rimpiangeremmo di non aver seguito il sistema GPS che consigliava una strada alternativa; pagando una multa per eccesso di velocità, avremmo tutti voluto "ascoltare" il segnale sonoro della nostra auto che ci avvertiva del superamento del limite; costretti dal medico a seguire una dieta ferrea e ipocalorica, vorremmo "tornare indietro" e leggere con più attenzione le etichette dei cibi, evitando quelli troppo grassi..

Potremmo proseguire anche con esempi meno scontati, ma avvalleremmo un approccio *fideistico* al *nudging*, che non tiene abbastanza in considerazione chi sono e che obiettivi perseguono gli "architetti delle scelte".

È quello che si tenterà di fare nel prossimo paragrafo, affrontando la questione della *neutralità* e della *trasparenza* del *nudge*, quali correttivi necessari, senza i quali il *nudge* potrebbe trasformarsi in una forma di «disrespectful social control»⁴⁸.

4. Il *nudge* biopolitico. La questione della trasparenza e della neutralità morale

Neutralità e *trasparenza* sono i due punti nodali di analisi per comprendere se l'utilizzo massivo dei *nudge* sia compatibile con l'architettura costituzionale e, in fin dei conti, con lo stato di diritto⁴⁹.

Ma, per i critici, sono anche le due variabili che squarciano il velo di Maya sulla vera essenza della Teoria del *Nudging*, svelando la sua strumentalità rispetto ad una certa idea di ordine sociale.

D'altronde gli stessi Thaler e Sunstein ammettono che «nessuna architettura delle scelte è completamente neutrale»⁵⁰.

⁴⁷ *Ivi*, 105.

⁴⁸ «Viscido controllo sociale» (trad. dell'autore), D.M. HAUSMAN, B. WELCH, *Debate: To Nudge or Not To Nudge*, cit., 126.

⁴⁹ Non rilevano alcun rischio di "incompatibilità" del *nudge* con l'architettura costituzionale, B.S. FREY, J. GALLUS, *Beneficial and Exploitative Nudges*, in K. MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging: Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Londra, 2016.

⁵⁰ C.R. SUNSTEIN, *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, cit., 106.

A tal proposito, è ancora poco esplorata la lettura “foucaultianamente orientata” del *nudge*⁵¹ che invece potrebbe aiutare a interpretare alcuni aspetti della Teoria.

Rileggendo Foucault di *Nascita della Biopolitica*, non si fatica infatti a veder nelle spinte gentili quelle “tecnologie di potere”, attraverso cui si plasma la società neoliberale contemporanea. In tal senso, la Teoria del *Nudging* disegna un modello di rapporti sociali del tutto simile all'utilitarismo benthamiano così come interpretato da Foucault, ove interessi soggettivi individuali e generali convergono. Dove l'utilità individuale è complementare (e non divergente) all'utilità collettiva. E dove, convivono due modelli di consociati apparentemente inconciliabili, da una parte l'*homo oeconomicus*, appiattito sulle regole dell'economia liberale, preoccupato di difendere la propria libertà da intrusioni dell'Autorità e che ritiene l'interesse generale come mera sommatoria di interessi particolari; dall'altra l'*homo juridicus*, prodotto della dottrina illuminista, portatore di diritti prima che di interessi, capace di sottostare ad un “contratto di potere” che definisca e persegua l'interesse generale anche a discapito di quello individuale.

In definitiva dunque, «le spinte gentili assolverebbero al compito di consentire al soggetto individuale che subisce l'effetto normalizzatore del diritto di aspirare “alla normalità”, riassorbendo almeno parzialmente l'incoerenza tra diritto e liberalismo»⁵².

Se collocassimo il *nudge* all'interno di questo schema interpretativo, sottolineando la funzione “normalizzatrice” (o meglio, sempre per restare nel lessico foucaultiano, “disciplinante”), la compatibilità tra *nudge* e libertà sarebbe messa in forte discussione.

Per evitarlo, la Teoria del *Nudging* richiama la necessaria *trasparenza* e *pubblicità* delle “spinte gentili”. *Trasparenza* e *pubblicità* diventano così le disposizioni finali dell'intero impianto teorico, poste come “clausole di salvaguardia” dei rapporti tra Stato e cittadino libero e non manipolato⁵³.

Tali caratteristiche sono da riferire sia alla fase di progettazione del *nudge*, sia alla fase applicativa. Alcuni autori hanno provato a elencare requisiti di trasparenza e pubblicità che debbono rispettare, Sawicky⁵⁴, ad esempio, chiede che il *nudge* sia: (a) *esplicitato all'inizio del processo decisionale*: è forse la caratteristica più difficile da rispettare, poiché il *paternalismo debole* ha proprio nella sua invisibilità una delle principali differenze con l'intervento coercitivo (*paternalismo forte*). Ogni imposizione coercitiva da parte dello Stato è infatti conosciuta (anche se solo presuntivamente, *ignorantia iuris non excusat*) e adottata attraverso un procedimento ad evidenza pubblica, mentre il *nudge* si posiziona

⁵¹ Salvo poche eccezioni, cfr. J. MARTIRE, La montée en puissance des nudges: l'histoire d'une normalisation, in A. BRUNO-ERNST, M. BOZZO-REY (eds.), *Nudges et normativités*, Parigi, 2018; J. CROMBY, M.E.H. WILLIS, *Nudging into subjectification: Governmentality and psychometrics*, in *Critical Social Policy*, 34.2, 2013, 241-259; M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 295 e ss.

⁵² M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 298.

⁵³ Il riferimento è qui ai soli *nudge* “pubblici” utilizzati nei rapporti di diritto pubblico tra Stato e cittadino, presupponendo (anche a costo di rischiare approssimazioni) che questi avvengano all'interno di una rigida cornice costituzionale. Nei *nudge* “privatistici” (pensiamo ai contratti commerciali) ci può essere invece una deliberata volontà manipolatoria di un contraente sull'altro. La legittimità dell'uso di strumenti manipolatori andrà valutata caso per caso, utilizzando i parametri fissati dalle normative di riferimento. Sulla distinzione tra *nudge* manipolativi e non manipolativi, cfr. T.M. WILKINSON, *Nudging and Manipulation*, in *Political Studies*, 61, 2013, 341 e ss.

⁵⁴ Cfr. N. SAWICKI, *Ethical Limitations at the State's Use of Arational Persuasion*, in *Law and policy*, 38, 2016, 211 e ss.

naturalmente «behind the scene»⁵⁵; (b) *facilmente riconoscibile*, e dunque né subliminali né manipolativi; (c) deve rispettare la sensibilità dei destinatari, evitando l'uso di linguaggi o immagini disturbanti. Alcuni autori, come Bovens, considerano queste regole troppo generiche e richiedono dunque non solo che il decisore pubblico espliciti quando intende utilizzare il *nudge*, ma anche il meccanismo psicologico coinvolto dall'intervento di paternalismo libertario⁵⁶.

La *pubblicità* riguarda invece il procedimento attraverso il quale l'utilizzo e il tipo di *nudge* viene deciso: solo una procedura ad evidenza pubblica, simile a quella utilizzata nel processo legislativo, potrà giustificare⁵⁷ l'utilizzo di "spinte gentili" da parte dello Stato per orientate le scelte dei consociati.

Riassumendo dunque, perché i requisiti di *trasparenza* e *pubblicità* siano soddisfatti: (a) i cittadini devono essere consapevoli del fatto che lo Stato utilizza forme di influenza denominate "spinte gentili", che usano certi meccanismi; (b) i cittadini devono sapere in quali occasioni il governo utilizza queste forme di influenza.

5. Rischi e derive del *nudge*. Verso il potenziamento cognitivo

La Teoria del *Nudging* non è statica, ma si raffina con l'aumentare delle conoscenze degli approcci cognitivi e comportamentali: che cosa c'è dunque «oltre»⁵⁸ il *nudge*?

Alcuni scienziati comportamentisti ritengono che le azioni degli individui non debbano essere semplicemente *orientate*, ma è auspicabile che vengano *potenziate*. Ecco perché per completare l'analisi della Teoria occorre considerare il recentissimo dibattito sui nuovi strumenti di *human enhancement*, in particolare sul c.d. *boost approach*⁵⁹ e il *biomoral enhancement*⁶⁰.

Entrambi gli approcci muovono dalle medesime premesse della Teoria del *Nudging*, che potremmo così sintetizzare: (a) l'irrazionalità del comportamento umano, a causa di *bias* e euristiche cognitive; (b) le conseguenze dannose che tale irrazionalità produce sia sugli individui che su terzi; (c) gli alti costi (materiali e immateriali, anche in termini di lesione dei diritti) e la scarsa efficacia di un sistema di orientamento delle azioni umane "tradizionale", basato su strumenti di *command and control*; (d) lo

⁵⁵ "Dietro le quinte" (trad. dell'Autore) in A. ALEMANNI, A.L. SIBONY (eds.), *Nudge and The Law. A European Perspective*, cit., 315.

⁵⁶ L. BOVENS, *The Ethics of Nudge*, in T. GRÜNE-YANO, S.O. HANSSON (eds.), *Preference Change. Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Dordrecht, 2009, 216-217.

⁵⁷ Cfr. L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 301.

⁵⁸ Cfr. in particolare R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, cit., cap. VIII.

⁵⁹ I "padri" di questo approccio sono considerati Ralph Hertwig e Till Grüne-Yanoff., cfr. in particolare R. HERTWIG, T. GRÜNE-YANO, *Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions*, in *Perspective on Psychological Sciences*, 12, 6, 2017, 973-986. Per approfondire il rapporto tra *boost* e *nudge*, cfr. N.J. REIJULA, *Nudge, Boost, or Design? Limitations of Behaviorally Informed Policy under Social Interaction*, in *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2, 1, 2018, 99-105.

⁶⁰ In Italia il dibattito sul *biomoral enhancement* si è sviluppato intorno alla traduzione del saggio, I. PERSSON, J. SAVULESCU, *Inadatti al futuro. L'esigenza di un potenziamento morale*, Torino, 2019, commentato efficacemente in A. LAVAZZA, M. REICHLIN, *Introduction: Moral Enhancement*, in *Topoi*, 38, 2019, 1-5.

A livello internazionale, cfr. ex multis T. DOUGLAS, *Moral Enhancement*, in *Journal of Applied Philosophy*, 25, 2008; J. HARRIS, *How to be good: the possibility of moral enhancement*, Oxford, 2016; D. DE GRAZIA, *Moral enhancement, freedom, and what we (should) value in moral behaviour*, in *Journal of Medical Ethics*, 40, 2016, 361-368.

sviluppo tecnologico che permette di aumentare le possibilità di influenzare i processi cognitivi degli individui, con costi decrescenti.

Se le premesse sono condivise, proviamo a capire, seppur sinteticamente, cosa distingue questi strumenti dal *nudge*.

Si tratta, occorre premetterlo, di differenze che acuiscono le critiche già mosse alla Teoria del *Nudging*, in particolare riguardo alla libertà/autonomia dell'individuo e al modello immaginato di cittadino all'interno dello Stato liberale.

Il *Boosting* propone di «migliorare in maniera stabile le competenze decisionali già presenti nelle persone e di inserirne di nuove»⁶¹. Si distinguono *boosts a breve termine* e *a lungo termine* «i primi sono limitati ad un contesto specifico e sono transitori. I secondi hanno un impatto più stabile e cambiano lo stock e il repertorio comportamentale»⁶².

I sostenitori dell'uso del *boostings* ritengono che gli errori *cognitivi* che influenzano le nostre azioni non vadano semplicemente “superati”, ma vadano “corretti”. Propongono dunque un'operazione di *introiezione* e di riconoscimento degli errori cognitivi, affinché possano essere corretti prima che influenzino le nostre azioni. Un obiettivo non facile da tradurre sul piano operativo: è stato ad esempio dimostrato⁶³ che rispetto ad un semplice *nudge informativo* che segnala genericamente i rischi sulla salute di una determinata condotta (ad esempio, frasi ad effetto tipo “il fumo uccide” stampate sui pacchetti di sigarette) è più efficace usare *boosts a breve termine*, “personalizzando” il rischio percorso, mostrando al fumatore una simulazione fotografia di un proprio ritratto che mostri l'invecchiamento e il decadimento fisico dovuto al fumo.

Per incentivare l'adesione a piani assicurativi e previdenziali, è più efficace mostrare i benefici, in termini di risparmio, che quel piano avrà nella specifica situazione del risparmiatore, comunicando quali migliorie potrebbe apportare alla sua casa con i soldi investiti.

Altri esempi di *boosts* (di lungo termine) riguardano il potenziamento delle qualità cognitive dell'individuo, attraverso piani educativi che introducano materie molto complesse (ad esempio, il funzionamento dei mercati finanziari o il *coding* informatico) anche a partire dalle scuole materne ed elementari, per far sì che, da adulti, si abbia una maggiore consapevolezza e si rifugga l'inerzia cognitiva.

Se dunque nei *nudge* si opera sulla *quantità* di informazioni a disposizione degli individui per incentivare scelte razionali, il *boost* lavora invece sulla *qualità* di quelle informazioni.

I *boosts* così come immaginati rischiano di aumentare quella funzione “disciplinante” e, soprattutto quelli *a lungo termine*, pongono questioni sui target dei destinatari, non solo adulti consapevoli, ma anche giovani e giovanissimi che vengono “educati” a migliorare le loro capacità cognitive. In questi casi, i requisiti di trasparenza e pubblicità sono da valutare con attenzione.

Il *biomoral enhancement* spinge ancora oltre il potenziamento cognitivo degli individui fino alla problematica sfera della morale. Di conseguenza, la distanza con il *nudge* diventa sostanzialmente incolmabile, poiché si rinuncia alla *neutralità* di tali strumenti, che divengono dunque esplicitamente *non neutrali*.

⁶¹ R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, cit., 187.

⁶² *Ivi*, 187.

⁶³ Cfr. H.E. HERSHFIELD ET. AL., *Increasing saving behavior through age-progressed renderings of the future self*, in *Journal of Marketing Research*, 2011, 23-37.

Persson e Savulescu pongono alla base del loro sostegno al potenziamento morale la constatazione che, nel corso della storia, la *capacità tecnica* dell'uomo (intesa come sviluppo cognitivo e tecnologico) sia aumentata a dismisura, mentre la sua *capacità morale*⁶⁴ sia sostanzialmente invariata: «I nostri avanzamenti cognitivi sono stati così spettacolari (si pensi all'uso del computer e all'intelligenza artificiale) che abbiamo ottenuto un enorme potere di fare il bene e il male. Mentre nel secolo scorso solo una manciata di persone aveva la capacità di distruggere il mondo, ora questo potere è nelle mani di migliaia, forse centinaia di migliaia di persone attraverso la capacità di sintetizzare armi biologiche estremamente letali. Il nostro progresso morale è stato modesto e lento rispetto al nostro spettacolare progresso cognitivo e tecnologico. Siamo inadatti al mondo che abbiamo creato per noi stessi. Siamo come un bambino di tre anni con un mitra in mano»⁶⁵. In questo senso, si lega, anche in maniera provocatoria, il tema dell'avanzamento tecnologico con la questione fondamentale della *persistenza* della specie umana⁶⁶.

Lo scenario è certamente suggestivo e gli interrogativi, sul piano etico, giuridico e sociale sono enormi. Mi limito ad individuarne tre: che cosa costituisce un miglioramento morale? Come si preservano autonomia e libertà? Come e chi identifica gli interventi di potenziamento che provocano miglioramento morale?

Il dibattito è appena cominciato e c'è da immaginarsi che presto possa perdere ogni parvenza fantascientifica.

Invero, notano i sostenitori del *moral enhancement*, la società conosce da sempre forme di *potenziamento morale* attivate tramite strumenti tradizionali, quali l'educazione, che, nell'ottica dei sostenitori del *biomoral enhancement*, non andrebbero abbandonati, ma accompagnati ai *bioenhancers* messi a disposizione dalla medicina e dalla scienza biologica, capaci di accelerare «l'introiezione delle dottrine morali»⁶⁷.

In questo senso, respingono la critica circa la non-neutralità di tali strumenti, poiché il biopotenziamento morale non farebbe altro che rendere più efficace, veloce e meno oneroso il raggiungimento degli obiettivi *morali*, perseguiti – ma non sempre raggiunti – già oggi attraverso, ad esempio, l'educazione scolastica.

Sul piano empirico significa immaginare trattamenti farmacologici (c.d. *potenziamento non invasivo*) o interventi di ingegneria genetica (c.d. *potenziamento invasivo*), a cui si aderisce esclusivamente su base volontaria⁶⁸. In questo modo, si tutelerebbe la libertà e l'autonomia individuale: «Coloro che si

⁶⁴ Gli autori si riferiscono in via principale al *senso di giustizia* e all'*altruismo*, quali componenti principali della morale soggettiva individuale.

⁶⁵ I. PERSSON, J. SAVULESCU, *Inadatti al futuro. L'esigenza di un potenziamento morale*, cit., 39.

⁶⁶ Sul punto cfr. L. LO SAPIO, *Biomoral enhancement: definizioni e problemi aperti*, in *Etiche*, 2019, 102-120.

⁶⁷ *Ivi*, 109.

⁶⁸ Le applicazioni concrete non sono (ancora) rilevanti per essere esposte in maniera sistematica, l'esempio ricorrente è quello dell'uso di ossitocina e serotonina che aumenterebbe sentimenti di fiducia e comportamenti prosociali all'interno del gruppo di appartenenza. Altri esperimenti sono condotti in ambienti militari e poliziali, per aumentare la concentrazione dell'individuo ed evitare comportamenti impulsivi e violenti oppure in ambienti accademici. Molto problematico è invece la questione dei trattamenti chirurgici o farmacologici condotti nell'ambito della giustizia penale, utilizzati quali misure alternative o accessorie alla detenzione per gli autori di reato (il riferimento è qui, ai trattamenti inibenti rivolti ai c.d. *sex offender* o ai piani terapeutici per controllare gli impulsi aggressivi rivolti ai minori autori di reato o ad alcuni trattamenti terapeutici proposti ai dipendenti da sostanze

sottopongono a *biomoral enhancement* si comportano come coloro i quali, già oggi, sono moralmente migliori. Così come le persone naturalmente virtuose non fanno in maniera compulsiva quello che esse ritengono giusto, così gli individui moralmente potenziati non faranno in maniera compulsiva quello che ritengono sia giusto»⁶⁹. Ma Harris sul punto ribatte che un comportamento può dirsi morale solo se risultato di una libera scelta, non determinata, neanche da un fattore biologico⁷⁰.

6. La norma ha ancora bisogno del rafforzamento sanzionatorio? La Teoria del *Nudging* nel dibattito contemporaneo su devianza e criminalità

Si può avere un approccio più o meno critico alle soluzioni “normative” avanzate dalle scienze cognitive, ma ci sono almeno due temi sollevati dalla Teoria del *Nudging* che occorre riconoscere e discutere, inquadrandoli in particolare nel dibattito contemporaneo su devianza e criminalità: (a) il coraggio di immaginare di “orientare” le azioni dell’uomo senza ricorrere (o almeno non esclusivamente) alla sanzione coercitiva; (b) l’urgenza di rivalutare il ruolo della “prevenzione” nei rapporti sociali e giuridici, a discapito della “reazione”.

Certo, tutto ciò avviene, da parte dei cognitivisti, senza allontanarsi neanche per un momento dal modello correzionalista, anzi qui proposto nella sua versione più radicale, dove l’uomo è *homo fallax*, ontologicamente “sbagliato”, difettoso, irrazionale, non sa scegliere senza farsi influenzare *bias* e euristiche e per questa va “aiutato” (*nudge*), “educato” (*boost*) o “potenziato” (*moral enhancement*).

Mai si prende in considerazione l’idea che la norma sia invece il risultato di una costruzione sociale, da interpretare nel suo significato simbolico, che assegni (controllati/controllori, governanti/governati, devianti/non devianti) e stabilisca confini (normale/a-normale, benessere/malessere, morale/immorale).

Se dunque, la rilevante questione della “produzione” della norma rimane in secondo piano, occorre invece apprezzare il tentativo della Teoria del *Nudging* di domandarsi perché si pongono in essere comportamenti conformi o non conformi alla norma, discostandosi dalla visione classica dell’utilitarismo benthamiano che enfatizza il ruolo della sanzione quale unico strumento di orientamento delle azioni individuali.

È la sanzione che, aumentando o diminuendo i costi del comportamento conforme o difforme, diviene elemento connaturato e sempre presente in tutti i tipi di norme (giuridiche, sociali, morali)⁷¹.

Al *nudge* invece poco interessa distribuire costi (sanzioni) positive o negative, anzi considera la «tradizionale forma di regolamentazione basata su minacce e sanzioni»⁷² un’attività dispendiosa ed inefficace.

stupefacenti o psicotrope). Non è il tema di questo contributo, ma queste prime sperimentazioni di *moral enhancement* nella giustizia penale si inseriscono nella tendenza contemporanea di c.d. *medicalizzazione* della devianza, cfr. D. SCARCELLI, *Medicalizzazione della devianza. Controllo social e social work*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2015, 37-64 ed in quella di c.d. *patologizzazione* dei comportamenti, cfr. A. FRANCES, *Primo, non curare chi è normale. Contro l’invenzione delle malattie*, Milano, 2013.

⁶⁹ I. PERSSON, J. SAVULESCU, *Inadatti al futuro. L’esigenza di un potenziamento morale*, cit., 113.

⁷⁰ Cfr. J. HARRIS, *Moral Enhancement and freedom*, in *Bioethics*, 25, 2011.

⁷¹ Cfr. ex multis N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.

⁷² L. COMINELLI, *Framing Choices to Influence Behaviors: A Debate on the Pros and Cons of Nudging*, cit., 294.

Piuttosto il diritto, questo sembra suggerirci la Teoria del *Nudging*, se vuole avere ancora un ruolo deve essere evolutivamente e biologicamente informato.

In questo, certamente possiamo ritrovare nel *nudging* le tendenze tipiche dell'approccio neoclassico⁷³ al diritto (ed in particolare al diritto penale), che spostano l'attenzione sull'autore del fatto, prima ancora che sul fatto di reato in sé, con il rischio concreto di allontanarsi dalla cornice garantista ben delineata da Ferrajoli⁷⁴.

Si riflette infatti nel *nudge* il ritorno ad un diritto (penale) profondamente individualista tipico della post-modernità, dove le variabili strutturali (economiche, culturali, valoriali, politiche) agiscono da comprimarie rispetto alla coscienza individuale.

Questo significa che l'Autorità nel "creare" norme rinunci a perseguire un preciso ideale di società? No, anzi, per alcuni il *nudge* si propone come «la legittimazione di un interventismo *governamentale* produttore di un ordine che non è più quello liberale ma è già post-ideologico e autenticamente neo-paternalista, è impegnato a indicare ai poveri, agli obesi, agli incolti e a tutti i soggetti disfunzionali alla prosperità del mercato alcune semplici soluzioni su come migliorare la loro condizione materiale»⁷⁵. In questo senso, il *nudge*, pur volendole negare, finisce per riproporre tutte le contraddizioni di un sistema normativo profondamente selettivo, che basa la sua ragion d'essere su uno Stato «benevolo e paternalista orientato a rendere meno necessario l'uso della forza, ma proprio per questo incline a concedere sempre meno sul piano della giustizia sociale»⁷⁶.

Il *nudge* però, spostando l'attenzione dalla "reazione" sanzionatoria e coercitiva, cambia (o meglio, aumenta) gli strumenti a disposizione per plasmare quel modello sociale, tornato a enfatizzare significato e ruolo della "prevenzione"⁷⁷.

Quella degli "architetti delle scelte" non è certo la prevenzione *welfarista*, basata su interventi sociali, economici, educativi ed ambientali, che valuta e agisce sulle variabili strutturali, care ai sostenitori del c.d. paradigma sociale applicato alla devianza⁷⁸.

È piuttosto una prevenzione che si ascrive pienamente nelle politiche pubbliche neo-liberiste, per certi aspetti una prevenzione di tipo *situazionale*, volta a creare ostacoli e a ridurre le "occasioni" per compiere reati, costruendo ambienti sfavorevoli alla delinquenza⁷⁹. E in questo senso, le tecniche di *nudging* possano trovare una camera di espansione applicativa anche al diritto penale e alla giustizia criminale. Quel campo del diritto dove, per definizione, non trova spazio altra forma di paternalismo

⁷³ Paradigmatiche dell'approccio neoclassico, anche se non uniche, sono le teorie criminologiche di D. CORNISH, R.V. CLARKE, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspective on Offending*, cit., 1986.

⁷⁴ Il riferimento è qui al classico L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.

⁷⁵ Cfr. J. SOSS, R.C. FORDING, D.F. SCHRAM, *Disciplining the Poor. Neoliberal Paternalism and the persistent Power of Race*, Chicago-Londra, 2012.

⁷⁶ M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 226.

⁷⁷ Cfr. F. PRINA, *Devianza e criminalità*, Roma, 2019, 252 e ss. e, Id., *Devianze e politiche di controllo. Scenari e tendenze nelle società contemporanee*, Roma, 2003.

⁷⁸ Qui menzionate con la consapevolezza che si tratta di un insieme di teorie sfaccettate ed eterogenee che enfatizzano ora le carenze ora le assenze di valori, controllo, educazione, ricchezza, opportunità occupazionali. Ma accomunate, sul piano delle politiche, dalla necessità di attuare riforme e programmi tipici del welfare state, caratteristico del Novecento europeo.

⁷⁹ Cfr. ex multis O. NEWMAN, *Defensible Space: Crime Prevention through Urban Design*, New York, 1972.

se non quella forte, di carattere sanzionatorio. Eppure, proprio sfruttando il carattere preventivo, si stanno sperimentando alcuni utilizzi di “spinte gentili” per evitare truffe e reati informatici⁸⁰, ridurre gli abusi di polizia sulle persone arrestate, tutelare i soggetti vulnerabili (anziani e minori, in particolare) dalla criminalità di strada⁸¹.

Gli orizzonti del *nudge* sono ancora ampi e inesplorati.

essays

⁸⁰ Molte delle compagnie che lavorano nel settore e-commerce stanno studiando con gli scienziati comportamentisti strumenti per ridurre il numero di persone che divengono vittime di c.d. *phishing* informatico, implementando programmi che riconoscano e-mail e comunicazioni potenzialmente “pericolose” per i destinatari. Il *phishing* sfrutta proprio i nostri *bias* cognitivi, ad es. la personificazione del rischio (comunicare che un nostro caro amico o un parente si trova in difficoltà in un Paese estero e ha bisogno di denaro) o il timore dell’autorità (fingere di essere forze di polizia o autorità di vigilanza e pretendere le comunicazioni dei dati bancari o dei numeri delle carte di credito). In questi casi, può essere ascrivibile ad un *nudge*, l’algoritmo che invia automaticamente nella cartella “spam” (senza cancellarle, ma limitandosi a nasconderle) le comunicazioni che potrebbero rilevarsi truffe informatiche.

⁸¹ Proprio il *Behavioral Insight Team* del Regno Unito ha stipulato un accordo con la Polizia londinese per studiare le possibili applicazioni di *nudge* nelle attività di *law enforcement*. Si tratta di sperimentazioni che hanno previsto la collocazione di c.d. *body cam* (mini videocamere) sulle divise degli agenti di polizia impegnati in attività di ordine pubblico, che l’agente stesso può decidere autonomamente se accendere o spegnere (è questo un aspetto fondamentale che permette di non considerare coercitiva l’imposizione): le aggressioni nei confronti di agenti senza *body cam* sono del 15% superiore rispetto agli agenti dotati di questi dispositivi. Il numero di violenze durante attività di *Stop and Search* (fermo e perquisizioni) a telecamere accese è crollato, per il timore che quelle immagini potessero avere rilevanza processuale. I primi risultati di questo studio esplorativo, sono presentati in H. WIESSMANN ET AL., *Violence in London: what we know and how we respond*, Londra, 2019. Altra sperimentazione interessante, sempre a Londra, riguarda l’orientamento dei comportamenti (in questo caso, l’acquisto e la locazione di immobili), mettendo a disposizione delle agenzie immobiliare i dati sulla criminalità relativi ai vari quartieri. Il potenziale acquirente, viene informato quanti e quali reati vengono denunciati nel luogo dove è interessato all’acquisto o alla locazione, personificando il rischio a seconda se si tratti di giovani donne, anziani, studenti. Sono evidenti in questo caso, i rischi di ghettizzazione urbana.