

Spinte gentili per la pubblica amministrazione?

Giuseppe Tropea

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dibattito sul *nudge* fra gli amministrativisti italiani prima del libro di Zito. – 3. I più recenti profili di emersione e il loro legame con le strategie messe a punto durante la crisi pandemica: il caso dei contratti pubblici. – 4. Il recente libro di Zito: verso il definitivo passaggio dell'economia comportamentale nella scienza giuridica italiana? – 5. (*Segue*) Luci e ombre di un'interessante difesa del *nudge*. – 6. *Nudge* e digitalizzazione: la cd. *gamification* delle politiche pubbliche. – 7. *Nudge*, pandemia e vaccinazioni. – 8. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nel lungo tempo pandemico che stiamo faticosamente attraversando, taluni hanno iniziato a porsi domande generali nell'ottica di un ripensamento complessivo del "progetto regolatorio"¹ che il diritto amministrativo persegue, ad esempio, con riferimento ai temi del governo delle nuove forme di autorità, delle nuove forme di potere privato chiamate in causa nella gestione della crisi (es. piattaforme digitali), alla crisi del principio della *rule of law*, spesso inadatto a gestire la complessità della disciplina che le amministrazioni devono rispettare. Altri, con una prospettiva in parte differente, invocano il ripensamento del ruolo dello Stato anche nel senso di un superamento del "mito" del diritto amministrativo globale, molto in voga negli ultimi anni². Si è detto, in questo senso, che proprio nella lotta alla pandemia gli Stati hanno riacquisito la loro centralità, riscoprendo il senso originario della loro esistenza³.

Non è un caso che oggi molti giuristi, in particolare giuspubblicisti, inizino ad interessarsi delle principali teorie della decisione proposte nelle scienze extra-giu-

¹ E. Chiti, 'Questi sono i nodi'. *Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in *www.lacostituzione.info*, 24 aprile 2020.

² F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *www.dirittodelleconomia.it*, 2019, 3, 575 ss.

³ C. Galli, *Sorpresa, lo Stato fa politica*, in *La Repubblica*, 4 marzo 2021.

ridiche (sociologia, scienza dell'amministrazione, economia comportamentale)⁴, cercando così di cogliere quale progetto regolatorio si adatti maggiormente ai difficili tempi che viviamo.

Un recente libro⁵ evidenzia molto bene questa attenzione sul progressivo affermarsi anche nel nostro Paese delle scienze cognitive e delle teorie del *nudge* e del cd. paternalismo libertario ad esse collegato, non tanto con analitica attenzione sui vari settori dell'amministrazione pubblica in cui tali impostazioni iniziano ad attecchire, quanto, con sguardo sistematico d'insieme, declinando la riflessione nel contesto della teoria del potere pubblico e nell'attuale dibattito relativo alle riforme dell'amministrazione.

In questa sede proverò ad analizzare questo interessante saggio, dopo aver considerato talune emergenze del dibattito anteriori al saggio stesso, cercando poi di guardare alle attuali intersezioni tra teoria regolatoria del *nudge* e pubblica amministrazione da due punti di osservazione: quello dell'uso dell'economia comportamentale e del *nudge* nella lotta alla pandemia e quello, più prospettico, di talune innovative politiche pubbliche ispirate ai dettami delle scienze cognitive e del cd. *behavioural law*⁶.

La parte conclusiva del lavoro sarà dedicata, infine, ad evidenziare luci e ombre di tali prospettive.

In particolare, ci si chiederà se sia sufficiente l'impostazione allarmata, ma comunque propositiva, che la scienza amministrativista nostrana ha sinora offerto, evidenziando vari percorsi di legittimazione del *nudge*, considerato comunque non alternativo agli strumenti di regolazione tradizionale⁷, o se non sia piuttosto opportuno formulare una critica più radicale a tali tendenze, accelerate dal tempo pandemico.

Quest'ultima prospettiva non accetta l'idea che il paternalismo libertario costituisca una "terza via" tra decisionismo e utilitarismo⁸ e tra regolazione tradizionale e liberalizzazione, e preferisce configurare il *nudge* come forma realizza-

⁴ Secondo Sabino Cassese, è necessario «costruire ponti tra Diritto e humanities e social sciences, perchè il Diritto è scienza sociale. Superamento non vuol dire abbandono del 'metodo giuridico', ma sua integrazione con ambiti disciplinari diversi». S. Cassese, *Il futuro del diritto pubblico*, Lectio Magistralis, Conferimento del Dottorato di ricerca honoris causa in Diritto pubblico, Sapienza Università di Roma, 16 dicembre 2016, rielaborata e ristampata in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 176-178. Peraltro, l'invocazione di un metodo sempre più correlato economico/giuridico implica, a sua volta, proprio l'idea – ordoliberal – che non esista una vera alternativa fra Stato e mercato. Cfr. L. Torchia, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 21-22.

⁵ A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

⁶ Cfr. sul tema, in generale, A. Alemanno-A.L. Sibony, *Nudging and the Law. What can EU Law learn from Behavioural Sciences?*, Oxford, 2014.

⁷ S. Cassese, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, in *Nomos Verlagsgesellschaft*, 2016, 241 ss.

⁸ M. Trimarchi, *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, in R. Ursi, M. Renna (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 116.

ta di biopolitica e come reviviscenza dell'utilitarismo e della teoria della legislazione indiretta benthamiani, nel solco dei paradigmi già disegnati alla fine degli anni '70 da Foucault nel suo nitido quadro sulla governamentalità neoliberale⁹.

2. *Il dibattito sul nudge fra gli amministrativisti italiani prima del libro di Zito*

Nel dibattito interno alla nostra disciplina questo approccio trova un primo terreno di coltura soprattutto verso la fine degli anni '90 del secolo scorso, quando inizia a farsi strada la prevalenza della logica sostanziale su quella formale, dell'amministrazione per risultati rispetto all'amministrazione per atti¹⁰. Temi, questi ultimi, che non a caso si accompagnano all'approdo, anche nel diritto pubblico, dell'analisi economica del diritto, cui viene dedicato un importante convegno veneziano dell'Aipda¹¹, riscuotendo poi grande interesse perfino nella manualistica nazionale¹².

Siamo in un contesto in cui il diritto non viene più considerato monopolio dei giuristi¹³ e in cui l'analisi economica e il neo-managerialismo¹⁴ iniziano a trovare applicazione non solo nella teoria della regolazione dei mercati, ma anche dei beni pubblici, dell'ambiente, della concorrenza.

⁹ M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018; M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, 2019.

¹⁰ Cfr. M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in Id., *Amministrazioni pubbliche e nuovi modelli*, Bologna, 2019, 289 ss.; L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss.; Id., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di) *Principio di legalità e Amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004, 1 ss.; Id., *Sulla formula amministrazione per risultati*, in *Studi in onore di E. Casetta*, II, Torino, 2001, 813 ss. Non è un caso che il libro di Zito abbia suscitato l'attenzione di L. Iannotta, *Recensione ad A. Zito, La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove autonomie*, 2021, 543 ss. Ad ogni modo, va rimarcata sul punto l'importanza dello studio di Romano Tassone sui rapporti fra amministrazione di risultato e analisi economica, proprio nel senso dell'idea metodologica di affidarsi alle categorie dell'analisi economica per integrare un precetto ("amministrazione di risultato") altrimenti privo di giuridicità. Il punto è colto da L.R. Perfetti, *Analisi economica, amministrazione di risultato e metodo giuridico in Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di A. Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, 2012.

¹¹ Aa.Vv., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Atti del Convegno annuale Aipda, Venezia, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007.

¹² G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, 2020.

¹³ S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., 87.

¹⁴ Cfr. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, spec. 231 ss.

Il dibattito si concentra attorno al tema delle “norme efficienti”¹⁵, con l’obiettivo di configurare l’autorità in grado di procurarsi col minor costo le informazioni necessarie e di elaborarle in modo da pervenire a decisioni più efficienti. Il metodo dell’analisi economica, quindi, inquadra le norme come elementi di deterrenza rispetto all’adozione di atti il cui danno atteso sia maggiore rispetto al beneficio che da essi si ipotizza ne deriverebbe.

Così si è avuto modo di approfondire la portata dell’analisi economica in vari ambiti, che vanno dagli istituti di semplificazione¹⁶ agli accordi amministrativi, passando per il cruciale tema della responsabilità¹⁷.

Collegato a tale ultimo approccio è lo sviluppo della logica di tipo marginalista o neoliberale nel campo del diritto pubblico¹⁸. È stato detto che: «a fronte della inattuazione del programma normativo di riduzione della sfera del potere, l’unica via attualmente praticabile per la conquista della libertà dei moderni appare allora quella decentrata, anonima e diffusa, della fuga dalle procedure attraverso l’esercizio della semplice azione risarcitoria. Così come in un sistema di libero mercato i prezzi rappresentano i principali indici di valutazione dei beni da parte dei consumatori, si può immaginare che, in una analoga condizione di apertura, libertà e piena concorrenzialità del mercato delle tutele esperibili verso una amministrazione non più considerata come potere indefettibile dell’ordinamento, l’azione di danni costituisca un importante segnale del livello di soddisfazione che i soggetti interessati all’esercizio del potere medesimo esprimono in ordine al modo in cui sono stati presi in considerazione e trattati nel corso delle procedure»¹⁹.

Tale impostazione implica che l’estensione della responsabilità dell’amministrazione non rilievi solo come momento di espansione della tutela per il privato, ma anche come corretto incentivo alla riduzione (se non eliminazione radicale, sul piano delle riforme dell’amministrazione) dei «costi degli incidenti pubblici»²⁰. Si tratta, del resto, di una modalità di approccio il fenomeno organizzativo in linea con quella di chi evidenzia come l’approfondimento delle tematiche organizzative possa attingere alla ricca letteratura che investiga fenomeni di opportunismo e asimmetria informativa²¹.

¹⁵ F. Denozza, *Norme efficienti. L’analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.

¹⁶ D. Vese, *Sull’efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, 2018.

¹⁷ M. Cafagno, *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della P.A.*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 719 ss.

¹⁸ Sui legali fra analisi economica del diritto e neoliberalismo v. F. Denozza, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, tomo II, Milano, 2015, 773.

¹⁹ G.D. Comporti, *Amministrazione e cittadino*, in *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Torino, 2004, 52.

²⁰ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 309.

²¹ M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 36.

Si consideri sin d'ora come tale prospettiva, nella misura in cui diviene chiave di volta per passare dal tema dell'effettività²² a quello dell'efficienza, presuppone un'impostazione di fondo, intrisa di portati biopolitici "accrescitivi" e di logica governamentale neoliberale²³, che vede ricadute sulla massimizzazione del benessere collettivo anche sulla base della minimizzazione delle risorse a disposizione.

È in questo scenario che il comportamentismo ha prospettato la sua efficacia in un vantaggio che esso avrebbe sul diritto tradizionale, legato alla capacità di migliorare i processi decisionali pubblici. L'obiettivo è di passare dalla tradizionale coercizione alla predisposizione di condizioni che portano il soggetto a conformarsi in modo spontaneo al *nudge*: *compliance* anziché obbedienza.

La questione, poi, intreccia anche la rinnovata rilevanza del concetto di "decisione amministrativa".

Tale concetto, riportato in auge nel campo degli studi amministrativistici da Franco Ledda²⁴, nella misura in cui prende l'abbrivio dalla teoria della decisione amministrativa a razionalità limitata elaborata da H.A. Simon²⁵, che a sua volta si coniuga con la teoria luhmanniana dei sistemi e sui modelli di semplificazione della complessità²⁶, ha finito per congiungersi fatalmente con l'elaborazione del paternalismo libertario di Sunstein e Thaler²⁷, i quali svelano i molteplici

²² Sul principio di effettività come grimaldello interpretativo capace di fare affermare la prospettiva assiologica dell'interprete, specie se declinato nel contesto valoriale proconcorrenziale europeo, v. S. Mazzamuto, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 845 ss.; L. Nivarra, *Dalla «crisi» alla «eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 801 ss.

²³ Nella ricostruzione di Foucault, la sovranità intesa come limitazione, come prelievo, non è considerata la forma principale del potere, ma solo uno degli elementi fra altri che hanno funzione di incitazione, di rafforzamento, di controllo, di sorveglianza, di maggiorazione e di organizzazione delle forze che sottomette: un potere, insomma, destinato a produrre delle forze, a farle crescere e ad ordinarle piuttosto che a bloccarle, a piegarle o a distruggerle. In questo senso la vecchia potenza della morte in cui si simbolizzava il potere sovrano viene ricoperta dall'amministrazione dei corpi e dalla gestione calcolatrice della vita: una biopolitica della popolazione, appunto, che soprattutto grazie all'imposizione in età classica di discipline quali la salute pubblica, dopo le grandi epidemie del XIV e XVII secolo e i rischi biologici corsi, si è imposta, mettendo al centro del sistema reticolare di potere la norma al posto della legge. Cfr. M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, Milano, 2011, 120. Cfr. anche L. Bazzicalupo, *Biopolitica: la rischiosa ambivalenza del potere produttivo*, in *Contemporanea*, 2009, 549: «Alla struttura trascendente della sovranità risponde una immanenza delle relazioni di potere, alla legge formale una normalizzazione introiettata e condivisa. La biopolitica è il coordinamento strategico di queste relazioni di potere finalizzato a che il vivente produca più forze». Più di recente, sul punto, v. M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, cit.

²⁴ Richiamato sul punto da M. Trimarchi, *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 116-117.

²⁵ H.A. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, trad. it., 2001.

²⁶ N. Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984, trad. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990. Da ultimo, l'influenza di tale autore si percepisce vivida nel recente libro sulle norme interne e sulla *soft law* di F. Fracchia, M. Occhienna, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

²⁷ R.H. Thaler, C.S. Sunstein, *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*, trad. it., *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, X ed., 2020.

bias (errori cognitivi) nei quali quotidianamente incorriamo come Umani e non Econi, e fanno della spinta gentile un modo, che si vorrebbe liberale e libertario, per indirizzare verso la scelta “giusta” noi Umani.

Il punto riguarda anche l’interdipendenza degli obiettivi di interesse pubblico indicati dalle norme e perseguiti dalle politiche pubbliche. Regole efficaci per il perseguimento di un obiettivo (es. contenimento della spesa pubblica) possono incidere sull’effettività di un altro (es. salute)²⁸.

Fermo restando quanto precede, si è notato come siano possibili diversi strumenti di regolazione che utilizzano le informazioni relative agli errori cognitivi in diverse direzioni²⁹: *i*) il tradizionale comando-controllo paternalistico; *ii*) l’introduzione di strumenti di *empowerment* dei destinatari in modo da educare questi ultimi a evitare errori; *iii*) le *nudge strategies* finalizzate a evitare gli errori dirigendo – in modo, si dice, *soft* – le scelte dei destinatari nella direzione che il regolatore presume per questi più vantaggiosa.

In tal senso si è anche osservato che per assicurare l’effettività delle regole bisogna modificare radicalmente il processo decisionale pubblico, che dovrebbe basarsi su evidenze empiriche rilevate, se possibile, attraverso esperimenti comportamentali, prestando anche attenzione al “ciclo di vita” della regolazione, ovvero impostando *ex ante* meccanismi di *enforcement*, monitoraggio e valutazione, e chiarendo nella decisione stessa strumenti e modalità di realizzazione degli stessi³⁰.

Tale approccio implica l’abbandono della tradizionale cultura “legalistica”, e un maggiore coinvolgimento dell’amministrazione – sempre più flessibile – nel disegno delle funzioni e delle procedure, con approccio multidisciplinare, tarato sulle caratteristiche dei destinatari, e in modo che resistano in modo quanto più possibile saldo al sindacato giurisdizionale. Un’amministrazione “effettiva”, insomma, indispensabile per l’effettività del diritto³¹.

Lo scenario generale della crisi economico-finanziaria, peraltro, lungi dallo scoraggiare il ricorso ai paradigmi dell’economia comportamentale, ha spinto ulteriormente nel senso di un impegno riformatore dei governi fondato su istinti protezionistici, consapevoli che non basta più eliminare barriere all’ingresso dei mercati o controlli sulle attività imprenditoriali per avere maggiore crescita economica³². È proprio negli eccessi di *deregulation* svelati dalla crisi, quindi, che si è

²⁸ R. Baldwin, *Rules and Government*, Oxford, 1995, 142. Cfr. N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l’effettività delle decisioni amministrative*, Relazione al convegno AIPDA su Decisioni amministrative e processi deliberativi, Bergamo 5-6-7 ottobre 2017, in www.aipda.it.

²⁹ N. Rangone, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2012, 12.

³⁰ N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l’effettività delle decisioni amministrative*, cit., 3.

³¹ M. De Benedetto, N. Rangone, *La questione amministrativa dell’effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 749.

³² G. Napolitano, *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 293.

prospettato di sviluppare iniziative di *nudging* in favore del consumatore³³, invocando una riforma organizzativa che porti il nostro governo a dotarsi di uffici adeguati per migliorare la valutazione sugli effetti delle liberalizzazioni e della regolazione del settore pubblico, invocando il modello britannico e spagnolo³⁴.

L'esempio principale è sicuramente l'*Executive Order* di Obama del 15 settembre 2015, che presenta l'uso delle scienze cognitive nella definizione e revisione delle politiche pubbliche come uno strumento per «servire meglio il popolo americano», una vera e propria pietra miliare per il diritto amministrativo definito “3.0” destinato a influenzare in modo radicale l'attività, gli strumenti, la regolazione delle agenzie statunitensi³⁵. L'Office of Information and Regulatory Affairs guidato dallo stesso Sunstein e il Behavioural Insight Team, la cui dirigenza è stata affidata a Thaler, hanno fatto proprie queste linee guida e le hanno implementate nei loro lavori in questo decennio di collaborazione con i rispettivi governi.

L'Italia si sta muovendo nella stessa direzione³⁶.

Nel nostro paese le tecniche di *nudge* sono state applicate sia a livello locale, sia regionale. Ciò è avvenuto in modo differente però, in base all'ambito in cui il *nudge* è stato applicato. È, infatti, semplice utilizzare questi strumenti su un bacino di popolazione ridotto, in modo da poter valutare più semplicemente gli effetti delle politiche pubbliche implementate. Così è stato fatto, ad esempio, nei territori di Roma e di Bolzano³⁷. Più difficile è, invece, creare un esperimento di istituzionalizzazione delle tecniche di *nudging* simile a quello sviluppato all'estero, preven-

³³ Torna spesso in tali teorizzazioni il riferimento al “consumatore” piuttosto che al cittadino o alla persona. Si tratta di un assioma di chiara matrice neoliberale, in quanto indica la volontà di ridurre l'inclusione sociale all'inclusione nel mercato: la volontà di concepire la tutela del cittadino come tutela del consumatore. Cfr. R. Bin, *I diritti di chi non consuma*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 95 ss.

³⁴ G. Napolitano, *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, cit., 294; N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative*, cit., 20.

³⁵ Vengono così incoraggiati i dipartimenti, le agenzie governative, le autorità indipendenti, a razionalizzare e semplificare l'accesso a programmi pubblici di varia natura; semplificare la modulistica; rendere le informazioni ai cittadini più chiare; facilitare la comprensione agendo sul design cognitivo; aiutare gli individui a percorrere la scelta più conveniente; considerare l'efficacia della cd. regola di *default*, che sfrutta il *bias* dell'inertezza per favorire – senza imporre – la scelta del pubblico potere che viene reputata più conveniente per il singolo (si pensi al noto esempio di Sunstein e Thaler relativo all'adesione dei piani pensionistici). Cfr. N. Rangone, *Regolazione e scienze cognitive dopo l'“Executive Order” di Obama*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 16 ss.

³⁶ Sulla diffusione dell'analisi economica del diritto e degli strumenti dell'analisi di impatto della regolazione come base nei governi contemporanei per favorire, in chiave neoliberale, l'incontro fra valutazioni “tecniche” e valutazioni “politiche”, v. G. Tiberi, *Governare con “spinte gentili”? Quando le scienze comportamentali incontrano la regolazione*; M. Cuniberti, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, entrambi in *Il Governo tra tecnica e politica*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Napoli, 2016, rispettivamente 293 ss. e 45 ss.

³⁷ Sul punto v. l'interessante tesi di laurea di S. Feroldi, *Il nudge: una prospettiva futura per un'amministrazione intelligente in Italia*, disponibile sul sito <https://tesi.luiss.it>.

do cioè delle vere e proprie “*Nudge Unit*” che si occupino esclusivamente di implementare e sistematizzare il *nudge* all’interno del sistema regolatorio nazionale³⁸.

In seguito a questi primi passi a livello locale, il Governo ha istituito un Comitato per le Scienze Sociali e Comportamentali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Al di là degli esempi di applicazione concreta delle vere e proprie tecniche di *nudge* a livello locale e dell’istituzione delle strutture adibite ad implementarle presso la Regione Lazio e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, a livello nazionale non esiste ad oggi alcuna pratica istituzionalizzata di *nudge*.

Anche la riforma Madia del 2015, che a detta del suo principale ispiratore³⁹ può essere ricondotta in alcuni suoi punti alla logica del *nudge* (*digital first*, semplificazione, etc.) non contiene alcun riferimento espresso alla pratica del *nudging*.

Ancora di recente, non a caso nell’ambito di un quadro relativo alle riforme dell’amministrazione nel passaggio “dalla pandemia alla resilienza”, si è invocata come improcrastinabile la rifondazione del Dipartimento per gli affari giuridico-legislativi della Presidenza, tramite l’integrazione delle sue competenze con economisti e linguisti⁴⁰. Peraltro, il *nudge* ha spazio in questa prospettiva di riforma in chiave Next Generation UE. Si sottolinea, infatti, come al centro del piano si collochi la transizione ecologica e digitale, si osserva come sia fondamentale porre al centro non solo la leva giuridica, ma anche, in una prospettiva sistemica e integrata, quella dell’analisi dei comportamenti umani tramite *nudge*⁴¹.

3. *I più recenti profili di emersione e il loro legame con le strategie messe a punto durante la crisi pandemica: il caso dei contratti pubblici*

Avrò modo in seguito di considerare come, nello specifico campo della tutela della salute e della lotta alla pandemia, tali meccanismi regolatori sono stati messi in campo in vari Paesi.

Su alcuni aspetti, tuttavia, occorre osservare sin d’ora come le coordinate più recenti della regolazione “gentile”, comunque precedenti alla crisi globale pandemica, costituiscono un utile punto di partenza per comprendere meglio le attuali dinamiche regolatorie.

³⁸ Il primo grande passo in questa direzione è stato portato a termine nel mese di agosto 2016 dalla Regione Lazio, quando è stato insediato presso il Consiglio Regionale il Comitato per il monitoraggio delle leggi e la valutazione degli effetti delle politiche regionali. Il consigliere proponente si era ispirato proprio alle esperienze inglesi e americane per introdurlo in Italia.

³⁹ B.G. Mattarella, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.

⁴⁰ G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 147.

⁴¹ F. Fracchia, F. Goisis, M. Occhiena, M. Allena, P. Pantalone, *La transizione amministrativa*, in *Forum Next Generation UE*, 12 marzo 2021, 2, www.aipda.it.

Partirei dal tema dei contratti pubblici, che non a caso è stato al centro del dibattito sulle riforme in piena crisi pandemica. Si pensi al d.l. n. 76 del 2020 (cd. decreto semplificazioni) che presenta quantomeno una duplice anima: quella orientata a fornire regole di portata dichiaratamente transitoria e quella, invece, ispirata dalla volontà di formulare regole destinate a inserirsi stabilmente nel tessuto normativo del codice dei contratti pubblici. Non sarebbe il primo caso, in realtà, in cui l'emergenza offre al legislatore l'opportunità di realizzare autentici "esperimenti" aventi ad oggetto l'attitudine di determinate soluzioni normative a risolvere problemi non necessariamente inediti e urgenti.

Al netto dei giudizi su tale riforma⁴², la sensazione che continua ad albergare presso interpreti ed operatori è che i veri protagonisti dei processi di semplificazione continuino a collocarsi al di fuori delle aule parlamentari, e che segnatamente consistano nelle stazioni appaltanti, nell'Autorità nazionale anticorruzione e negli organi di giustizia.

In questo senso già prima della crisi pandemica taluni hanno messo in luce la centralità del ruolo della regolazione flessibile di ANAC e di alcuni strumenti volti ad incentivare la *compliance* nel settore.

Si pensi al tema dell'uso dei meccanismi di *rating*, che, se adeguatamente trasparenti, vengono ritenuti idonei a orientare le scelte di allocazione delle risorse pubbliche coinvolte nei processi di acquisto. C'è, in primo luogo, il rating di legalità, cui si abbina la necessità – prontamente segnalata dalla giurisprudenza – di prevedere meccanismi di compensazione idonei a disinnescare possibili dinamiche discriminatorie nei confronti di chi non possa acquisire il predetto *rating* per ragioni estrinseche, come quella relativa alla sede dell'impresa o all'entità del suo fatturato⁴³. Si pensi altresì ai certificati di adempimenti o alle liste "bianche", che rendono manifesta l'affidabilità di un operatore in termini di rispetto della normativa di riferimento, contribuendo a superare il *bias* dell'inerzia o dello *status quo*⁴⁴.

Autori molto sensibili al tema, hanno così osservato che l'ottica della burocrazia difensiva, da molti additata come uno dei principali mali del settore, prospera proprio nella disattenzione al piano degli incentivi, e riflettere l'antica "miope" visione del rapporto tra legge e amministrazione. Bisognerebbe, quindi, superare la tradizionale prospettiva della mera esecuzione della legge, e pensare alle norme come cornici, *frame*, integrando l'analisi degli scopi delle regole con il tentativo di comprenderne i possibili effetti. Sbocco naturale di tale approccio metodologico è, di nuovo, la valutazione delle norme orientata alle conseguenze e lo

⁴² Sia consentito il rinvio a G. Tropea-A. Giannelli, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, 2020, 309 ss.

⁴³ Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6907.

⁴⁴ N. Rangone, *Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative*, cit., 26-27.

studio delle risposte comportamentali al vincolo giuridico, familiare alla riflessione economica⁴⁵.

Quanto alla regolazione di ANAC si è osservato che la flessibilità dello strumento delle linee guida sia uno strumento ideale per l'impiego dei "pungoli" del paternalismo libertario. Pur notandosi criticamente che l'uso del "burocratese" è rimasto tendenzialmente presente, si è osservato come l'obiettivo ultimo resterebbe quello della semplificazione degli enunciati e della chiarezza dei significati. La regolazione anche, se non soprattutto, in questo settore dovrebbe essere per principi e obiettivi, utilizzando proprio le scienze cognitive, in un contesto in cui la discrezionalità amministrativa trovi finalmente sfogo⁴⁶.

A questo punto conviene però volgere lo sguardo alle ombre di tali scenari.

Intanto abbiamo rischi di *moral hazard*. Emblematico il caso del sistema di regolazione delle clausole sociali di stabilità occupazionale in cui appunto si è creato un sistema spesso perverso che incentiva scelte opportunistiche e penalizza scelte gestionali in linea con le esigenze di stabilità occupazionale⁴⁷.

Ma qui preme soprattutto sviluppare un altro profilo critico, di ordine più sistematico.

Mi pare di un certo interesse notare che un lavoro dichiaratamente giuridico⁴⁸, seppure aperto al contributo dell'economia comportamentale, abbia trovato eco anche in studi che strettamente giuridici non sono, specie con riferimento all'importante questione del rapporto tra diritto e norma e del carattere neoliberale del *nudge*⁴⁹.

Ad essere sotto osservazione, in questo caso, non è tanto la tecnica regolatoria di ANAC, la sua effettività, i problemi che hanno interessato i giuristi con riferimento alla questione delle fonti atipiche e del *soft law*⁵⁰, la tendenziale "marcia indietro" sul modello delle linee guida a far data dal cd. d.l. sblocca-cantieri.

⁴⁵ M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, cit., 38.

⁴⁶ S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, 91 ss. Tale approccio metodologico è condiviso da F. Fracchia, P. Pantalone, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *www.ildirittoeconomico.it*, 2021, 19, nota 33. Implicita in questa presa di posizione è l'idea che la prescrizione contenuta nel *nudge* rientri nella nozione di "regola tecnica", distinta da quella prescrittiva anche a causa della maggiore trasparenza e confutabilità razionale che la caratterizza. Questa idea, diffusa nella filosofia analitica (cfr. G. Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008), trascura il carattere spesso manipolatorio della regola tecnica, invece enfatizzato dalla filosofia continentale.

⁴⁷ Cfr. D. Capotorto, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunist*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 47 ss.

⁴⁸ Mi riferisco al già richiamato saggio di S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, cit.

⁴⁹ Cfr. M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 347 ss., ove i richiami all'autrice.

⁵⁰ Cfr., da ultimo, F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, cit.; P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

Piuttosto è il fatto che tali modelli regolatori, assieme ad altri quali le norme sugli ISO⁵¹, quelle sui *ranking* delle università o degli ospedali, mostrano che la “colonizzazione” del diritto da parte della norma contribuisce a instaurare modalità di regolazione caratteristiche della “società del controllo” e in grado di conquistare progressivamente gli spazi già occupati dal modello giuridico-politico della sovranità classica⁵². Un metodo di regolazione non pubblica, ma di origine privata alquanto diffuso in epoca post-liberale è costituito dalle norme tecniche, appunto i cd. “indicatori”, che dispiegano un peculiare tipo di operatività normativa: non sanzionano una condotta del soggetto a cui si rivolgono, ma sono esse stesse il modello del comportamento che tale soggetto deve adottare per potere essere conforme ad esse. Gli indicatori, infatti, altro non sono che sofisticati dispositivi disciplinari che svolgono una funzione di normalizzazione, cioè di allineamento dei soggetti con i fini del sistema di potere (e sapere) dominante⁵³.

La critica è tanto radicale quanto spesso ignorata dal giurista: «Si tratta, evidentemente, di portare a termine un percorso che ha le caratteristiche di una scelta strategica e tattica tutt'altro che liberale che non garantisce né la trasparenza dell'operato dei regolatori/policymaker, né la maggiore comprensibilità delle norme da parte dei loro assoggettati, e che punta sul tecno-potere più che sulla regolazione giuridica, sottraendosi alla scelta politica democratica. È in questo contesto caratterizzato dalla norma in senso foucaultiano che il *nudge* si iscrive: in una logica della normatività giuridico politica che solo per inerzia, colpevole approssimazione e surrettizie professioni di anti-ideologismo può essere accostata agli strumenti giuridici di stampo liberale»⁵⁴.

Tornando alla letteratura giuridico amministrativistica, su ANAC – ma questa volta guardando eminentemente al tema della lotta alla corruzione – si è osservato che questa normativa ha dato luogo di fatto alla depoliticizzazione di una politica pubblica. In questo senso sorge il dubbio che «il tentativo di ammantare di scientificità la sua azione risponda alla consapevolezza che alla costituzione di un «campo

⁵¹ A. Benedetti, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; A. Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.

⁵² A.J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, II, *Gouvernements sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, 2003; J. Carbonnier, *Les phénomènes d'internormativité*, in Id., *Essais sur les lois*, in *Repertoire du notariat Defrénois* Paris, 1979, 287-306; F. Chazel, J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris 1991; J. Clam, G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris 1998; D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruxelles, 2007; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Cambridge, 2005; D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal Studies*, Oxford, 1999.

⁵³ M. Taroni-M. Ubertone, *Il diritto debole. Un'introduzione*; A. Artosi, *Con i dosaggi esatti degli esperti. Per un'analisi del potere tecno-disciplinare*, entrambi in *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*, Torino, 2020, spec. 5 e 85 ss.

⁵⁴ M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 349-350.

di sapere» (caratterizzato da proprie tecniche cognitive) corrisponda la contestuale costituzione (in questo caso il rafforzamento) di una «relazione di potere»⁵⁵.

Tali approcci sono chiaramente debitori della ricostruzione biopolitica classica. La sovranità intesa come *limitazione*, come *prelievo*, non è considerata la forma principale del potere, ma solo uno degli elementi fra altri che hanno funzione di incitazione, di rafforzamento, di controllo, di sorveglianza, di maggiorazione e di organizzazione delle forze che sottomette: un potere, insomma, destinato a produrre delle forze, a farle crescere e ad ordinarle piuttosto che a bloccarle, a piegarle o a distruggerle⁵⁶. In questo senso la vecchia potenza della morte che incarna il potere sovrano viene ricoperta dall'amministrazione dei corpi e dalla gestione calcolatrice della vita: una biopolitica della *popolazione*, appunto, che soprattutto grazie all'imposizione in età classica di discipline quali la salute pubblica, dopo le grandi epidemie del XIV e XVII secolo e i rischi biologici corsi, si è imposta, mettendo al centro del sistema reticolare di potere la *norma* al posto della *legge*⁵⁷.

È questo aspetto a costituire la cifra dei famosi corsi al Collège de France di Foucault che vanno dal 1970 al 1984, che presentano uno scarto importante rispetto alla precedente fase volta all'analisi delle mere forme di disciplinamento. Per restare al tema dell'epidemia, vi è una netta differenza fra il trattamento della lebbra nel Medioevo, caratterizzato dal meccanismo escludente della sovranità, quello della peste nel XVI e XVII secolo, fondato su un tipico sistema disciplinare, e infine quello del vaiolo, che opera invece su meccanismi di sicurezza completamente diversi, portando a un superamento del problema classico della sovranità (la sicurezza del principe, *sûreté*)⁵⁸ fino alla centralità della sicurezza della popolazione (*sécurité*), soprattutto nelle città, operando essenzialmente sulle questioni relative alla circolazione⁵⁹.

⁵⁵ In questo senso L. De Lucia, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 25, con evidente riferimento a M. Foucault.

⁵⁶ V. *supra*, nota 23.

⁵⁷ M. Foucault, *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, Torino, 1998, 38: «Non ci potrebbe essere medicina delle epidemie se non affiancata da una polizia». Quest'opera di Foucault è ora richiamata, fra gli altri, da B. Henri Lévy, *Il virus che rende folli*, Milano, 2020, 20.

⁵⁸ Che secondo Foucault trova in Machiavelli il suo massimo esponente, ma anche l'inizio declinante di questa parabola. In realtà, che il problema della sovranità sia ancora al centro delle più attuali riflessioni sulla crisi epidemiologica lo dimostra il lavoro di L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021.

⁵⁹ M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, trad. it., Milano, 2005, 20-21, 56-57.

4. *Il recente libro di Zito: verso il definitivo passaggio dell'economia comportamentale nella scienza giuridica italiana?*

È giunto il momento di esaminare un recente contributo monografico che ha esaminato con un'interessante prospettiva gius-amministrativistica il tema del *nudge*.

Mi riferisco al libro di Alberto Zito, che, dopo una sintetica ed efficace esposizione delle tesi di Thaler e Sunstein, tocca subito una questione particolarmente cruciale ai nostri fini, e cioè la calibratura in ottica giuridica di tale impostazione, enfatizzando i contatti di essa con un'idea di esercizio del potere amministrativo in senso sostanziale piuttosto che formale, e quindi con il particolare rilievo svolto dal principio di *effettività* nell'ambito dell'ormai preconizzato transito dall'amministrazione per atti a quella *per risultati*.

La premesse per questa "attrazione fatale" ci sono tutte. Si evidenzia, infatti, che le pubbliche amministrazioni adottano costantemente decisioni che definiscono il contesto entro il quale altri soggetti assumeranno decisioni⁶⁰. Inoltre, le premesse della *nudge theory* si basano sul concetto di razionalità limitata elaborato da Simon negli anni '40 dello scorso secolo proprio studiando le organizzazioni pubbliche dal punto di vista delle decisioni⁶¹. Questo legame si rafforza ulteriormente con le linee di indagine del diritto amministrativo nella misura in cui, prospettandosi sin da subito una scissione rispetto al *nudge* privato, si afferma che l'azione amministrativa, quando interviene sulle azioni individuali per la cura dell'interesse pubblico è per definizione paternalista⁶².

Senonché già a questo punto si registra un importante scarto rispetto alla teoria "madre" di Sunstein e Thaler: secondo Zito, la loro definizione di *nudge*, nella misura in cui comprende pure l'informazione e la *disclosure* a monte delle informazioni di contesto, rischia di essere eccessivamente generica, e di condurre così alla vanificazione dell'utilità euristica della categoria⁶³. Nello stesso tempo, si osserva come il *nudge* più problematico sia proprio quello non trasparente⁶⁴.

Oltre al problema della trasparenza, Zito menziona l'altra questione più delicata: rispetto ai fini da perseguire nella teoria della spinta gentile la scelta non

⁶⁰ A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 18.

⁶¹ H.A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, Vo. 69, 99 ss.

⁶² A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 33.

⁶³ A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 34. Nel medesimo senso, fra i filosofi del diritto, si v. ora F. Ferraro, *Il padre contro il giudice: utilitarismo, paternalismo e best judge principle*, in *Ragion pratica*, 2021, 469

⁶⁴ A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 44.

è assunta da chi prende la decisione, con una pericolosa eteronomia dei fini⁶⁵. È l'aspetto manipolatorio della teoria del *nudge* che viene qui in evidenza, svelando per questa via il rischio della razionalità neoliberale⁶⁶.

Sulla base di tali premesse, l'autore passa ad un'indagine più serrata sui rapporti fra *nudge* e regolazione pubblica, assumendo un postulato di partenza rispetto a tale tecnica: la sua affidabilità ed effettività⁶⁷. Seguono, quindi, una serie di riferimenti e corollari rispetto a tale premessa speculativa: la nozione di "costituzione materiale", di nuovo il richiamo all' "amministrazione di risultato", ma soprattutto l'idea che la teoria delle spinte gentili, trasposta nel campo del diritto, imponga una parziale rimodulazione del concetto di potere amministrativo⁶⁸. È questa probabilmente la parte più originale ed interessante del saggio: il potere non andrebbe concepito più come situazione giuridica soggettiva esercitata da una pubblica amministrazione, ma come fenomeno di influenza intenzionale sulle azioni altrui, per il raggiungimento di uno scopo proprio di chi esercita il potere. Questo profilo è particolarmente intrigante: Zito pensa soprattutto all'elaborazione del potere governamentale da parte di Foucault⁶⁹, nel medesimo senso messo in luce di recente da un filosofo del diritto, che ha considerato il *nudge* come esempio contemporaneo del potere governamentale, il cui principale obiettivo è quello di orientare la popolazione verso l'andamento più favorevole al benessere complessivo, sfruttando le sue dinamiche spontanee, naturali, sotto la guida di una conoscenza quanto più profonda delle regolarità cui rispondono⁷⁰.

Secondo Zito il potere governamentale non avrebbe fatto sinora breccia nell'impostazione giuridica a causa di una particolare ricostruzione di un concetto di potere che non riesce a liberarsi dell'ipoteca teorica rappresentata dal riferimento alla produzione dell'effetto giuridico (autoritativo). Senonché, l'Autore ritiene che non si possa ormai fare a meno di una nozione di potere giuridico che si esercita proprio attraverso la predisposizione di contesti decisionali volti ad indirizzare in una certa direzione le scelte delle persone che agiscono all'interno di

⁶⁵ A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 51.

⁶⁶ Qui Zito cita lo studio di P. Dardot-C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberale*, Roma, 2019. Sul carattere manipolatorio del paternalismo liberale v. anche M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., *passim*.

⁶⁷ A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 73.

⁶⁸ Ivi, 85 ss.

⁶⁹ Ivi, 92, con espressa menzione. Già solo per questo la consapevole e meditata trasposizione di questo fronte della (tarda) biopolitica foucaultiana merita una segnalazione, a fronte di un uso del concetto non sempre sorvegliato nella letteratura giuridica: sia consentito il richiamo a G. Tropea, *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, <https://journals.uniurb.it>, 2020, 2, 39 ss.

⁷⁰ M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, cit., 290.

un contesto⁷¹. In questa direzione va rimeditato anche il principio di legalità, in modo meno stringente e con approccio realistico: la teorica dei poteri impliciti è essenziale in tal senso, e rinvia ad un'idea di legalità definita «teleologica, progettuale e paratattica»⁷². Un potere che, essendo senza sanzione, risulterebbe meno invasivo sulla sfera dei destinatari rispetto a quello tradizionale.

Infine Zito trae alcune conclusioni da tali premesse: trattandosi di scelte che non hanno natura meramente tecnica, ma politico-amministrativa oltre che strategica, è necessario che vengano assunte con un previo atto di indirizzo da parte dell'organo di vertice. In questo senso il deficit di legalità sostanziale dovrebbe essere compensato dalla garanzia della partecipazione al procedimento amministrativo in cui tali poteri vengono esercitati⁷³.

La proposta rivolta al giurista positivo di guardare con più attenzione al modello foucaultiano di governamentalità mi sembra davvero preziosa e rimarchevole. Ha ragione Zito a mettere nella giusta luce la sottovalutazione da parte dell'amministrativista di tali centrali elaborazioni, e molto coraggiosa e interessante appare l'idea di riformulare la nozione classica del potere amministrativo (anche) sulla base di tale ausilio⁷⁴.

D'altra parte sembra che l'Autore talora sottovaluti il dato che la governamentalità di cui parla Foucault è quella neoliberale, dato che presenta una serie di insidie e ombre – non a caso – un po' trascurate. Cercheremo di svelarle nel seguito della trattazione, evidenziando taluni ulteriori delicati settori di manifestazione del *nudge*. Prima, però, è il caso di soffermarci ancora un po' sulla tesi qui esaminata, in quanto anche i correttivi di stampo più strettamente giuridico alle criticità che il *nudge* presenta nei confronti del principio di trasparenza (e non solo) non paiono del tutto rassicuranti.

5. (Segue) *Luci e ombre di un'interessante difesa del nudge*

Zito, come detto, è ben consapevole che la teoria del *nudge*, lungi dal potere essere acriticamente accolta attraverso mere giustapposizioni comparate o la semplice ibridazione con le competenze di economisti, psicologi e linguisti, sicché teorizza una radicale ridefinizione del potere amministrativo, enfatizzando la

⁷¹ A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 95.

⁷² Ivi, 103.

⁷³ Ivi, 117.

⁷⁴ Limitandoci qui a indicare quattro pietre miliari sul tema, connotate ciascuna da differenti approcci di metodo e assiologici, si v., in ordine di tempo: G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979; A. Romano Tassone, *Note sul concetto di potere giuridico*, *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, n. 2/1981. Più di recente v. G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1993.

categoria foucaultiana di potere governamentale. Egli ha ragione nel rilevare che la tendenza a risolvere il potere nel solo potere giuridico abbia impedito l'analisi su altri tipi di potere che non possono dirsi del tutto privi di rilevanza giuridica⁷⁵. Effettuando tale interessante tentativo di traslazione sul piano delle categorie giuridiche familiari al giuspubblicista, osserva che il potere governamentale non si esercita attraverso la predisposizione di regole di condotta e non ricorre alla minaccia o alla costrizione; allo stesso modo nell'ambito giuridico ci si dovrebbe discostare dalla tradizionale tecnica del *command and control*, connotante i più tradizionali schemi di potere normativo e disciplinare. Si rileva, quindi, che, in questo rinnovato scenario: «potere amministrativo in senso giuridico non sarà più solo quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto, ma anche quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto nella realtà materiale»⁷⁶.

Corollario garantistico di tale ampliamento della nozione di potere giuridico è che sia nel caso del classico potere autoritativo che nel caso del potere volto a influenzare le condotte dei destinatari si sarà comunque in presenza di esercizio della funzione amministrativa volta alla cura dell'interesse pubblico, con la conseguenza della necessaria applicazione delle regole formali e sostanziali che ne disciplinano l'esercizio.

Invero, a ben guardare, tale applicazione subisce dei severi scostamenti.

Si pensi prima di tutto al principio di legalità.

Zito sostiene che il *nudge* dimostra come oggi esso non possa più essere inteso in senso "forte", essendo sufficiente che i poteri vengano desunti anche implicitamente dalla legge o dal complesso normativo che regola un dato settore, sulla base di un'esegesi non letterale, bensì teleologica e sistematica della normativa presa a riferimento. Una legalità come detto definita «teleologica, progettuale e paratattica», sulla scorta del modello della regolazione tecnica delle Autorità indipendenti. Al netto della messa in parentesi della formidabile questione – dibattutissima fra i filosofi – della pervasività/invasività manipolatoria di tale tipo di potere, che l'Autore ridimensiona, ci accorgiamo perfettamente come tornino qui

⁷⁵ A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 92, nota 34.

⁷⁶ Ivi, 95.

implicitamente i tipici caratteri della governamentalità neoliberale: amministrativizzazione della norma e della sentenza⁷⁷, pervasività della norma tecnica *soft*⁷⁸.

Altro aspetto problematico è rappresentato dal fatto che Zito, nella misura in cui sposa – coerentemente – una visione non edulcorata del *nudge*, che ne implica la non trasparenza, taglia implicitamente fuori tutte quelle ricostruzioni che, invece, ne ammettono la configurabilità sistematica a patto di preservare detta trasparenza⁷⁹.

D'altra parte, se il vero *nudge* è quello non trasparente non si comprende poi come sia possibile, peraltro al prezzo di una forzatura normativa, ritenere che gli atti regolatori generali e pianificatori comportanti *nudge* debbano aprirsi alla partecipazione del cittadino, al fine di compensare il detto deficit di legalità sostanziale. Al netto delle persistenti difficoltà generali nell'ammettere una piena possibile surrogabilità della legalità procedurale rispetto a quella sostanziale⁸⁰, ci chiediamo: è possibile partecipare senza conoscere? La logica insita nell'art. 10 della legge n. 241/90 parrebbe escluderlo⁸¹.

Per non parlare del tema della sindacabilità giurisdizionale, anch'esso ritenuto correttivo importante rispetto alle insidie del *nudge*⁸², ma che tende ineluttabilmente a recedere di fronte a scelte che più che tecniche appaiono di tipo politico-amministrativo, dunque connotate da grande discrezionalità.

⁷⁷ L'attenuazione dei confini fra giurisdizione amministrativa e legislazione e fra amministrazione e giurisdizione è segno della predominanza in questa fase del cd. Stato amministrativo di schmittiana memoria, che ultimamente tende ad essere viepiù riscoperto nelle più meditate indagini sul tema dell'emergenza, anche pandemica (cfr. A. Mangia, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2021, 746 ss.). Lo Stato amministrativo (in senso *organizzativo*) è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Inoltre (in senso *funzionale*) è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative. Cfr. M. Nigro, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986, 479.

⁷⁸ Sui rapporti tra neoliberalismo e *soft law* v. R. Bin, *Soft law, no law*; A. Somma, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, entrambi in (a cura di) A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.

⁷⁹ Peraltro in una versione rafforzata della stessa, che implica quello che oggi si chiamerebbe dibattito pubblico. Cfr., ad es., S. Cassese, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, cit., 244; N. Rangone, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, cit., 18.

⁸⁰ Si tocca qui il tema della idoneità della legalità procedurale a compensare il deficit di legalità sostanziale, come noto indagato con riguardo soprattutto ai poteri regolamentari delle autorità indipendenti. In giurisprudenza cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182. Sul tema, anche per interessanti rilievi critici, che chiamano in causa questioni come il possibile superamento del circuito rappresentativo democratico, la cattura del regolatore, l'effettiva neutralità della tecnica, v. da ultimo G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in pubblicazione in *Dir. amm.* Critico è pure R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 98, e, prima, M. Manetti, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, 191 ss.

⁸¹ Al tema della partecipazione, peraltro, come noto l'autore ha dedicato un'importante opera negli anni '90: A. Zito, *Le pretese partecipative nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

⁸² S. Cassese, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, cit., 245, che pone una serie di fondati interrogativi sul controllo esercitabile dalle corti in questo caso.

Si tratta di questioni strettamente collegate, come dimostra la giurisprudenza in tema di valutazioni medico-epidemiologiche e vaccino anti-Covid. Il giudice amministrativo, seppure con pronunce in cui si pretende una qualche credibile motivazione, tende a ribadire l'impossibilità di sostituirsi alle scelte di "puro merito" effettuate dall'amministrazione a tutela della salute. Quanto alla trasparenza amministrativa riguardo le deliberazioni del CTS, se è vero che ad un certo punto il giudice ha ritenuto prevalenti finalmente le istanze di trasparenza, è pur vero che lo ha fatto con molte precauzioni, e con chiare indicazioni secondo cui la trasparenza può essere limitata dall'interesse alla salute pubblica⁸³.

A queste perplessità di ordine più strettamente giuridico, che discendono dalla lettura di un libro che come pochi negli ultimi anni fa e farà particolarmente riflettere (con aperture anche alle scienze non giuridiche)⁸⁴, cogliendo quello che a me pare un punto cruciale, cioè la necessaria riscoperta da parte del diritto di una certa filosofia continentale di ordine post-strutturalista⁸⁵, bisogna a questo punto considerare una serie di scenari – più o meno distopici – legati alle più recenti politiche pubbliche che vedono l'impiego del *nudge*.

6. *Nudge e digitalizzazione: la cd. gamification delle politiche pubbliche*

Poche sono le indagini sui legami fra *nudge* e digitalizzazione⁸⁶ e, quando vi sono, si tratta perlopiù di mere descrizioni apologetiche delle tendenze di riforma dell'amministrazione digitale, come mostra l'accattivante e *bonne à tout faire* sintagma *smart* oggi anteposto a ogni iniziativa di riforma che veda la presenza della digitalizzazione "spinta" (*smart-city, smart-education, smart-innovation, etc.*)⁸⁷.

⁸³ Cfr. sul punto la giurisprudenza puntualmente richiamata da F. Goisis, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in pubblicazione in *Dir. proc. amm.*

⁸⁴ Penso, ad di là della condivisibilità delle conclusioni, alla centralità di N. Luhmann nel libro sulla *soft law* di F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, cit., oppure al ruolo di C. Schmitt nel libro sulla legittimazione di P.G. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

⁸⁵ Il dibattito in altri Paesi è da tempo avviato. Si v. H. Baxter, *Bringing Foucault into Law and Law into Foucault*, in *Stanford Law Review*, 1996, 449 ss. A. Hunt-G. Wickham, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, London, 1994.

⁸⁶ Per un ampio quadro d'insieme, che però significativamente non tocca in modo diretto i legami col *nudge*, anche se vi è un capitolo dedicato alla *Regolazione di fronte alle sfide dell'ICT e dell'intelligenza artificiale* (cap. IX), cfr. Aa.Vv., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin-D. Urania Galetta, Torino, 2020.

⁸⁷ Evidenziano talune criticità, come si desume già dal titolo, F. Fracchia-P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere)?*, in www.federalismi.it, n. 22/2015, 2 ss. Più di recente v. i tanti contributi in Aa.Vv., *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, in www.gruppodipi-sa.it, 2021, 3. Nella letteratura non giuridica v. S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità*

Un modo forse più originale per esaminare la delicata questione, inquadrandola nelle logiche regolatorie del *nudge*, può essere il fenomeno della cd. *gamification*.

In passato si è già avuto modo di richiamare, in uno scritto dedicato al fenomeno delle ronde per la sicurezza urbana⁸⁸, la curiosa iniziativa partita dalla Gran Bretagna, il Paese con il maggior numero di Closed Circuit Televisions (4 milioni e 200 mila, peraltro in costante crescita), per un nuovo gioco di società sul web, dal nome Internet Eyes. L'idea deriva dal fatto che buona parte dei filmati ripresi dalle telecamere a circuito chiuso non vengono poi rivisti, essendoci pochi addetti alla sicurezza. Ogni giocatore, quindi, si registra pagando una modesta quota e in cambio riceve un certo numero di telecamere a circuito chiuso. Se vede un crimine, o qualcosa di "sospetto", può segnalarlo a Internet Eyes, che a sua volta contatterà la polizia. Chi fa più segnalazioni "utili" vince un premio in denaro.

Stava per aprirsi un nuovo modo di impostare la regolazione e le strategie per imporre "dolcemente" determinate politiche pubbliche: la *gamification*. Si tratta, appunto, dell'utilizzo di elementi ludici, spesso digitali, a supporto di funzioni di regolazione pubblica, nei campi più svariati, che vanno dalle politiche ambientali a quelle del trasporto pubblico, passando, appunto, per la sicurezza e il decoro urbano.

Siamo in Cina, sul finire degli anni Novanta. Un gruppo di ricercatori dell'Accademia Nazionale delle Scienze è al lavoro su un progetto ambizioso: creare un sistema di controllo diffuso della società. La Cina è già uno Stato autoritario, ma il nazionalismo, la repressione e il partito unico – da soli – non bastano. Il regime ha bisogno di un sistema efficace per garantire il rispetto totale e incondizionato dell'intera popolazione alla dottrina totalitaria.

Le tecnologie dell'epoca, tuttavia, non consentono ancora un risultato simile. Passeranno dieci anni prima che il governo possa avviare una sperimentazione del progetto. Siamo nel 2010, nella municipalità di Suining. I residenti che hanno compiuto il quattordicesimo anno di età sono i primi a testare il sistema di credito sociale⁸⁹. L'esperimento misura i comportamenti individuali. Premia i virtuosi e punisce chi non rispetta le regole del vivere civile. Vi prendete cura di un familiare anziano? Cinquanta punti per voi. Vi arrestano per guida in stato di ebbrezza? Avete perso cinquanta punti. I cittadini di fascia A ottengono la priorità all'accesso a tutti i servizi sociali. Per i cittadini di fascia D, invece, ottenere licenze e autorizzazioni può richiedere tempi molto superiori alla media. Acce-

nell'era dei nuovi poteri, Roma, 2019, e, se si vuole, la mia recensione a questo libro in *P.A. Persona e Amministrazione*, <https://journals.uniurb.it>, 2020, 1, 479 ss.

⁸⁸ G. Tropea, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. amm.*, 2011, 55.

⁸⁹ Per una recente analisi critica v. V. Fredianelli, *La data veillance e il sistema di credito sociale cinese*, in *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, cit., 341 ss.

dere ai servizi pubblici essenziali è più difficile, o più costoso. Viaggiare fuori dal Paese può divenire impossibile.

I risultati del test sono soddisfacenti. Nel 2014 il Governo cinese approva la nazionalizzazione del progetto. C'è un governo che misura l'impegno civico dei propri cittadini e lo quantifica in un punteggio; poi lo rende noto a tutti e, sulla base di quello, assegna premi o penalità. I vincitori vengono celebrati (e i perdenti biasimati) pubblicamente.

Ma anche in democrazie compiute si registrano strategie non troppo dissimili⁹⁰.

A Santa Monica, per esempio, dove i residenti esprimono il proprio gradimento sulle varianti urbanistiche che l'amministrazione cittadina vorrebbe introdurre nei quartieri presso cui abitano, scorrendo a destra o sinistra sullo schermo dei propri smartphone. Lo fanno tramite un'applicazione molto simile a quella ideata per incontrare l'anima gemella: Tinder. Oppure a New York, dove i ciclisti che usano le biciclette messe a disposizione dall'amministrazione cittadina ricevono punti quando compiono azioni che un algoritmo giudica "virtuose": depositare, ad esempio, il veicolo presso una delle stazioni di sosta con la domanda più elevata, durante l'ora di punta. Anche i bolognesi, per due anni, hanno avuto la possibilità di cumulare punti – da riscattare successivamente in piccoli premi – utilizzando il trasporto pubblico urbano e consentendo al Comune di raccogliere dati preziosi sulla mobilità, allo scopo di migliorarla.

È stato osservato che, come il *nudge*, la *gamification* può motivare i cittadini a partecipare più attivamente alla vita pubblica. Nello stesso tempo si è detto che *nudge* e *gamification* condividono talune criticità: sia quella di natura etica, legata al rischio già considerato della manipolazione, sia quella connessa del «paradosso dei disincentivi», che si manifesterebbe nel cittadino che, proprio a fronte di tale tecnica manipolatoria, finirebbe per avere una percezione critica del regolatore pubblico⁹¹. A ben guardare, peraltro la critica assume dimensioni anche giuridiche, nella misura in cui si ritenga che l'autonoma formazione della volontà costituisca una componente essenziale della "libertà reale", ossia della effettiva libertà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti, garantita dalla Costituzione⁹².

La peculiare connessione della *gamification* con il digitale, peraltro, rappresenta un tratto differenziale rispetto al *nudge*, che non sempre si accompagna all'uso del mezzo tecnologico, e crea ulteriori questioni: il *digital divide*, l'esclusione digitale, la tutela dei dati personali.

⁹⁰ Si v. G. Sgueo, *Punteggi, classifiche, premi: è possibile «giocare» con le politiche pubbliche?*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 591 ss.

⁹¹ G. Sgueo, *Punteggi, classifiche, premi: è possibile «giocare» con le politiche pubbliche?*, cit., 595.

⁹² A. Gragnani, *Nudging e libertà costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2021, 1, 504.

C'è inoltre il rischio della “cattura del regolatore”, che consiste nella «allocazione autoritativa dei valori»⁹³, che alimenta il rischio di politiche pubbliche ideate e implementate assecondando la posizione di soggetti in posizione di privilegio.

Infine, la *gamification* si abbina spesso al discorso, ben presente nella retorica *nudge*, della lotta alla burocrazia professionale, e al connesso contenimento di spesa pubblica, attraverso l'impiego della sussidiarietà orizzontale e del cd. *crowdsourcing*.

Il tema evoca, in modo più ampio, il ruolo rivestito dai gruppi sociali nella rottura del filo che riconduce il potere all'individuo⁹⁴: si pensi alla “disindividualizzazione” dei gruppi privati che trascinano quest'ultimo fuori dall'ordinamento generale, all'individuo visto come “partecipante” che, nella misura in cui non assolve alle regole della “democrazia partecipativa” rischia di configurarsi quale cittadino dimezzato, alla crisi della sussidiarietà orizzontale che «da promessa all'individuo di vedersi realizzato anche nelle e contro le formazioni sociali (art. 2 Cost.), è divenuta la mascheratura ideologica di una massiccia cessione di terreno da parte dell'amministrazione pubblica (pur sempre politicamente responsabile) ad operatori privati che, sotto la parvenza del non-profit, accumulano potere lobbistico, oltre che economico»⁹⁵. A finire sul banco degli imputati è il principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come indebita mascheratura ideologica legittimante un limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività⁹⁶.

In chiave biopolitica si potrebbe quindi ritenere che: *i*) la vicenda “eccezione” la forza contenitiva del *diritto*, tanto che se pone fuori, letteralmente, perdendo – nella misura in cui tende a farsi *norma* (nel senso foucaultiano del termine) forza propulsiva di innovatività ordinamentale; *ii*) la malintesa idea di sussidiarietà orizzontale è spia ulteriore del meccanismo governamentale che fa del “corpo docile” meccanismo di controllo e sorveglianza, e piega la sovranità popolare in nuova forma di biopotere. L'economia sociale di mercato, tipico portato dell'ordoliberalismo⁹⁷, si autorappresenta anche qui come *governance*, tecnologia di governo tipica della fase biopolitica avanzata⁹⁸, come peraltro finisce per

⁹³ Secondo l'ormai risalente impostazione di D. Easton, *A System Analysis of Political Life*, London, 1965.

⁹⁴ L. Ferrara, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 32.

⁹⁵ R. Bin, *I diritti di chi non consuma*, cit.

⁹⁶ Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.

⁹⁷ Sul punto mi permetto di rinviare a G. Tropea, *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità?*, in www.aipda.it, 29 ottobre 2021.

⁹⁸ G. Comisso, *La governance nell'economia sociale di mercato. Una interpretazione foucaultiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 265 ss. Su tali questioni resta fondamentale la nota opera di K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 2000, 2° ed.

mostrare lo stesso Zito, che, come si è detto, nel libro sopra considerato più volte richiama l'elaborazione foucaultiana della governamentalità neoliberale.

Si è notato, sul punto, che non a caso nell'ultimo Foucault la parola chiave sia «autogoverno»: fine dello stesso biopotere, e sua definitiva sublimazione da politica «sulla vita» in politica «della vita»⁹⁹.

7. Nudge, *pandemia e vaccinazioni*

La pandemia dei nostri tempi, viste le premesse, non poteva che recepire nell'ambito regolatorio il grande portato governamentale del *nudge*, espandendo e diffondendo le premesse metodologiche e di *policy* sopra delineate.

L'Irlanda, ad esempio, è stata tra i primi Paesi a sperimentare, all'entrata degli ospedali di Dublino, l'istallazione di un segnale di linea rossa piazzato al lato di un dispenser per disinfettare le mani. Nell'aprile del 2020, la città metropolitana di Roma, in collaborazione con un centro di ricerca della Luiss, lancia una campagna che si avvale del *nudge* per accrescere le misure di *compliance* fra giovani generazioni, chiedendo agli studenti delle scuole superiori di postare sui propri social media i momenti comunque “piacevoli” trascorsi in casa negli orari in cui – senza la pandemia – sarebbero stati impegnati a bere drink all'aperto con gli amici. Le migliori foto sono state selezionate e premiate con un i-pad. In Nuova Zelanda, il Primo Ministro, per incoraggiare le famiglie a restare a casa durante le festività pasquali, ha chiesto ai bambini di appendere fuori dalle finestre delle uova pasquali, invece di effettuare la tradizionale “caccia alle uova” all'aperto¹⁰⁰.

Come si può agevolmente notare, spesso anche in questi casi il *nudge* si accompagna a policy di *gamification*.

Peraltro, si è osservato come gli Stati abbiano avuto diversi approcci al tema del *nudge* durante la pandemia: «principled pro-nudge nation», «cautiously pro-nudge nations», «overwhelmingly pro-nudge nations»¹⁰¹. Ad esempio, mentre in Cina e in Sud Corea vi è un'elevatissima approvazione del *nudge* fra la popolazione, ma nessun report governativo sull'impiego di tali strategie regolatorie, in Danimarca, Paese appartenente alla categoria delle «cautiously pro-nudge nations», le *politiche regolatorie basate sul nudge* vedono un grande legame fra pubblico, centrale e locale, e privato, società commerciali e istituzioni accademiche. In Inghilterra, poi, all'avanguardia sin dal 2010 nelle strategie di *nudge*, con l'isti-

⁹⁹ L. Bazzicalupo, *Biopolitica: la rischiosa ambivalenza del potere produttivo*, cit., 552.

¹⁰⁰ Cfr. G. Dal Fabbro, *Nudging and COVID-19: Behavioural Insights as Policy Tools in the Fight Against the Virus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 1, 191 ss., spec. 203-204.

¹⁰¹ G. Dal Fabbro, *Nudging and COVID-19: Behavioural Insights as Policy Tools in the Fight Against the Virus*, cit., 208.

tuzione del Behavioural Insight Team (BIT), e quindi annoverabile fra le «principled pro-nudge nation», *il Governo ha pensato fosse preferibile lasciare i cittadini liberi, incoraggiando – almeno in una prima fase – la cd. immunità di gregge*¹⁰².

Come noto, dall'iniziale tema dell'immunità di gregge, si è progressivamente passati alla questione vaccinale. Non poteva che essere così, in quanto già prima della pandemia si discuteva di dilemma tra obbligo e raccomandazione in materia di vaccini¹⁰³.

Si è osservato come la politica vaccinale in Italia ha oscillato come il pendolo¹⁰⁴: prima una serie di leggi hanno imposto la vaccinazione obbligatoria per specifiche malattie. In seguito, a causa di alcune esperienze europee e internazionali di politiche di profilassi e dell'affermarsi del principio di autodeterminazione sanitaria degli individui, alcune Regioni – sulla scorta anche del loro rafforzamento dopo la riforma del Titolo V¹⁰⁵ – hanno superato l'obbligatorietà per puntare sull'autodeterminazione. Quindi, col d.l. n. 73/2017 giudicato legittimo dalla nota sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale, si è tornati all'obbligatorietà, peraltro per un numero di malattie superiore rispetto al passato.

La giurisprudenza di quel periodo ha riflesso questo dilemma.

Due coppie di genitori di due minori in età prescolare impugnavano di fronte al TAR Friuli-Venezia Giulia una delibera del Comune di Trieste con la quale l'ente territoriale, modificando un proprio precedente Regolamento, precludeva l'accesso alle scuole comunali dell'infanzia (e a quelle con il Comune convenzionate) ai soggetti fino ai sei anni di età non sottoposti alle vaccinazioni obbligatorie. Nel proporre il ricorso in questione, gli interessati — dichiaratamente e consapevolmente avversi alle vaccinazioni obbligatorie — chiamano a rispondere della liceità delle rispettive decisioni tanto il Comune (nella doppia veste di chi ha modificato il regolamento e ne gestisce conseguentemente il servizio), quanto l'Unità Sanitaria Universitaria integrata (incaricata di procedere operativamente con le vaccinazioni in oggetto). A detta delle parti ricorrenti, allo stato attuale, il rischio delle conseguenze vaccinali supererebbe il rischio di contagio stesso, rendendo in tal modo il sacrificio individuale sproporzionato ed ingiustificato, rispetto al vantaggio collettivo.

¹⁰² Cfr., sul punto, G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in www.federslismi.it, paper del 18 marzo 2020.

¹⁰³ Cfr. G. Pascuzzi, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, 89 ss.; G. Piperata, *Sanità pubblica e vaccini. Il dilemma del diritto: obbligo o raccomandazione?*, in *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. I – Studi introduttivi, Bologna, 2018, 563 ss.

¹⁰⁴ G. Pascuzzi, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, cit., 91.

¹⁰⁵ G. Piperata, *Sanità pubblica e vaccini. Il dilemma del diritto: obbligo o raccomandazione?*, cit., 570.

Il Tar Friuli Venezia Giulia ha rigettato il ricorso¹⁰⁶. Secondo il giudice amministrativo i «ricorrenti usufruiscono delle vaccinazioni fatte dagli altri genitori sui loro figli e quindi effettuano una scelta che ha senso solo se non diventa troppo estesa», sicché tra «razionalità scientifica» e «pubblico interesse», da un lato, e «facili suggestioni» ed «epidermiche emotività» dall'altro, non sussiste alcun dubbio circa l'esito finale.

Qui i giudici sembrano evocare quello che per gli epidemiologi è l'immunità di gregge. In sostanza, una volta raggiunta una determinata soglia (inferiore al 100%) di vaccinazione all'interno di una collettività, di tale immunità finisce per beneficiare anche la percentuale di soggetti non vaccinati. Visto dalla diversa (ma in questa sede centrale) prospettiva dell'analisi economica del diritto, si tratta dell'ennesimo esempio di comportamento opportunistico, noto come *free-riding*. Sicché, secondo alcuni, anche nel settore vaccinale appare riduttivo pensare di poter «indirizzare» le condotte individuali (o collettive), usando i soli strumenti «strettamente coercitivi», con un approccio al diritto di stampo «normativista-positivista». A ben guardare, l'obiettivo della «tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale» viene perseguito dal d.l. n. 73/2017, con l'utilizzo di almeno tre «componenti» di quella che un noto autore, in tempi non recentissimi, ha battezzato «New Chicago school»¹⁰⁷. Nel caso delle vaccinazioni obbligatorie sui minori, infatti, accanto al classico intervento «giuridico sanzionatorio» (Law), apprestato dall'articolo 1 del decreto legge in questione, si può intravedere il ruolo del mercato (con la gratuità della prestazione) e quello delle c.d. «regole sociali» (Norms) attraverso le iniziative promozionali e di informazione, previste all'art. 2 e rese ancor più comprensibili dalla guida esplicativa fornita dal Ministero della Salute¹⁰⁸.

Anche in questo caso il richiamo al *nudge* sembra fuorviante, e comunque offre la riprova di un insuccesso.

È facile accorgersi, tuttavia, che vengono prospettate le alternative della coercizione e della mera raccomandazione, che si collocano ai poli opposti delle strategie vaccinali indicate. Non si fa qui menzione del vero e proprio *nudge* che, tuttavia, non esce sconfessato dalle pronunce giurisprudenziali sopra indicate¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 16 gennaio 2017, n. 20, con nota di G. Manfredi, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, in *Giur. it.*, 2017, 1418 ss., con interessanti riflessioni sul rapporto fra principio di precauzione e vaccini, che suonano molto vicine alle più recenti prese di posizione del giudice amministrativo sul tema della vaccinazione anti Covid-19.

¹⁰⁷ L. Lessig, *New Chicago school*, in *Journal of legal studies*, 1988, in <https://www.jstor.org/stable/10.1086/468039>.

¹⁰⁸ G. Citarella, *Vaccinazioni obbligatorie e scuola dell'infanzia (dal Tar al Governo, passando per il Consiglio di Stato)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1323 ss.

¹⁰⁹ Come noto, peraltro, il carattere raccomandato della vaccinazione (alla luce delle campagne di informazione e raccomandazione poste in essere dalle autorità pubbliche sanitarie, nonché dei piani nazionali di prevenzione vaccinale e delle raccomandazioni ministeriali adottate per ogni stagione influenzale) ha costituito

In ogni caso, l'intervento legislativo del 2017, che va per l'appunto considerato al di fuori del perimetro del *nudge*, è stato originato anche dall'insuccesso dell'auspicata adesione volontaria obiettivo delle precedenti politiche pubbliche regionali¹¹⁰.

All'inizio dell'emergenza pandemica il giudice amministrativo è tornato ad occuparsi, sia pure incidentalmente e per il caso del vaccino anti-influenzale, di una questione che evoca tali aspetti.

La strategia "hard" è stata perseguita dalla Regione Calabria, che nel maggio 2020 imponeva l'obbligo di vaccinazione ad alcune categorie di persone: soggetti di età superiore a 65 anni; medici e personale sanitario, sociosanitario di assistenza, prevedendo sanzioni connesse allo svolgimento della mansione lavorativa in caso di mancata ottemperanza (ingiustificata) da parte di medici e/o infermieri. Il Tar Calabria¹¹¹, richiamando la giurisprudenza costituzionale sopra indicata, si limita ad evidenziare la riserva statale per le vaccinazioni obbligatorie, annullando il provvedimento per difetto di competenza da parte dell'autorità regionale.

La strategia "nudge" viene invece perseguita dalla Regione Lazio, che con ordinanza dell'aprile 2020 non obbliga *sic et simpliciter* le categorie degli over 65 e del personale sanitario e sociosanitario, ma si limita a vietare, in caso di mancata vaccinazione, la possibilità di frequentare luoghi di "assembramento" come centri sociali e case di riposo, ovvero l'accesso ai luoghi di lavoro. L'aspetto interessante, in questo caso, è che oltre alla censura di incompetenza della Regione veniva prospettata la invalidità del provvedimento per due ulteriori motivi, che hanno a che fare più da vicino con l'efficacia del *nudge* e, più a monte, con la sua ammissibilità e la sua incidenza sulla autodeterminazione del singolo¹¹².

Anche in questo caso, però, ragioni processuali legate al carattere ritenuto assorbente del ravvisato vizio di incompetenza regionale, non hanno fatto esprimere il giudice sull'*an* e sul *quomodo* del *nudge* antinfluenzale¹¹³.

parametro utile a fare estendere la previsione dell'indennizzo di cui alla legge n. 210/1992 anche alle vaccinazioni raccomandate. Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268. Sul punto v., in dottrina, M. D'Amico, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, 89-90.

¹¹⁰ G. Pascuzzi, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, cit., 109, il quale proprio per questo ritiene che il decisore che voglia emanare norme per risolvere problemi deve essere in grado di fare previsioni, altrimenti il rischio è di sortire l'effetto diametralmente opposto.

¹¹¹ Sentenza 15 settembre 2020, n. 1462.

¹¹² Il secondo e terzo motivo di ricorso risultano infatti così articolati: b) eccesso di potere sotto il profilo della illogicità e della irragionevolezza della misura, nonché del difetto di istruttoria e della erroneità dei presupposti, dal momento che una simile iniziativa non risulterebbe idonea ad arginare il fenomeno del COVID ed anzi, in taluni casi, ne faciliterebbe la contrazione per via del ritenuto abbassamento delle difese immunitarie; c) violazione della libertà di autodeterminazione del singolo (artt. 2 e 32 Cost.).

¹¹³ Tar Lazio, 2 ottobre 2020, n. 10048.

Veniamo per questa via alla nota questione del cd. “Green pass” e, più di recente, del “Super Green pass” o, meglio, “rafforzato”¹¹⁴.

Il provvedimento si colloca in un ben preciso quadro di riferimento teorico: può essere considerato infatti un intervento di *nudging*, con cui si intende promuovere per l'appunto la vaccinazione¹¹⁵.

Le critiche, anche a livello giuridico¹¹⁶, non sono mancate. Si è rilevato, ad esempio, che l'ordinamento giuridico italiano non recepirebbe le scelte del diritto europeo in materia di Green pass, ovvero la facilitazione della libertà di circolazione in sicurezza tesa a sopprimere la quarantena obbligatoria. Al contrario

¹¹⁴ Il 14 giugno 2021 è stato approvato dal Parlamento e dal Consiglio il Regolamento (UE) 2021/953 che ha previsto un certificato verde digitale per agevolare la libera circolazione sicura dei cittadini nell'UE durante la pandemia da COVID-19. Esso non dovrebbe tuttavia costituire, come già esplicitato nella proposta della Commissione, presupposto indispensabile per la libera circolazione, libertà che risulta essere pilastro fondamentale nel processo di integrazione dell'Unione, fondamentali o per esercitare altri diritti. Quando Emmanuel Macron, nel luglio 2020, ha annunciato che il green pass sarebbe diventato obbligatorio in Francia per accedere ai luoghi della socialità e ai mezzi di trasporto, come ristoranti, bar, centri commerciali, treni e aerei, è stato registrato quasi un milione di richieste di vaccino in poche ore. Non sono mancate le proteste, ma la decisione ha aperto un dibattito che ha portato anche il nostro Paese in queste ore a rendere vincolato in molte circostanze l'uso della certificazione verde, con l'obiettivo di contenere la diffusione di Sars-CoV-2 – su cui ora incide in modo particolare la variante Delta – senza ricorrere a ulteriori restrizioni. Anche in Italia, con d.l. n. 52/2021, si è esteso in maniera piuttosto significativa l'utilizzo di questo strumento ad altre attività e servizi, tra questi i servizi di ristorazione svolti da qualsiasi esercizio per il consumo al tavolo al chiuso, gli spettacoli aperti al pubblico, gli eventi e le competizioni sportive, i musei, gli altri istituti e luoghi della cultura, le piscine, le palestre, i centri benessere, le fiere, le sagre, i convegni, i congressi, i centri termali, i parchi tematici e di divertimento, i centri culturali, i centri sociali e ricreativi, le attività di sale gioco, sale bingo, casinò e, ancora, le procedure concorsuali”. Con d.l. n. 172/2021 è stato istituito il “Super Green Pass” o “Green Pass rafforzato”: la certificazione rafforzata istituita come ulteriore misura per contrastare la cd. quarta ondata. Nella serata del 14 dicembre il Consiglio dei Ministri ha approvato un d.l. che sposta la fine dello stato di emergenza al 31 marzo 2022, prorogando alla stessa data anche il Super Green Pass in Zona Bianca, che altrimenti avrebbe cessato la sua validità il 15 gennaio. Dal 6 dicembre e fino al 31 marzo quindi anche in Zona Bianca, per l'accesso ad alcune attività sociali non basta la certificazione ottenuta con il tampone, occorrerà essere vaccinati o guariti dall'infezione da Covid. Il Super Green Pass, unito alla possibilità di ricevere la terza dose per tutti i maggiorenti dal 1° dicembre servirà a spingere ulteriormente la campagna vaccinale, che potrebbe rivelarsi fondamentale per contrastare l'arrivo di nuove varianti.

¹¹⁵ Come si è detto sopra, nella teoria dei *nudge* i bias cognitivi vengono “sfruttati” per costruire contesti decisionali in cui le persone possano essere spinte a prendere le decisioni più salutari sia per se stesse che per la collettività intera. Nell'architettura della scelta, che “altera” il comportamento delle persone in un modo prevedibile, non viene proibita la scelta di altre opzioni, dato che il *nudge* non è inteso come una coercizione. Per essere considerato un *nudge* e non una strategia meramente persuasiva, l'intervento deve essere trasparente e il comportamento promosso facile da mettere in pratica. Perciò, si è ritenuto che affinché il green pass non si trasformi in un boomerang, si dovrebbe fare in modo di assicurare a tutti coloro che desiderano ottenere il certificato la possibilità di accedere alla vaccinazione con facilità ed entro un ragionevole arco di tempo. D'altra parte, come abbiamo visto, è controverso il carattere trasparente o meno delle misure di *nudge*. Taluni, addirittura, ritengono che nel caso la misura sia trasparente di vero e proprio *nudge* non possa a rigore parlarsi. Cfr. A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 44.

¹¹⁶ Ha fatto molto discutere il documento di M. Cacciari e G. Agamben, *A proposito del decreto sul green pass*, in *www.iisf.it*, 26 luglio 2021, nel quale i due filosofi accostano il green pass al “passaporto interno” che dovevano esibire i cittadini dell'Unione Sovietica e considerano il green pass una pratica discriminatoria antidemocratica.

il d.l. n. 105/2021 sembrerebbe conferire al Green pass natura di norma cogente ad effetti differenziati, con plurime discriminazioni e disparità di trattamento. Sicché si avrebbe una violazione del diritto europeo, nella misura in cui in esso il Green pass ha solo valenza informativa mentre nel nostro ordinamento ha valenza prescrittiva e cogente, e una violazione del dato costituzionale, nella misura in cui col Green pass si introducono forme di discriminazione e trattamento differenziato nei confronti di soggetti non titolari di Green pass. Peraltro la scelta del d.l. entrerebbe in conflitto con la necessità costituzionale della riserva di legge formale su diritti fondamentali ed esso andrebbe quindi disapplicato in quanto contrastante col diritto europeo¹¹⁷.

Si deve certamente convenire sull'erroneo richiamo in questo caso alla necessità di legge formale e non di d.l. per la disciplina di diritti fondamentali¹¹⁸. Sennonché specie per il "Super Green pass" taluni problemi sussistono, come la mancanza di un chiaro limite temporale di durata delle nuove misure emergenziali e varie discriminazioni che possono porsi, per cui non si è reputato un *taboo* prospettare un obbligo vaccinale generalizzato¹¹⁹. Altro aspetto che mostra la delicatezza estrema di politiche pubbliche di *nudge* e il costante rischio di fallimento.

Implicitamente, però, il documento critico di ANM, pur smentito poi da dottrina e giurisprudenza, tocca un punto importante, nella misura in cui – senza

¹¹⁷ Osservatorio permanente per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*, in www.questionegiustizia.it, 4 agosto 2021.

¹¹⁸ Cfr. i molti interventi sul tema di R. Bin, *Greenpass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*; Id., *La UE e il green pass: un'ordinanza del Tribunale europeo che non occorre commentare*; Id., *Commissione UE, il green pass e i giornalacci*, tutti in www.lacostituzione.info. Anche il giudice amministrativo ha ritenuto legittima la misura. Cfr. Cons. Stato, sez. III, ord. 17 settembre 2021, n. 5130, che ha confermato la decisione del Tar Lazio n. 4281/2021 che aveva respinto la richiesta di sospensiva avanzata sul presupposto che il meccanismo di contenimento dell'epidemia delineato dal legislatore nazionale comporterebbe un pregiudizio della riservatezza sanitaria in contrasto con la disciplina europea sulla protezione dei dati sanitari, sulla base del presunto contrasto dell'impugnato DPCM, nonché della normativa primaria su cui esso si basa, con la disciplina dell'Unione europea e con la Costituzione italiana, con particolare riferimento alla protezione dei dati personali sanitari. Il Consiglio di Stato non ha mancato, infine, di sottolineare come proprio la graduale estensione della certificazione verde abbia oggettivamente accelerato il percorso di riapertura delle attività economiche, sociali e istituzionali ritenendo: che le contestate prescrizioni del D.P.C.M. impugnato trovano copertura di fonte primaria nel D.L. n. 52/2021 il cui precetto normativo va applicato per come incorporato dalla legge di conversione n. 87/2021; che le prescrizioni stabilite dal Garante per la riservatezza dei dati personali mantengono la loro efficacia nei confronti delle misure applicative di copertura dell'autorità sanitaria nazionale cui spetta il coordinamento delle iniziative occorrenti; che il "green pass" rientra in un ambito di misure, concordate e definite a livello europeo e dunque non eludibili, anche per ciò che attiene la loro decorrenza temporale, e che mirano a preservare la salute pubblica in ambito sovranazionale per consentire la fruizione delle opportunità di spostamenti e viaggi in sicurezza riducendo i controlli; che la generica affermazione degli appellanti secondo cui "allo stato delle conoscenze scientifiche" non vi sarebbe piena immunizzazione e quindi si creerebbe un "lasciapassare falso di immunità", si pone in contrasto con ampi e approfonditi studi e ricerche su cui si sono basate le decisioni europee e nazionali volte a mitigare le restrizioni anti covid a fronte di diffuse campagne vaccinali.

¹¹⁹ A. Morelli, F. Salmoni, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, in www.lacostituzione.info, 9 dicembre 2021.

menzionare espressamente il tema del *nudge* – intreccia la questione della trasparenza, differenziando l'intervento italiano da quello francese¹²⁰.

Il nostro Consiglio di Stato, consapevole forse di tali rilievi, nella nota sentenza sull'obbligo vaccinale anti-Covid nei confronti dei sanitari, collega il *nudge* alla trasparenza, ritenendo il primo veicolo di consenso informato e autodeterminazione¹²¹.

Torna qui la questione sopra richiamata: se in questi casi il *nudge* è trasparente, di vero e proprio *nudge* si tratta?¹²² Peraltro, anche in questo caso – a ben guardare – il richiamo al *nudge* si rivela eminentemente retorico-rafforzativo nelle argomentazioni del giudice, poiché è impiegato a sostegno della formazione del consenso informato del cittadino, ma nell'ambito di una sentenza che riguarda un obbligo vaccinale (a carico del sanitario)¹²³.

¹²⁰ In questo secondo caso si nota, infatti, che l'assunzione di una decisione in un quadro di trasparente dibattito pubblico in Francia si è avuta con il coinvolgimento di tutti gli attori istituzionali: il processo decisionale impiegato in Francia per l'adozione del pass sanitario ha visto infatti il coinvolgimento del Consiglio di Stato, del Parlamento e del Consiglio costituzionale, adito dalle minoranze parlamentari e dallo stesso Primo ministro Jean Castex promotore, insieme al Presidente Emmanuel Macron, del disegno di legge governativo.

¹²¹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045: «La trasparenza delle informazioni scientifiche, le campagne di sensibilizzazione, le “spinte gentili” – c.d. *nudge* – alla vaccinazione, mediante un sistema di incentivi o disincentivi, come mostra il recente indirizzo dell'economia comportamentale, sono tutti elementi di sicuro impatto, e spesso di forte incidenza anche sulle libertà costituzionalmente garantite, che tuttavia concorrono a favorire il consenso informato nei singoli nelle decisioni sanitarie e, insieme, il formarsi di una coscienza collettiva favorevole alla necessità di vaccinarsi e di una profilassi generalizzata contro malattie altamente contagiose e non di rado mortali, creando nei cittadini fiducia (c.d. *confidence*) nella sicurezza e nell'efficacia dei vaccini. La formazione del consenso informato in ciascuno e l'adesione convinta dei più alla vaccinazione, sulla base delle informazioni rese disponibili dalla comunità scientifica e all'esito di una serena valutazione circa il rapporto tra rischi e benefici della vaccinazione all'interno della comunità e delle istituzioni democratiche, costituiscono certo la soluzione migliore e preferibile per combattere la malattia perché esaltano, da un lato, il ruolo di una scienza non chiusa in sé, nell'idolatria di un elitario scientismo, ma aperta al dibattito civile e partecipe al progresso morale e materiale dell'intera società e, dall'altro, valorizzano il fondamentale ruolo dell'autodeterminazione in sintonia, e non già in conflitto, con il principio di solidarietà. Sotto questo profilo «la luce della trasparenza», tanto nelle acquisizioni scientifiche degli esperti quanto nei processi decisionali del legislatore (o dell'amministrazione), «feconda il seme della conoscenza tra i cittadini», come ha ricordato in via generale la recente pronuncia dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio (Cons. St., Ad. plen., 10 aprile 2020, n. 10), stroncando il diffondersi di pseudoconoscenze o, addirittura, di credenze irrazionali e, perciò, indimostrabili ma al tempo stesso infalsificabili, e contribuisce al rafforzamento, in modo pieno e maturo, dei diritti fondamentali nel loro esercizio ponderato e responsabile». Sulla necessità per il giurista di confrontarsi con queste opinioni e di non bollarle come eversive, v. L. Buffoni, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato di eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>, 471 ss.

¹²² Cfr. *supra*, nota 63.

¹²³ Con riferimento al Green pass per il personale scolastico, rileva che non si tratta di vera e propria spinta gentile (a causa delle sanzioni che toccano il diritto al lavoro), qualificazione che semmai potrebbe reggere in ordine alle attività legate al tempo libero, A. Sandulli, *Sulla legittimità dell'obbligo di green pass per il personale scolastico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 798

8. Conclusioni

L'indagine effettuata ci svela una serie di criticità allo stato insormontabili.

La prima è rappresentata dall'aporia teorica, difficilmente superabile, dell'inutilità strategica in termini di efficacia (in senso economico), ma nel contempo della necessità giuridica (in senso liberale), di un *nudge* trasparente e partecipato. In estrema sintesi, se si vuole restare alla più autentica natura del *nudge* di cui ci parla Zito, viene ineluttabilmente a mancare quell'elemento della comprensibilità della norma, di recente definito "legalità linguistica"¹²⁴, che ha tradizionalmente giustificato l'obbedienza dei consociati alla regola.

La seconda è una conseguenza di tale problema di fondo: l'uso spesso meramente retorico-rafforzativo del richiamo al *nudge*, in contesti che a rigore non gli appartengono.

C'è poi un terzo punto, meno evidente ma altrettanto fondamentale. Da quanto sinora riscontrato, con particolare riguardo alla cartina di tornasole offerta dalla cupa temperie pandemica, pare possibile tracciare una linea di connessione che unisce *nudge*, governamentalità neoliberale e biopolitica.

Lungi dal configurarsi come una "terza via" tra utilitarismo e teorie decisioniste "à la Schmitt", il *nudge* sembra riproporre lo schema utilitaristico del «governo degli interessi»¹²⁵ e il lato oscuro del diritto amministrativo «alla felicità»¹²⁶ di cui oggi tanto si parla. Nel contesto pandemico, poi, tale assetto lievita ulteriormente e si salda al paradigma immunitario¹²⁷ di cui pure si è detto.

C'è quindi una evidente relazione tra utilitarismo benthamiano¹²⁸, *nudge*, e neoliberalismo¹²⁹. Nella *Nascita della biopolitica*, Foucault definisce questo metodo di governo come l'approccio utilitarista del liberalismo, «quello con cui abbia-

¹²⁴ N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, 13-43.

¹²⁵ M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 295.

¹²⁶ S. Licciardello, *Diritto amministrativo e felicità*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 871 ss.; R. Ferrara, *Il diritto alla felicità e il diritto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 1043 ss.

¹²⁷ Sul quale resta fondamentale lo studio di R. Esposito, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002.

¹²⁸ Per un'acuta analisi delle ricadute dell'utilitarismo benthamiano sulle teorie contemporanee intorno alla funzione del processo civile, e in particolare per una condivisibile critica della teoria della meritevolezza dell'azione e della tutela, v. A. Panzarola, *Jeremy Bentham e la «proporzionate justice»*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1459 ss. Si ritiene comunemente che, rispetto invece al paternalismo vero e proprio, la posizione di Bentham sia ancora più critica di quella del J.S. Mill, *On liberty*, trad. it., *Saggio sulla libertà*, Milano, 2009; cfr. P. Calonicco, *L'antipaternalismo di Jeremy Bentham: dal Panopticon alla House of Industry*, in *Ragion pratica*, 2021, 495 ss.

¹²⁹ C. Laval, *The Invisible Chain: Jeremy Bentham and Neo-liberalism*, in *History Of European Ideas*, 43, 1, 2017, 34 ss.; M. Bozzo-Rey, *Le droit comme système de contrôle social*, in <https://www.researchgate.net/journal/Revue-Detudes-Benthamiennes-1760-7507>. Sulla connessione fra *nudge* e neoliberalismo, in Italia v. O. Giolo, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020, 5, 30, anche per la connessione col tema della *soft law*.

mo minore familiarità, ma senza il quale non riusciamo a comprendere correttamente il neoliberalismo contemporaneo»¹³⁰.

Il *nudge* finisce per essere, in tale schema, il dispositivo di questo potere, che è tanto flessibile, fluttuante e mutevole quanto richiede di esserlo l'insieme dei meccanismi che rendono possibili i processi di assoggettamento al potere connotato utilitaristicamente come governo degli interessi¹³¹. L'influenza paternalistica si allea con la libertà individuale¹³², creando all'interno del *nudge* le condizioni di questa convergenza¹³³.

Nell'epoca neoliberale, quindi, il *nudge* emerge come una sorta di meccanismo correttivo tra la tendenziale incompatibilità del diritto col soggetto di interesse, tra l'*homo juridicus*¹³⁴ e l'*homo economicus*¹³⁵. Si configura, così, una strategia normalizzante¹³⁶, un potere che, come una "catena invisibile", cerca di evitare l'azione repressiva plasmando desideri legittimi¹³⁷. Torniamo nuovamente a Bentham, e al suo noto modello di "legislazione indiretta", che vede la coercizione come segno di fallimento del sovrano e come costo, mostrando al contrario i vantaggi della prevenzione e dell'indirizzare le motivazioni verso l'utilità generale¹³⁸.

¹³⁰ M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, 35.

¹³¹ P. Miller, N. Rose, *Governing the Present. Administering Economic, Social and Personal Life*, Cambridge, 2008; M. Dean, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Thousand Oaks, 2010. Sul concetto di "dispositivo" in Foucault, si veda A. Barron, *Foucault and Law*, in J. Penner, D. Schiff, R. Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory*, Oxford, 2002, 960.

¹³² Per una recente critica al tentativo di conciliare la concezione utilitarista coi i diritti di libertà e sociali, che dovrebbero far parte di qualunque teoria della giustizia accettabile, cfr. G. Maniaci, *Addio all'utilitarismo?*, in *Ragion pratica*, 2021, 429 ss. Come noto, il dibattito sull'utilitarismo riguarda questioni giuridiche e morali su cui molto si è discusso e si discute: la liceità/illiceità della prostituzione, dei rituali religiosi di flagellazione della carne, della vendita e del consumo di sostanze stupefacenti, dell'eutanasia, del suicidio assistito, degli sport molto pericolosi, fino a casi estremi come la possibilità di vendere i propri organi o di vendersi come schiavi. Sul punto, per la tesi antipaternalista, v. ancora G. Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012. D'altra parte, come si sta argomentando nel testo, la critica antipaternalistica tipica del liberalismo e della democrazia non esclude, ad ogni modo, forme anche consistenti di intervento dello Stato in materie che sembrerebbero prerogativa dell'autodeterminazione individuale. Cfr. M. Cuono-R. SAU, *Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale*, in *Meridiana*, 2014, 29 ss. Sui rapporti spesso non lineari tra utilitarismo e paternalismo, sia giuridico che libertario, v. G. Pellegrino, *L'utilitarismo e la dissoluzione del paternalismo*, in *Ragion pratica*, 2021, 475 ss.

¹³³ M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 296. Sul punto v. anche M. Miravalle, *Gli orizzonti della teoria del nudging sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 441 ss.

¹³⁴ A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, 2006.

¹³⁵ S. Caruso, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze, 2012, richiamato dallo stesso A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 22, nota 29.

¹³⁶ J. Martire, *La montée en puissance des nudges: l'histoire d'une normalisation*, in *Nudges et normativités*, Paris, 2018, 113.

¹³⁷ C. Laval, *The Invisible Chain: Jeremy Bentham and Neo-liberalism*, cit., 35.

¹³⁸ Ivi, 44.

Anche se Sunstein e Thaler non richiamano mai questa ascendenza culturale, non per questa essa può essere ignorata, anzi.

Certo, abbiamo visto come non vi siano solo ricostruzioni entusiastiche attorno all'economia comportamentale ed alla sua rilevanza nelle strategie regolatorie contemporanee. Ma si tratta di approcci che, nel provare a legittimare – circoscrivendo e limitando ex ante ed ex post – le policy di *nudge* non sembrano cogliere fino in fondo la profondità della sfida biopolitica.

La relazione dialettica tra *nudging* e diritto sembra prendere infatti la forma della foucaultiana «invasione del diritto da parte delle norme»¹³⁹. In questo senso il *nudge* presenta due caratteristiche profonde, che la critica giuridica *mainstream* non sempre riesce a cogliere: il fatto di (i) non essere assiologicamente neutro, e di (ii) realizzare uno specifico modello di razionalità normativa¹⁴⁰. L'aporia del paternalismo libertario viene così svelata in tutta la sua portata dirompente, lungi dal potere essere “addomesticata” con le categorie più consuete all'amministrativista della trasparenza, del principio di legalità, del sindacato giurisdizionale.

Come detto, per Sunstein e Thaler il *default* non limita la libertà di scelta anche se predispose il suo inquadramento¹⁴¹, e nonostante il fatto che la costruzione di un certo framing della scelta (inevitabile e non neutrale) dipenda necessariamente dal lavoro di un architetto.

A ciò si replica che l'intento del nudger è agire sul versante dell'enforcement non tramite la coercizione ma tramite la normalizzazione, con la conseguenza che il paternalismo dei mezzi finisce per essere un ostacolo all'esercizio della libertà individuale in senso liberale¹⁴². Si ritiene, cioè, che le architetture della scelta finiscano per uniformare gli orientamenti soggettivi verso standard oggettivi di bene. Si mette così al centro di nuovo il tema della manipolazione e dell'omogeneizzazione dei comportamenti, vista come scenario coerente col controllo e la previsione delle condotte, quindi con la loro anticipazione. Ma soprattutto, per quanto qui più interessa, tale approccio è collegato all'acquisizione foucaultiana secondo cui il liberalismo non coincide più con lo stato minimo, ma al contrario con l'ideale di stato forte, governabile, efficiente, “paterno”. In un'ottica neolibérale, paternalismo e libertarismo sono perfettamente coerenti. Peraltro, come si è mostrato in più casi, un chiaro sintomo del rafforzamento del sistema neoliberale è il fatto che le politiche paternalistiche pubbliche sono predisposte in collabora-

¹³⁹ Cfr. M.A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique*, in RTD, 1998, 43 ss. Sui mutamenti della normatività si veda anche J. Chevallier, *L'état post-moderne*, Paris, 2008.

¹⁴⁰ M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 384.

¹⁴¹ Osserva R. Viale, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Bologna, 2018, 159, come il *nudge* per eccellenza – oltre che quello maggiormente sottoposto a critiche – sia proprio quello fatto di opzioni di *default*.

¹⁴² M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 385.

zione con soggetti privati, e a volte ne risulta alternata la stessa nobile idea di “cittadinanza attiva”, portato della sussidiarietà orizzontale. Il sospetto che in questa rete solidale di iniziative pubblico-private si possa operare in vista del disciplinamento cresce a dismisura¹⁴³. Si attua, così, l’ennesimo *detournement*, nella misura in cui, a dispetto delle prospettate liberalizzazioni e deregolamentazioni, pubblico e privato operano assieme in pratiche ancora fortemente burocratizzate, disciplinanti ed *enforcing*. Nel quadro neopaternalista il declino della concezione normativistica e liberale si accompagna a un processo in cui le norme generali e astratte sono sostituite dal *soft law* delle spinte gentili, in cui si considera pure la performatività del lessico di tale “diritto debole”, che annacqua pure i tradizionali steccati pubblico-privato, configurandosi come diritto comune “debole” di questa fase governamentale¹⁴⁴.

Non stupisce, in questo senso, che l’acme del *new public management* sia sfociato in un fallimentare disegno neo-weberiano che, assieme alla persistente cattura amministrativa della politica, ha determinato l’autunno dell’efficienza amministrativa¹⁴⁵.

Insomma, grazie alla dicotomia foucaultiana tra legge e norma e alla lettura del *nudge* come dispositivo normalizzante abbiamo dato valore alla premessa non giustificata della “necessità del paternalismo”¹⁴⁶. Non c’è opposizione tra potere e libertà, ma un complesso scenario dialettico governamentale in cui gli individui vengono coinvolti entro un’architettura prefigurata di scelte dalle istituzioni pubbliche-private, che inducono i primi a legare la realizzazione dei propri interessi agli interessi di tutti e di ciascuno.

Il diritto si sta tramutando in qualcosa di altro da sé, o per mancanza di ragioni a monte o per mancanza di ragioni a valle: o perché gli effetti normativi non sono più il frutto di una scelta razionale di un legislatore tra alternative possibili o perché si producono senza dovere trarre la loro forza motivante dalla creazione di incentivi razionali per i consociati. Un esempio emblematico di mancanza di ragioni a monte è dato dagli interventi legislativi che si realizzano per effetto di dinamiche di mercato. Questi non sono interpretabili come momenti di scelta consapevole di agenti tra valori etici antagonisti, ma più che altro come effetti pratici di leggi macroeconomiche. Un altro caso è rappresentato dall’integrazione all’interno del tessuto giuridico tradizionale di norme tecniche, che producono effetti sulla società, in termini di standardizzazione e limitazione della libertà, senza essere imputabili alla volontà di un legislatore. Un caso di mancanza di

¹⁴³ M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 402.

¹⁴⁴ Cfr. M. Protto, *Il diritto debole*, Torino, 2019. Aa.Vv., *Il diritto debole. Mutazione del diritto e nuove forme di normatività*, cit.

¹⁴⁵ R. Ursi, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, cit., spec. 231 ss.

¹⁴⁶ M. Galletti, S. Vida, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, cit., 404.

ragioni a valle invece è invece rappresentato da disposizioni ispirate alla teoria del *nudging* che non trattano i consociati come interlocutori razionali, ma piuttosto come cani di Pavlov, prevedibilmente portati per fattori psicobiologici a rispondere a certi input con determinati output¹⁴⁷.

È un bene che finalmente in Italia il dibattito sia avviato anche fra i giurispubblicisti, ed è ancor più importante che si inizi a comprendere quale è la posta in gioco, ovvero la radicale modificazione delle tecniche di potere (anche giuridico)¹⁴⁸, se è vero che il potere è la definizione dell'essere, il tratto distintivo dell'esistenza reale¹⁴⁹.

¹⁴⁷ M. Taroni, M. Ubertone, *Il diritto debole. Un'introduzione*, cit., 8.

¹⁴⁸ Come Zito ben mostra, v. *supra*.

¹⁴⁹ Platone, *Sofista*, Torino, 2008, 247.

Spinte gentili per la pubblica amministrazione?

Nell'articolo si analizza un interessante libro su *nudge* e pubblica amministrazione, sviluppando due punti di osservazione: quello dell'uso dell'economia comportamentale e del *nudge* nella lotta alla pandemia e quello, più prospettico, di talune innovative politiche pubbliche ispirate ai dettami delle scienze cognitive e del *behavioural law*. La parte finale del lavoro è dedicata ad evidenziare luci e ombre di tali prospettive. Se da un lato è sicuramente importante che il giurista positivo prenda consapevolezza dei tanti spunti che vengono dal dibattito sulle tecniche di governo neoliberali, anche con riferimento ai caratteri del pubblico potere, dall'altro restano aperte tante questioni, come quella della dubbia utilità strategica di un *nudge* trasparente e partecipato, che pure sembrerebbe giuridicamente più coerente con la sensibilità contemporanea.

Nudging in public administration?

The article analyses an interesting book about the concept of *nudge* and public administration, developing two level of observation: the one about the use of behavioural economics and of the nudge in the fight against the pandemic and the other one, more prospectively, about the innovative public policies inspired by the dictates of cognitive sciences and behavioural law. The final part of the work is dedicated to highlighting the lights and shadows of these two perspectives. While from one hand, it is certainly important for the positive jurist to become aware of the many ideas that come from the debate on neoliberal governance techniques, also with reference to the characteristics of public power, on the other, many other questions remain open, such as the one around the strategic uselessness in terms of effectiveness, but at the same time of the legal need to have a transparent and participatory nudge.