

RECENSIONE A ALBERTO ZITO, *LA NUDGE REGULATION NELLA TEORIA GIURIDICA DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO*, EDITORIALE SCIENTIFICA, NAPOLI, 2021. *

FULVIO CORTESE**

* Contributo non sottoposto a referaggio in conformità al Regolamento della Rivista.

**Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Trento.
Contatto: fulvio.cortese@unitn.it.

Sulla copertina dell'edizione italiana di un *pamphlet* di Cass R. Sunstein campeggia un estratto assai suggestivo: “La libertà di scelta non è abbastanza. Per essere liberi, dobbiamo anche essere in grado di navigare attraverso la vita. Le persone spesso hanno bisogno di una sorta di dispositivo GPS che le aiuti a giungere dove vogliono andare – si tratti di salute, denaro, lavoro, dei figli o delle relazioni” (*Sulla libertà*, Torino, Einaudi, 2020). Con tutta probabilità è il più efficace compendio di uno dei noti percorsi intellettuali in cui l'influente giurista d'Oltreoceano si è impegnato negli ultimi anni: dimostrare che, se è vero che le tradizionali, comuni regole giuridiche, quelle elaborate dallo Stato e dagli altri poteri pubblici, rappresentano pur sempre un caposaldo irrinunciabile della civiltà occidentale, è altrettanto vero che esse non riescono a garantirci fino in fondo un concreto spazio di accesso a una piena realizzazione di noi stessi; e che, dunque, c'è bisogno di altro, di un diverso sistema di orientamento – un “navigatore”, per l'appunto – che veicoli i nostri comportamenti verso azioni e *goals* che, nel recare un vantaggio per la collettività, ci aiutino a guadagnare benefici anche per la nostra dimensione personale. È così che, a supporto di questa ambizione, dovrebbe soccorrere la *nudge theory* (o teoria della spinta gentile), l'approccio concettuale-pratico che proprio Sunstein, assieme a Richard H. Thaler (i cui studi sull'economia comportamentale gli hanno fatto meritare il Nobel nel 2017), ha proposto nel 2008, pubblicando per Yale University Press uno dei saggi più letti, discussi e criticati degli ultimi vent'anni (*Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*: ed. it. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009). Il libro di Alberto Zito si inserisce nell'ampia serie di contributi volti a verificare e misurare la tenuta della proposta di Sunstein e Thaler, cercando, più in particolare, di tradurne i contenuti in un modo che possa essere compatibile con gli assunti e con le trasformazioni più recenti del diritto amministrativo (il sottotitolo del volume, da questo punto di vista, anticipa in maniera assai puntuale quale sia la posizione del lavoro nei confronti della ricostruzione che ne forma oggetto “Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni”). Coerentemente con questa finalità, Zito ha suddiviso la sua esposizione in due parti: la prima è volta a chiarire che cosa sia la *nudge theory* e quali siano i profili di contatto, come di attrito, con gli assunti della scienza giuridica; la seconda ha lo scopo di avanzare a sua volta una lettura contestualizzata di quell'impostazione, per tracciare delle rotte interpretative che ne permettano, per così dire, una comunicazione armoniosa con alcune irrinunciabili coordinate giuspubblicistiche. Prima di svolgere qualsiasi genere di commento, è opportuno riepilogare i contenuti essenziali di questa scansione argomentativa. Innanzitutto l'Autore illustra che cosa sia la *nudge theory*. Poiché non ci sono decisioni umane che non vengano condizionate da un contesto di riferimento e da *bias*

o errori cognitivi (gli esseri umani sono tutt'altro che razionali, risultando influenzati da molteplici fattori, quali la propensione all'inerzia o al mantenimento dello *status quo* o alla non curanza circa gli effetti delle scelte o all'imitazione o al farsi veicolare dal *frame* informativo di riferimento etc.), è possibile "spingere" gli individui ad assumere certe decisioni per mezzo di un'appropriata costruzione di tale contesto. Ed è possibile farlo in modo che, proprio per il tramite di "pungoli" derivanti dalla posizione del contesto adatto, essi optino per decisioni che aumentano il loro benessere e che, simultaneamente, abbiano effetti positivi anche su quello generale. Sicché, ad esempio, se l'amministrazione sanitaria invita periodicamente i cittadini a sottoporsi ad un check-up gratuito al fine di prevenire l'insorgere di alcune malattie, ciò non significa che si obblighi qualcuno a sostenere degli esami diagnostici; gli si offre una scelta in cui viene "incoraggiato" a sottoporsi ad un controllo, utile per se stesso come per la comunità. Per Zito la *nudge theory*, che a rigore può applicarsi anche alle relazioni tra soggetti privati, quando coinvolge l'azione dei pubblici poteri è meno problematica che in altri ambiti. Infatti, il paradigma di paternalismo libertario che è ad essa sotteso – e in cui non è semplice definire il limite oltre il quale la "spinta" leda la libera autodeterminazione dei singoli – è sfumato dalla circostanza che i fini verso i quali le decisioni di contesto sono indirizzabili non possono che essere quelli stabiliti dalla legge; e d'altra parte "l'azione amministrativa, quando interviene sui comportamenti individuali in nome della cura dell'interesse pubblico, è per definizione paternalistica" (p. 33). L'Autore, per un verso, osserva che, in astratto, il *nudging* sembrerebbe dissolvere i caratteri classici della regolazione giuridica nel complesso delle interazioni sociali, poiché renderebbe assai arduo distinguere le relazioni governate dal diritto da quelle in cui tenere un certo contegno non corrisponda a obblighi veri e propri, né sia sanzionato in qualche modo. Eppure – nota lo stesso Zito – il rischio di tale indistinzione è destinato a diminuire laddove l'architetto delle decisioni di contesto si ponga in una posizione di strutturale asimmetria rispetto ai singoli decisori individuali, perché dotato – come può esserlo la p.a. – della capacità di utilizzare sistematicamente e continuativamente, mediante un'organizzazione stabile, conoscenze e tecniche scientifiche sofisticate (nel caso, quelle derivanti dalle acquisizioni delle scienze comportamentali), al fine di indurre i soggetti operanti nel contesto ad assumere decisioni, pur senza costrizione. Per l'Autore, in definitiva, questa è posizione in tutto e per tutto assimilabile alla consueta fattispecie in cui viene esercitato un potere giuridico, con tutte le questioni (ad esempio, quelle concernenti la trasparenza) che sono tipiche dell'azione amministrativa. Di fronte alla domanda se, nonostante ciò, la *nudge theory* altro non sia che una via per rendere molto più incerto il confine tra ciò che attiene all'autonomia delle persone e ciò che viene deciso altrove – con il rischio di facilitare la cattura di questo secondo

livello decisionale da parte di forze economiche cui le opzioni dei singoli non sono affatto indifferenti – Zito svolge una serie di annotazioni intelligenti, che non si limitano a riferire i punti forti e i punti deboli delle letture decostruttive finora proposte o delle controdeduzioni presentate da Sunstein. È vero, ad esempio, che una delle fondamenta di un sistema giuridicamente regolato è che il veicolo delle scelte eteronome dev'essere chiaro e deve, soprattutto, dare ragione esplicita di ciò che giustifica quelle scelte; e che, pertanto, ogni sistema giuridico è pensato e costruito, proprio per tale motivo, come fenomeno razionale, nel quale chi agisce deve poter scegliere in modo responsabile, non automatico. Ma è altrettanto importante riconoscere che, pur a fronte di tali principi, assumere una posizione radicalmente *no nudge* equivarrebbe a svalutare le potenziali ricadute positive in termini di efficacia e di risparmio di spesa, quali sussumibili, almeno in parte, in realizzazioni coerenti del principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Di più: per Zito sarebbe importante anche non cadere del tutto nella trappola relativa alla stigmatizzazione delle invasioni di campo che le scienze comportamentali potrebbero fare nei rispetti della scienza giuridica, poiché i temi implicati dalla *nudge theory*, lungi dall'essere estranei al giurista, impongono una nuova riflessione sull'effettività del diritto stesso. In questa prospettiva, anzi, si potrebbe riscoprire il valore dell'effettività, concepita come nozione funzionale a ragionare sull'efficacia dell'azione amministrativa in termini di perseguimento di un reale risultato e di un verosimile, materiale adeguamento dei comportamenti delle persone a quelli ritenuti *ex ante* utili dai pubblici poteri per il perseguimento di finalità pubbliche; in sostanza, come una delle componenti costitutive dell'ordinamento giuridico. È per questo che, senza negare l'estrema rilevanza del discorso giuridico tradizionale, “è giunto il momento di riconoscere che la scienza giuridica non solo non possa più continuare ad operare ignorando i risultati che le predette scienze [comportamentali, n.d.r.] forniscono e (ragionevolmente sempre più) forniranno, ma debba sforzarsi di integrarle per affinare il modello cui fare riferimento” (p. 84). Su queste basi, l'Autore descrive alcuni lineamenti sistematici di quello che può configurarsi come un legittimo agire amministrativo tramite *nudging*: mediante un'operazione, cioè, che muove dalla riconfigurazione del potere amministrativo da situazione giuridica soggettiva che si esercita nella produzione di un effetto giuridico autoritativo (quale misura ritenuta di per sé idonea a garantire la prevedibilità di successo dell'azione intenzionale) a *power of influencing* (quale espressione, à la Foucault, di un potere governamentale, ossia di una prerogativa che si traduce nell'orientare l'azione altrui mediante dinamiche spontanee sollecitate indirettamente: il rinvio al pensiero del celebre studioso francese è espresso: p. 92). Quanto Zito tenta di mettere in opera, dunque, è un atto di esplicita e cosciente *giuridificazione* di questa seconda tipologia di potere; vale a dire, di riconduzione dello

stesso nell'alveo del principio di legalità (pp. 97 ss.), che viene, tuttavia, riqualificato, da un modello esclusivamente corrispondentista, esecutivo e ipotattico a un modello teleologico, progettuale e paratattico. In quest'ottica, l'Autore valorizza alcuni indici sintomatici di questa riqualificazione possibile, reperibili in alcune evoluzioni giurisprudenziali, specie in quelle sui cc.dd. "poteri impliciti" (v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, n. 879/2020), laddove, ai fini dello scrutinio di legalità, "a contare molto è soprattutto il fatto che il potere risulti correttamente finalizzato a raggiungere l'obiettivo, ossia la cura dell'interesse pubblico" (p. 101), e ad essere infine indispensabile è la "legalità procedurale, ossia il rispetto del principio della partecipazione e del contraddittorio procedimentale" (p. 108). Applicando simili coordinate, Zito – che ritiene che la "spinta gentile" possa collocarsi nel *genus* dei poteri impliciti ora richiamati, perché "ricompreso, per un rapporto di implicazione diretta, nei poteri espressamente riconosciuti" dalla legge alla p.a. (p. 112) – considera compatibile, e dunque legittimo, il *nudging* che risponda ad alcuni requisiti: a) il *power of influencing* che lo alimenta sia strettamente funzionale alla cura dell'interesse pubblico, e quindi si realizzi stimolando comportamenti individuali che alla stregua di un'interpretazione teleologica e sistematica del complesso normativo rilevante risultino essenziali in tal senso; b) l'opzione di ricorrere al *nudging* venga svolta al "livello della decisione avente natura politico-amministrativa" (p. 116), che dovrà aprirsi alla partecipazione – la più inclusiva possibile – e risolversi nella formulazione degli indirizzi strategici per i successivi atti gestionali di posizione delle decisioni di contesto di volta in volta necessarie. Riassunti così, in estrema sintesi, i contenuti portanti del volume, si può affermare che la traiettoria seguita dal suo Autore è estremamente interessante. Lo è senz'altro sul piano della disposizione d'animo dello studioso, perché Zito ribadisce, anche in conclusione, che "l'atteggiamento" che lo ha ispirato è "la convinzione che, in presenza di fenomeni che traggono origine da acquisizioni scientifiche, sia inutile, se non dannoso, tentare un'opposizione ad essi per il solo fatto che non sembrano rientrare agevolmente dentro l'orizzonte del discorso giuridico" (p. 120). Pertanto, pure nel caso della *nudge theory* – e su tale affermazione non si può che convergere – è sempre preferibile proporre "una ricostruzione che possa essere utile per governare ed utilizzare il nuovo strumento regolatorio" (ibid.). Tanto più che una tale opzione può rivelarsi feconda anche sul piano metodologico, visto che costringe il giurista a ricorrere a tutta la sua cassetta degli attrezzi e a forgiarne, se necessario, anche di nuovi, soppesando vecchie soluzioni (e connesse alternative speculative), e regolando, a sua volta, il macchinario a disposizione. È un aspetto, quest'ultimo, che, nel saggio di Zito, si può cogliere soprattutto nell'apparato critico che accompagna il ragionamento. Non solo per la ricchezza di riferimenti a contributi che non hanno mai smesso di far pensare (come sono quelli di Antonio Romano

Tassone o di Lucio Iannotta in materia di amministrazione di risultato). In realtà, è proprio nell'accostamento con (e tra) le note che emerge il senso, o il precipitato, di alcune rimediazioni complessive. Così è, ad esempio, nel raffronto tra quanto riferito sulle posizioni che sarebbe possibile esprimere circa il rapporto tra diritto e altre scienze (p. 48, nt. 61) e quanto successivamente rievocato sul concetto di potere (p. 87, nt. 30); raffronto dal quale scaturisce l'impressione chiara che la ricostruzione offerta nel volume, mentre si distanzia dalla rigida logicità di alcune letture classiche sui connotati della giuridicità, tende comunque a riaffermarne la priorità, questa volta sul piano assiologico, quando si tratti di consegnare una veste, sia pure inedita, ma formalizzata, e come tale trasparente e controllabile, alle decisioni organizzative in punto di *nudging*. V'è anche da dire che l'atteggiamento e l'approccio metodologico che Zito assume aprono anche la strada ad una lezione – se così si può definire – di normalizzazione del dibattito scientifico: un po' perché contribuiscono ad evitare di procedere per polarizzazioni eccessive; un po' perché indirizzano ad analisi circostanziate e culturalmente consapevoli; un po' – ancora – perché traggono la possibilità di ripescaggi ulteriori, lasciando spazio alla riscoperta di discipline da tempo abbandonate da parte dei giuristi. Dal primo punto di vista è esemplare il modo con cui Zito (pp. 58 ss.) oppone il pensiero di Sunstein a quello del suo critico più determinato (P. Cserne): già in quel caso, infatti, ci aiuta a capire che, in un discorso scientifico, un'illustrazione per antipodi non aiuta quasi mai. Ma Zito, del resto, ammonisce anche che la *nudge theory* nasce nel brodo di coltura di un certo dibattito statunitense (p. 57) e che, quindi, la sua valorizzazione in uno scenario differente non può che essere praticabile soltanto se non per mezzo di una riformulazione di quella medesima impostazione. In proposito, e nell'assenza di un testuale richiamo da parte dell'Autore, si potrebbe rinverdire la direzione teorica presupposta ad un illuminante monito di Giuliano Amato, allorché, nel 1997, in esordio ad un saggio sulle autorità indipendenti, invitava gli interpreti a non trasporre, *sic et simpliciter*, il modello nordamericano nel contesto europeo, e ciò perché, mentre il primo risulterebbe finalizzato ad un'azione di *regulation*, il secondo, invece, sarebbe motivato da un generale movimento di *de-regulation* (v. *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 645-664). È un'intuizione che dice molto sullo sguardo che si dovrebbe assumere, dalla “vecchia” Europa, anche nei confronti della *Stimmung* del lavoro di Sunstein, che parte da lontano, poggia su un'idea specifica (tutta americana) della libertà (i più curiosi potrebbero accorgersene, con qualche divertimento, leggendo il saggio su *Il mondo secondo Star Wars*, pubblicato nel 2016 e subito tradotto in italiano per Università Bocconi Editore) e si riallaccia alle grandi meditazioni che Oltreoceano, anche in anni recenti, sono state riproposte in merito all'identificazione di quelli che sono gli scopi ultimi della convivenza civile (v. per tutti,

R.B. Reich, *The Common Good*, New York, Alfred A. Knopf, 2018) e di come si possa concepire – sempre nella medesima prospettiva – il ruolo essenziale dell’amministrazione (v. C.R. Sunstein, A. Vermeule, *Law&Leviathan. Redeeming the Administrative State*, Cambridge, Massachusetts-London, Harvard University Press, 2020). Il libro di Zito, infine, può avere il merito di sollecitare gli amministrativisti a riallacciare i rapporti con la scienza dell’amministrazione, e a farlo con un contegno equilibrato, nel quale il ruolo della disciplina giuridica non è per nulla recessivo, ed anzi viene riaffermato in un contesto di ricerche e di approfondimenti, anche pratici, nei quali tesaurizzare e orientare efficacemente – nell’orbita dello Stato democratico e sociale – gli altri saperi e le corrispondenti tecniche (quanto i rapporti tra diritto amministrativo e scienza dell’amministrazione siano stati rilevanti in una certa fase di crescita delle istituzioni pubbliche nazionali, e quanto la loro interruzione sia stata dovuta all’affermarsi accademico di una specifica dottrina disciplinare, avanzatissima, ma esclusivista, è oggi oggetto di attenta ricostruzione in A. Rapini, *A Social History of Administrative Science in Italy. Planning a State of Happiness from Liberalism to Fascism*, palgrave macmillan (Springer), Cham, 2022). Ad ogni modo, al termine della lettura di questo piacevole viaggio, alla ricerca di una legittimazione amministrativa della *nudge regulation*, va evidenziato soltanto un profilo, che per vero trascende i limiti di una riflessione esclusivamente amministrativistica, e che riguarda, più che altro, una sorta di precisazione sulla grandezza della *messa a fuoco* del tema studiato. Il quale, come si è visto, nella prospettiva (di atteggiamento come di metodo) dell’Autore, pare configurarsi come un’eccezione al manifestarsi del generale paradigma autoritativo tradizionale, in coerenza con l’idea che sia la prima a doversi adeguare alle pregiudiziali assiologiche del secondo. Il fatto è che, a rigore, nella visione più ampia delle relazioni intersoggettive – quale è presupposta alle scienze comportamentali – è il sistema di *law as guidance* ad essere una *species* di un intreccio più articolato di sollecitazioni; di quelle sollecitazioni, cioè, della più varia natura, e dai più vari condizionamenti, che possono “spingere” un attore sociale ad assumere le più varie decisioni, e a farlo, paradossalmente, anche nei confronti dei comandi giuridici (secondo le opzioni di *exit*, *voice* o *loyalty* di cui scriveva A.O. Hirschman nel suo celeberrimo studio del 1970). Se è questa la ragione della tesi (sostenuta da molti, e indicata dallo stesso Sunstein) per cui al “vecchio” bagaglio delle regole giuridiche assistite da sanzione si dovrebbe porre mano solo in via sussidiaria, allora è chiaro che i timori di quanti (anche, e specialmente, i giuristi) vedono alla *nudge theory* come ad un dispositivo potenzialmente deflagrante non sono poi così irrazionali. Quanto meno, non lo sono laddove si concepiscano quali indici rivelatori dell’intenzione riduttiva che il *nudging* potrebbe sortire nei rispetti della priorità delle regole riconosciute dal contesto ordinamentale e, più di tutto, dal contesto *par*

excellence che è dato dal tessuto costituzionale e dalla correlata teoria dell'ordinamento come fattore pressoché esaustivo di sollecitazioni comportamentali. È nella volontà di ristabilire quest'ultimo contesto quale istituzione comunque irrinunciabile che si deve saggiare il significato delle meditazioni svolte da Alberto Zito, che, dinanzi al nuovo fenomeno, trasformando questioni organizzative (ossia ordinamentali) in questioni di disciplina dell'azione e del potere (ossia regolative), riesce a setacciare ciò che del *nudging* può essere virtuoso e ad attivare, in ultima analisi, un vero e proprio *controlimite* di natura sistematica.