

MATTEO GALLETTI – SILVIA VIDA

Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario



IF PRESS

METHEXIS

- 2018/3 -

Methexis

Comitato Scientifico

Brunella Casalini (Direttore, Università di Firenze)
Maria Chiara Pievatolo (Direttore, Università di Pisa)
Nico De Federicis (Università di Pisa)
Roberto Gatti (Università di Perugia)
Roberto Giannetti (Università di Pisa)
Michele Nicoletti (Università di Trento)
Claudio Palazzolo (Università di Pisa)
Gianluigi Palombella (Università di Parma)
Salvatore Veca (Università di Pavia)
Danilo Zolo (Università di Firenze)

MATTEO GALLETTI – SILVIA VIDA

Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario



IF PRESS

Il presente volume è stato sottoposto a processo di *double blind peer-review*.

Questo libro è il frutto di una ricerca comune. Silvia Vida è autrice dei capitoli 1, 5, 6, 7 e 8. Matteo Galletti è autore dei capitoli 2, 3 e 4. L'Introduzione è di entrambi.

Copyright © 2018 by IF Press srl
IF Press srl - Roma, Italia
info@if-press.com - www.if-press.com

ISBN 978-88-6788-162-8

INDICE

Introduzione (Matteo Galletti, Silvia Vida)	7
1. <i>Che cos'è il nudge</i> (Silvia Vida)	20
1. Le basi scientifiche, p. 20 – 2. «Libertarian Paternalism», p. 26 – 3. Antropologia differenziale, p. 32 – 4. Architetture della scelta, p. 35 – 5. Paternalismo: <i>hard</i> e <i>soft</i> , p. 39 – 6. Una vita più semplice, p. 44 – 7. Gli architetti all'opera, p. 49 – 8. Un'autonomia prevedibile, p. 51 – 9. Il <i>nudge</i> tra scienza e politica, p. 55 – 10. Oltre il <i>nudge</i> ?, p. 60.	
Prima parte: Etica e paternalismo libertario	63
2. <i>Un'analisi delle basi empiriche della teoria</i> (Matteo Galletti)	65
1. Questioni di metodo, p. 65 – 2. Limiti cognitivi?, p. 73 – 3. Effetti <i>framing</i> , p. 75 – 4. Statistiche, p. 83 – 5. Educare e potenziare, p. 86 – 6. L'interesse a comportarsi razionalmente, p. 94 – 7. Ragioni per agire, p. 98 – 8. Oltre la descrizione, p. 108.	
3. <i>Il paternalismo libertario è manipolatorio?</i> (Matteo Galletti)	111
1. Ristoranti e manipolazioni, p. 111 – 2. Tipi di spinte gentili, p. 114 – 3. Le spinte gentili sono manipolatorie?, p. 118 – 4. Manipolazioni e inganni, p. 126 – 5. Autonomia, p. 132 – 6. Trasparenza, p. 136 – 7. Evitabilità, p. 142 – 8. Fiducia, p. 150.	
4. <i>Preferenze e benessere</i> (Matteo Galletti)	154
1. Fini, mezzi e valori, p. 154 – 2. L'argomento epistemico, p. 161 – 3. Quali preferenze?, p. 167 – 4. Preferenze autentiche, p. 174 – 5. Benessere, p. 180 – 6. Meta-scelte. Virtù e limiti di un approccio deliberativo, p. 187 – 7. Dignità, p. 188.	
Seconda parte: Politica, diritto e paternalismo libertario	195
5. <i>Tutta colpa del paternalismo</i> (Silvia Vida)	197
1. Paternalismo post-ideologico, p. 197 – 2. Paternalismo <i>soft</i> e autonomia, p. 200 – 3. Paternalismo necessario, p. 206 – 4. <i>Hard</i> è	

miglior di *soft*?, p. 209 – 5. Paternalismo non necessario, p. 217 – 6. Colpa del paternalismo, p. 222.

6. *Il nudge viene da lontano. legislazione indiretta e altre strategie oblique* (Silvia Vida) 227

1. Il *nudge* è ideologico, p. 227 – 2. *Nudge* utilitaristico e paternalismo neoliberale, p. 230 – 3. Definizioni, p. 238 – 4. Legislazione diretta e indiretta in contesto, p. 242 – 5. Strategie oblique I: sanzione e prevenzione, p. 253 – 6. Strategie oblique II: incentivi e controllo del comportamento, p. 263 – 7. La transizione paradigmatica, p. 267 – 8. Strategie oblique III: l'efficacia del *nudge*, p. 276 – 9. Strategie oblique IV: *nudge* e democrazia, p. 283 – 10. La razionalità del *nudge*: mezzi o fini?, p. 291 – 11. *Nudge*, Bentham e Foucault, p. 295.

7. *Nudge e diritto* (Silvia Vida) 301

1. *Nudge* nel diritto, p. 301 – 2. Welfarismo e perfezionismo, p. 305 – 3. Effettività e strategie regolative, p. 312 – 4. Cosa c'entra il *nudge* col diritto?, p. 326 – 5. Tra *nudge* e diritto, p. 334 – 5.1 Norma giuridica come comando *vs.* *nudge* come consiglio, p. 335 – 5.2 Norma giuridica come *action-guiding norm vs.* *nudge* come manipolazione dell'architettura della scelta, p. 340 – 6. La colonizzazione del diritto da parte della norma, p. 343 – 7. Esperienze di *nudging* in Europa, p. 350 – 8. *Nudging*, pubblico e privato, p. 360 – 8.1. La costituzionalità del *nudging*, p. 362 – 8.2. La traducibilità giuridica del *nudging*, p. 368 – 9. *Nudge* e opinione pubblica, p. 375.

8. “*The Hand Fits the Glove*”. *Cosa unisce nudge e paternalismo* (Silvia Vida) 383

1. Paternalismo libertario come paternalismo morale, p. 383 – 2. Coerenza del paternalismo libertario, p. 391 – 3. La razionalità neoliberale del *nudge*, p. 399 – 4. Libertà vigilata, p. 406.

Bibliografia 411

INTRODUZIONE

Da oltre un decennio il mondo accademico internazionale, la politica e i media tentano di trovare una definizione condivisa del *nudge*¹, una tecnica di governo non coercitiva – una “spinta gentile” – concepita per orientare la condotta degli individui verso esiti coerenti con i loro interessi. Poiché incide sulle condotte individuali in modo invisibile, il *nudge* è poco noto all’opinione pubblica, nonostante sia diventato parte integrante della vita quotidiana di consumatori e cittadini². Costruito sulle fondamenta dell’economia e della

¹ Il termine è stato coniato da Sunstein e Thaler ed è ripetutamente utilizzato in molte delle loro pubblicazioni, tra le quali, a titolo di esempio: C.R. Sunstein, R.H. Thaler, “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, *University of Chicago Law Review*, 70, 4, 2003, pp. 1159-1202; R.H. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008; tr. it. *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano, 2009; C.R. Sunstein, *Simpler. The Future of Government*, Simon & Schuster, New York, 2013; tr. it. *Semplice. L’arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014; C.R. Sunstein, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven, 2014; tr. it. *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, Università Bocconi Editore, Milano, 2015; R.H. Thaler, *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, Einaudi, Torino, 2018; C.R. Sunstein e L.A. Reisch, “Behavioral Economics and Public Opinion. Forum: Nudging in Public Policy: Application, Opportunities and Challenges”, *Intereconomics. Review of European Economic Policy*, 53, 1, 2018, pp. 5-7.

² Per esempio, a giudicare da M. Chalabi, “Does a Government Nudge Make Us Budge?”, *The Guardian*, 12 novembre 2013, <http://www.theguardian.com>; C. Bennhold, “The Ministry of Nudges”, 7 dicembre 2013, *New York Times*, <http://www.nytimes.com>; anche su media non inglesi, ad es., E. Gless, “Le nudge marketing ou comment vendre sans contraindre”, 16 luglio 2013, *L’Express*, <http://lentreprise.lexpress.fr>, e italiani, ad es., in *Corriere della Sera*, D. Altichieri, “Nudge. Un’idea politica nuova (che piace a destra e a sinistra)”, 13 luglio 2008, http://chelseamia.corriere.it/2008/07/nudge_unidea_nuova_in_politica.html; *La Stampa*, A. Laudati, “Salvare l’ambiente con un po’ di gentilezza”, 4 dicembre 2015, <http://www.lastampa.it/2015/12/04/scienza/green-nudge-salvare-lambiente-con-un-po-di-gentilezza-fCNFoPUW4ZINy8uea6gcXJ/pagina.html>; *la Repubblica*, I.M. Scalise, “Nudging, l’economia comportamen-

psicologia comportamentali, lo strumento è ideato per sfruttare gli errori degli individui – errori di ragionamento, di valutazione, difetti della volontà, e così via – spingendoli a prendere le decisioni migliori *by default*. L'obiettivo è influenzare comportamenti e scelte negli ambiti più diversi – dall'assicurazione contro le malattie al riscaldamento del clima, passando per la gestione del risparmio individuale, la scelta del piano previdenziale, l'alimentazione, la donazione di organi – modellando il quadro di riferimento delle decisioni individuali, cioè l'ambiente in cui la scelta viene fatta³. Come vedremo, le relazioni tra il *nudge* e l'esercizio della libertà individuale e dell'autonomia di scelta sono controverse, e il sospetto che esso si trasformi in un mezzo di manipolazione delle condotte e delle scelte individuali e collettive si mostra immediatamente allo sguardo di chi ne intraprenda un esame critico⁴.

Il concetto di *nudge* e il *nudging* (le pratiche del *nudge*) sono per la prima volta compiutamente illustrati in una pubblicazione accademica che è diventata un vero e proprio bestseller: *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* di Richard Thaler e Cass Sunstein, il cui titolo non potrebbe essere più evocativo. Si tratta di “spingere gentilmente” i cittadini verso particolari scelte e condotte, sul presupposto che per affrontare «problemi pubblici gravi, come il riscaldamento globale, i cittadini dovranno essere orientati verso modelli di comportamento differenti e coinvolti nel

tale che insegna a vivere meglio”, 20 dicembre 2016, https://www.repubblica.it/salute/alimentazione/2016/09/20/news/nudging_come_fare_la_cosa_giusta-148145543/; Argomenti del Sole 24 Ore, 26 febbraio 2016, <https://argomenti.ilsole24ore.com/parolechiave/nudge.html>; A. Lebano, “Note in margine a *Nudge. La spinta gentile* di Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler”, *Biblioteca delle libertà*, 45, 197, 2010, pp. 1-4; e altri ancora all'indomani dell'assegnazione del premio Nobel per l'economia a Richard Thaler, nel 2017.

³ C.R. Sunstein, “Behavioral Economics and Paternalism”, *The Yale Law Journal*, 122, 7, 2013, pp. 1826-1899. Cfr. *Effetto nudge*, cit.

⁴ Per esempio R. Rebonato, *Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New-York, 2012, scelto da Sunstein come uno degli interlocutori in *Effetto nudge*, cit.; M.D. White, *The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

processo di cambiamento»⁵. Secondo Sunstein e Thaler, il *nudging* è un insieme di pratiche che «mantengono la libertà di scelta nel momento stesso in cui guidano le decisioni delle persone nella giusta direzione (secondo l'apprezzamento di quelle stesse persone)»⁶. Se tali pratiche sono poco note al pubblico che ne è destinatario – i *nudgee* – esse godono di un successo spesso “bipartisan” presso le élites di molti Paesi occidentali. I democratici americani e i conservatori britannici hanno abbracciato il *nudge* con entusiasmo da circa un decennio, sino a creare apposite agenzie governative, mentre un numero sempre crescente di governi si orienta nella medesima direzione⁷.

I risultati più recenti delle scienze comportamentali mostrano la possibilità di predisporre “architetture della scelta” a beneficio dei cittadini, che li incoraggino cioè ad agire in modo utile a sé e agli altri⁸. Questo significa che i singoli, agendo nel contesto “corretto” predisposto dall'autorità pubblica, sceglieranno l'opzione più giusta e benefica anche per la collettività, cioè il default annidato nella *choice architecture*. Ecco perché un *policymaker* può spingere gentilmente ma efficacemente i cittadini ad agire in un certo modo solo se è capace di cogliere e sfruttare i loro limiti cognitivi e razionali, i quali vanno quindi compresi con l'aiuto delle scienze comportamentali e poi assecondati, non combattuti (perché sarebbe inutile o troppo costoso farlo). L'idea secondo cui le persone decidono male è d'altronde ormai largamente accettata e, per i fautori del *nudge*, ha anche il pregio di essere, in un certo senso, irrefutabile⁹.

⁵ P. John, G. Smith, G. Stoker, “Nudge Nudge, Think Think: Two Strategies for Changing Civic Behaviour”, *The Political Quarterly*, 80, 3, 2009, pp. 361-370.

⁶ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 13.

⁷ Si veda cap. 7, *infra*.

⁸ Cfr. B. Jones, *Politics and the Architecture of Choice*, University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 27.

⁹ A. Alemanno, A.-L. Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective”, in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 2. Si veda anche P. Lunn, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD, Paris, 2014. Nel novembre 2014, il britannico Behavioural Insights Team (BIT, o «Nudge Unit») ha attirato l'attenzione sull'importanza dei risultati delle scien-

In *Nudge*, Thaler e Sunstein sostengono che le distorsioni cognitive (*cognitive bias*), incluse quelle dipendenti dal contesto in cui l'individuo si trova a scegliere, i cosiddetti *behavioral market failures* studiati dall'economia comportamentale, offuscano l'immagine dell'*homo oeconomicus* e delle teorie economiche e sociali che ne dipendono. Queste teorie descrivono un individuo astrattamente razionale, che premette all'azione un attento calcolo mezzi-fini e costi-benefici. L'*homo oeconomicus*, però, nella vita reale, si sbaglia: è spesso confuso rispetto ai fini da realizzare e ai valori di riferimento, per non parlare del calcolo delle probabilità. C'è quindi bisogno di "bravi pianificatori" e "utili suggerimenti", in grado di neutralizzare i pregiudizi, l'emotività, la pigrizia mentale e l'inerzia dei singoli individui, e di orientare così le loro scelte verso scopi riconducibili all'idea di benessere, anche nel quadro di programmi di pubblica utilità¹⁰. Si tratta di una vera e propria scommessa politica: il fine dichiarato, infatti, è preservare l'autonomia di scelta facendo in modo che gli esiti delle scelte individuali non siano inficiati dai bias cognitivi, e siano perciò valutabili in termini aggregati, come se la società potesse riconoscersi in un'idea di benessere omogenea¹¹. Per Thaler e Sunstein è fondamentale che i soggetti ai quali il *nudge* si rivolge non siano "forzati" a modificare la loro condotta o le loro scelte: anche se il *nudger* predispone l'opzione presumibilmente migliore per gli individui, essi mantengono la possibilità di selezionare un'altra opzione. I *nudger* lasciano fare il contrario di quanto vorrebbero

ze comportamentali in occasione del World Economic Forum organizzando un'iniziativa guidata da David Halpern e Eldar Shafir (David Halpern è lo psicologo che dirige il BIT a partire dal 2008, cioè dalla sua fondazione, fino al 2010, rimanendo senior fellow dell'Unità). Per una critica di questo assunto/truismo, sebbene minoritaria, si veda G. Gigerenzer, *Risk Savvy: How to Make Good Decisions*, Penguin Group, New York, 2014. Ce ne occuperemo nel cap. 2 di questa sezione, *infra*.

¹⁰ Cfr. Sunstein, Thaler, "Libertarian Paternalism is not an Oximoron", cit.; Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 163-164, 167. Ma è dagli anni '70 che esiste una letteratura sui riscontri empirici (comportamentali) relativi alla scelta individuale: si veda a questo proposito J. Kelly, "Libertarian Paternalism, Utilitarianism and Justice", in C. Coons, M. Weber (eds.) *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 216-230.

¹¹ Cfr. F. Orobon, "Le "paternalisme libéral", oxymore ou avenir de l'État-Providence?", *Esprit*, 7, 2013, pp. 16-29.

facessimo o che faremmo se fossimo i loro decisori ideali. La spinta gentile opera nell'interesse dei soggetti della scelta, ma permette l'*opting-out* dall'opzione predefinita¹². Sunstein può così sostenere che i *nudge* sono modi alternativi e minimamente onerosi di intervenire nelle scelte delle persone senza ricorrere alla coercizione¹³, in grado di promuovere obiettivi di governo «a basso costo e mantenendo la libertà di scelta (*low-cost and choice-preserving*)»¹⁴, tanto che il *nudging* è spesso indicato come «un'alternativa economica e intelligente alle costose misure regolative tradizionali»¹⁵.

Ciò nonostante, politiche pubbliche che dichiaratamente mirano a modificare le condotte individuali e collettive provocano una certa ansia e sollevano il sospetto che lo stato mantenga la sua aspirazione a essere “nanny state”, se non addirittura un “big brother” più sottile e invasivo perché disposto ad abbandonare ogni scrupolo liberale. Contro queste obiezioni radicali, il *nudge* pretende, proprio grazie al suo carattere *soft* o gentile, di tenere insieme democrazia, liberalismo (attraverso la conservazione dell'autonomia della scelta) e promozione attiva del benessere individuale e collettivo, con il suo inconfondibile tratto paternalistico, ma attenuato dalla compresenza degli altri elementi. Secondo i fautori del *nudge*, tra gli elementi in grado di fugare i sospetti di “totalitarismo paternalistico” ci sarebbe anche il fatto che le politiche *soft* presentano il vantaggio del riferi-

¹² Cfr. C. Jolls, C.R. Sunstein, “Debiasing through Law”, *Journal of Legal Studies*, 35, 1, 2006, p. 202. Questo «pre-commitment to regulatory tools that preserve choice» è in realtà stato giudicato come la sua maggior debolezza in R. Bubb, R. Pildes, “How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why”, *Harvard Law Review*, 127, 6, 2014, pp. 1563-1678. Robert Baldwin sostiene che non tutti i *nudge* preservano la possibilità di scelte autonome dotate di significato, e parla di «Nudges of the third degree» come quelli che modellano le decisioni e le preferenze in un modo «resistente allo spaccettamento» da parte del sistema riflessivo di un individuo. Questo significa che, in molti casi, forse i più significativi, per il *policymaking* non esiste una reale possibilità di resistenza al *nudging*: cfr. R. Baldwin, “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree”, *The Modern Law Review*, 77, 6, 2014, p. 836.

¹³ Sunstein, *Effetto nudge*, cit. p. 17.

¹⁴ C.R. Sunstein, “Foreword. The Ethics of Nudging”, in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. v-xviii, in part. p. vi.

¹⁵ Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., pp. 1-25, in part. p. 2; cfr. Thaler e Sunstein, *Nudge*, cit., p. 11.

mento a solide acquisizioni delle scienze sociali empiriche. Questo appello all'oggettività produce però un effetto collaterale inquietante: l'uso del *nudge* rende prevedibili, e quindi controllabili, le reazioni individuali e collettive che dipendono dal suo impiego¹⁶.

Da un lato, Sunstein e Thaler rivendicano l'*appeal* del *nudge*, che è *soft*, rispettoso della libertà, non coercitivo e fondato sulla scienza; dall'altro, il concetto assume una connotazione sospetta nella misura in cui evoca ogni tipo di intervento regolativo ispirato alle conoscenze comportamentali. In questo modo, la nozione di *nudge* presenta due caratteristiche problematiche: un incerto status normativo, riconosciuto dai suoi stessi creatori¹⁷, e la tendenza (forse legata a questo difetto di identità) a essere confuso con ogni tipo di regolazione *empirically informed* o *behaviourally informed*, quando in realtà designa solo specifici interventi¹⁸, cioè quelli che si coniugano col cosiddetto *libertarian paternalism*.

Dopo il *nudge*, il paternalismo «libertario»¹⁹, un altro concetto elaborato da Sunstein e Thaler, è il tema più indagato dalla letteratura critica sul *nudging*. Si può sostenere che il dibattito sul *nudge* è in gran parte fiorito sull'analisi della nozione di paternalismo libertario, della sua coerenza concettuale e dei suoi limiti politici. In quanto

¹⁶ Da questo punto di vista, sembrerebbe uno strumento ideale da usare a livello pubblico, ma anche in ambito privato – per esempio nel commercio. Si veda Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., pp. 18-19, dove si distingue tra obiettivi politici (pubblici) e commerciali (privati) nell'uso del *nudge*.

¹⁷ Si veda C.R. Sunstein, “It’s for your Own Good. Book Review of Sarah Conly’s *Against Autonomy*”, *The New York Review of Books*, 7 marzo 2013, <https://www.nybooks.com/articles/2013/03/07/its-your-own-good/>.

¹⁸ Cfr. Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., p. 5. Cfr. C.R. Sunstein, “Empirically Informed Regulation”, *University of Chicago Law Review*, 78, 4, 2011, pp. 1349-1429. Per una esplicitazione dei diversi concetti contenuti nella nozione di *nudging*, si veda Baldwin, “From Regulation to Behaviour Change”, cit., p. 836.

¹⁹ Qui si sceglie di tradurre letteralmente ‘*libertarian*’ con ‘libertario’, consapevole che questa traduzione è parzialmente imprecisa, dato che nell’accezione statunitense ‘*liberarianism*’ denota ciò che in Europa si definisce come ‘liberalismo liberista’. Thaler e Sunstein scrivono in *Nudge*, cit., p. 11 (corsivo nell’originale): «L’aggettivo *libertario*, usato come attributo di *paternalismo*, vuol dire semplicemente “che preserva la libertà”».

libertario, il paternalismo del *nudge* avrebbe la pretesa di assicurare l'esercizio dell'autonomia come condizione imprescindibile della vita democratica, pur essendo costitutivamente predisposto per regolare i comportamenti individuali dall'alto, indirizzandoli verso il benessere. In effetti, il fatto che interventi *behaviourally informed* non sempre richiedano di essere supportati da misure di tipo legislativo è talvolta presentato come un aspetto attraente per iniziative di governo in molti ambiti²⁰. Anche quando è usato in maniera non esclusiva ma in combinazione con i mezzi giuridici tradizionali (ad esempio, sanzioni amministrative), l'intervento *behaviourally informed*, e nello specifico il *nudging*, può ancora rappresentare un'alternativa meno costosa ai meccanismi di costrizione tipici del diritto²¹, anche perché gli si attribuisce la capacità di suscitare un più alto tasso di adesione spontanea²². Tuttavia non sfugge ai critici che la natura specificamente regolativa del *nudge* presenta un'insidia fondamentale: tra chi lo predispose e chi lo usa è possibile riscontrare interessi differenti e in conflitto.

Ulteriori questioni problematiche hanno a che fare con la distinzione tra *nudge* e *choice architecture*, nozioni usate di frequente in maniera intercambiabile ma che vanno invece tenute distinte. 'Architettura della scelta' si riferisce agli elementi ambientali che presumibilmente influiranno sulle scelte dei *nudgee*, elementi che un architetto della scelta si preoccuperà di arrangiare in modo conveniente. Sunstein scrive che gli architetti della scelta hanno «la responsabilità di organizzare il contesto in cui le persone compiono le loro scelte»²³. Essi strutturano gli ambienti della scelta, o modificano

²⁰ Cfr. Sunstein, "Empirically Informed Regulation", cit.; K. Yeung, "Nudge as Fudge", *The Modern Law Review*, 75, 1, 2012, pp. 122-148; T. Marteau et al., "Judging Nudging: Can Nudging Improve Population Health?", *British Medical Journal*, 342, 2011, <https://doi.org/10.1136/bmj.d228>.

²¹ A. Alemanno, A. Spina, "Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation", *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2, 2014, pp. 429-456.

²² Si veda il report L. Haynes et al., *Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials*, Cabinet Office and Behavioural Insights Team, 2012, <www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/62529/TLA-1906126.pdf>.

²³ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 12.

quelli già esistenti, rendendo una o alcune opzioni più attraenti (per esempio perché più facili da adottare) come i default, la cui scelta avviene in assenza di qualsiasi sforzo. Ma il *nudger* che Thaler e Sunstein immaginano è un tipo particolare di architetto, quello che organizza intenzionalmente un ambiente della scelta per massimizzarla rispetto a certi fini indicati come “benefici”, o *buoni* (fini economici, legati alla salute e al welfare), minimizzando i costi della realizzazione di questi obiettivi. Il *nudge* è dunque un dispositivo che possiede due caratteristiche fondamentali: la prima è che l’autorità preserva la libera scelta non impedendo la selezione di opzioni sub-ottimali da parte dei decisori individuali; la seconda è l’uso di determinate conoscenze empiriche al fine di modificare l’architettura della scelta e rendere più probabile che l’opzione ottimale, o di default, sia per lo più adottata dagli agenti decisori²⁴. Il presupposto perché si dia un *nudge*, in altri termini, è che ogni decisione venga presa in un *frame* della scelta predisposto opportunamente, facendo in modo che le architetture della scelta siano «minimamente onerose» e «choice-preserving» e conducano al benessere²⁵.

Ecco perché un altro fondamentale interrogativo che il *nudge* solleva in letteratura è il suo nesso col paternalismo libertario. Analogamente a quanto succede per l’accostamento tra *nudge* e *choice architecture*, anche quello tra *nudge* e *libertarian paternalism* non rimanda a un uso indiscriminato e intercambiabile tra paternalismo e *nudge*. L’intento paternalistico, che mostra l’anima utilitaristica della teoria del *nudge*²⁶, è suggerito nel sottotitolo del bestseller di Thaler e Sunstein che recita *Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*²⁷. L’associazione tra *nudge* e paternalismo

²⁴ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 57.

²⁵ Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., p. 7.

²⁶ Nessuna professione utilitarista da parte di Sunstein e Thaler, ma che il paternalismo libertario sia utilitaristico è argomentato nel cap. 6, *infra*.

²⁷ Affronteremo il tema a più riprese. Per ora è sufficiente segnalare che in un saggio più o meno coevo a *Nudge*, Sunstein scriveva semplicemente che «Una società sensibile non si occupa solo di “felicità” o di benessere soggettivo, sebbene entrambi siano certamente importanti»: C.R. Sunstein, “Illusory Losses”, in E.A. Posner, C.R. Sunstein (eds.) *Law and Happiness*, University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 158-159.

libertario suscita poco entusiasmo, il che non sorprende dato che è dubbio se quest'ultimo possa essere integrato nel tessuto delle democrazie liberali senza contraddirne i principi. La ragione per cui ai suoi ideatori appare invece compatibile col liberalismo è l'efficacia dei dispositivi paternalistici nel perseguire obiettivi di welfare a livello collettivo. L'efficacia sarebbe cioè la dimensione neutrale del paternalismo espresso dal *nudge*, quello che ne legittima la veste "libertaria" e consente di presentarlo come "paternalismo dei mezzi" e non dei fini. Non ci troviamo in presenza di un paternalismo "vecchia maniera" (cioè coercitivo), come scrivono i due autori, bensì di una forma di *neo*-paternalismo debole o *soft* che non ha mancato di sollevare obiezioni anche molto forti.

Accolto positivamente in certi ambienti e avversato in altri, questo approccio viene difeso dai suoi autori come una «terza via»²⁸: il paternalismo libertario migliorerebbe drasticamente le politiche pubbliche in molti ambiti, meglio di quanto facciano il liberalismo da un lato e il vetero-paternalismo (anti-liberale) dall'altro. C'è da chiedersi se questa terza via sia davvero in grado di armonizzare le istanze del welfare con la neutralità assicurata dall'efficacia delle misure libertarie. Se l'intento è libertario, o *choice-preserving*, che senso ha rivendicare il paternalismo del *nudge*? Tanto più che il dibattito sul *nudge* sembra risentire di un problema peculiare, cioè la tendenza a vederlo come inedito, come costruzione teorica di un dispositivo che non si radica in alcuna tradizione filosofico-morale, filosofico-giuridica o politica precedente. I fondatori della teoria del *nudge* mostrano una certa parsimonia (se non riluttanza) nel riferirsi a "predecessori" del calibro di Mill o Bentham. In questo sono imitati dai loro commentatori, i quali stentano a riconoscere nel *nudge* alcune eredità che forse meriterebbero di essere svelate²⁹.

²⁸ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., cap. 16.

²⁹ Cfr. ad esempio D. Brown, "Review: *Why Nudge?*, by Cass R. Sunstein", *Financial Times*, 4 maggio 2014, <http://www.ft.com>; Sunstein, "It's For Your Own Good: Against Autonomy", cit.; Chalabi, "Does a Government Nudge Make Us Budge?", cit. A sottolineare le lacune dell'analisi critica, vere e proprie "dimenticanze" da parte dei critici, si veda in particolare A. Brunon-Ernst, "Nudges and the Limits of Appropriate Interference: From J. S. Mill's Harm Principle to Jeremy Bentham's Indirect Legislation", *Journal of European His-*

Infine, non è chiaro se il *nudge* in quanto tale possa essere ritenuto diritto o essere inglobato nel diritto. La sua natura normativa, come si è detto, è incerta e di difficile definizione. Né si può dare per scontato che il crescente interesse per il *nudging* possa innescare processi di regolazione inediti, e con quali effetti³⁰, visto che, dal punto di vista sia concettuale che operativo, predispone i suoi critici e i suoi sostenitori a considerarlo come la continuazione di un programma di deregolamentazione tipicamente liberista. Parlando della sua esperienza a capo dell'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), rinato sotto l'amministrazione di Barak Obama, Sunstein è inequivocabile: «Il nostro lavoro non consiste solo nell'emanare sistemi di regole intelligenti. Ci occupiamo anche di deregolamentazione (*deregulation*)»³¹. Analogamente, la britannica "Nudge Unit" (ufficialmente, BIT o Behavioural Insights Unit collegata al Gabinetto del Primo Ministro David Cameron) ha visto nel *nudging* «un passo nel perseguimento di un programma di deregolamentazione (*deregulation agenda*)»³². Per i suoi contorni incerti e trasversali rispetto a molte categorie della giuridicità il *nudge* non è una nozione che si presta facilmente a essere integrata nel linguaggio del diritto e della teoria del diritto liberale.

Dopo l'introduzione generale al tema che occupa il primo capitolo ("Che cos'è il *nudge*"), il libro è strutturato in due parti, una dedicata agli aspetti etici del dibattito sul *nudge* (capp. 2-4) e l'altra dedicata agli aspetti politico-giuridici (capp. 5-8). Nel secondo capitolo ("Un'analisi delle basi empiriche della teoria") il paternalismo libertario è interpretato come una forma di naturalismo metodologico, che stipula un principio di "realismo psicologico", secondo cui ogni proposta normativa deve essere coerente con una descrizione

tory of Ideas, 43, 1, 2017, pp. 53-69; A. Brunon-Ernst, "Back to the Sources of Nudges", *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 99-122, in part. p. 100.

³⁰ C.R. Sunstein, "Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation", in E. Zamir, D. Teichamn (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 719-747.

³¹ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 20.

³² D. Halpern, "We Try to Avoid Legislation and Ordering", *The Guardian*, 5 febbraio 2013, theguardian.com/society/2013/feb/05/david-halpern-government-nudge-unit.

empiricamente informata della natura umana. Per valutare la tenuta del paternalismo libertario sotto questo profilo, si propone un confronto con interpretazioni alternative dei dati empirici, che suggeriscono la possibilità di evitare il ricorso a spinte gentili che sfruttano le nostre risposte automatiche e ricorrere a strategie di implementazione delle risorse riflessive; in particolare modo si farà riferimento alla teoria dei *boosting* difesa da Gigerenzer e altri. Il “corollario filosofico” di questa analisi indica la necessità di pensare in modo diverso e più esteso la gamma di stati mentali rilevanti per spiegare le scelte individuali, che si discosta dalla rappresentazione accettata dai paternalisti libertari. Il terzo capitolo (“Il paternalismo libertario è manipolatorio?”) affronta invece la questione, molto dibattuta, del carattere manipolatorio del *nudge*. Dopo aver presentato brevemente le principali teorie della manipolazione offerte dalla riflessione filosofica attuale si procede a valutare in quale senso le spinte gentili sono manipolatorie e se le condizioni proposte dai difensori del *nudge*, trasparenza ed evitabilità, siano sufficienti per evitare che le spinte abbiano un effetto manipolatorio sul comportamento degli individui. La tesi proposta è che ci possono essere situazioni in cui tale effetto è scongiurato ma il loro numero e la loro portata sono molto inferiori rispetto a quanto sostenuto dai fautori del *nudge*. La sezione si chiude con un capitolo dedicato alla relazione tra benessere e preferenze nell’ottica del paternalismo libertario (“Preferenze e benessere”). Il termine di confronto imprescindibile è ovviamente la filosofia del benessere di J.S. Mill, evocata continuamente da Sunstein. Essa è un riferimento obbligato perché, da una parte, il paternalismo libertario intende porsi nel solco della tradizione liberale e, dall’altra, cerca di rimediare alle falle di quella tradizione, dovute in gran parte all’idea di soggetto che essa postula: i limiti evidenziati dalle ricerche di psicologia ed economia comportamentali sconfessano la tesi secondo cui ciascuno è il miglior giudice del proprio bene. La relazione tra preferenze e benessere è quindi complicata da una descrizione empirica fedele della natura umana ma la rilettura del nesso offerta dai paternalisti libertari è deficitaria da più punti di vista. Un’interpretazione più ampia delle preferenze rilevanti e del benessere può addirittura rendere contro-producenti le spinte gentili, soprattutto in contesti dove gli individui devono fare scelte

decisive per la loro esistenza; inoltre gli strumenti del paternalismo libertario non sembrano sufficienti per fare i conti con l'eterogeneità dei fini e degli interessi umani e per mantenere la promessa di neutralità assiologica che i paternalisti libertari fanno quando dichiarano di non volere incidere sui fini delle persone ma solo sulla scelta dei mezzi (un tema che ricorrerà anche nella seconda parte).

La seconda parte del libro prosegue l'analisi del *nudge* concentrandosi sulla forma di paternalismo proposta e sulla tradizione giuridica in cui si possono ricomprendere le strategie di governo del comportamento messe in atto dal paternalismo libertario. Il quinto capitolo ("Tutta colpa del paternalismo") si interroga sulla natura politica del paternalismo che Sunstein e altri accettano chiedendosi se abbia davvero le virtù vantate. Il fulcro del capitolo è però una domanda ancora più urgente: il "nuovo paternalismo", che Thaler e Sunstein giustificano con le ultime scoperte in tema di *behavioural market failures* e fa ampio uso delle spinte gentili, è davvero concettualmente e normativamente necessario, o in realtà risponde a esigenze "estrinseche" al paternalismo libertario in quanto tale, come addestrare i soggetti "a razionalità limitata" a reagire più adeguatamente alle sfide del mercato? Le premesse su cui si basano i paternalisti libertari giustificano l'adozione di questa forma di neopaternalismo oppure lasciano spazio, per lo meno in alcuni settori, a politiche di intervento pubblico improntate a criteri di giustizia non paternalistici, che non necessitano del ricorso al *nudge*? Il sesto capitolo ("Il *nudge* viene da lontano. Legislazione indiretta e altre strategie oblique") ha un duplice scopo. In primo luogo, intende esplicitare la collocazione del paternalismo libertario in una precisa tradizione giuridica che fa capo a Jeremy Bentham, il vero invitato di pietra nelle analisi di Sunstein. Gli strumenti regolatori e preventivi messi in campo dai paternalisti libertari presentano similarità, non sempre notate e valorizzate, con le forme di legislazione indiretta che Bentham propone in alcuni scritti. Questo *detour* non è finalizzato soltanto a fornire una particolare ricostruzione storiografica, ma risponde al secondo scopo del capitolo, ossia mettere a nudo i presupposti e le implicazioni sostantive che i fautori del paternalismo libertario tendono a occultare o comunque a trascurare. Collegare il *nudge* al benthamismo, ad esempio, significa interrogarsi sul carat-

tere utilitaristico del paternalismo libertario; implica una valutazione del carattere “spoliticizzante” del *nudge* come strategia obliqua che mira a prevenire certi comportamenti; induce a smascherare la pretesa neutralità assiologica del paternalismo libertario che, come sostengono i suoi fautori, mira ai mezzi ma non ai fini delle persone; e porta a formulare l’ipotesi che – coerentemente con la lettura foucaultiana del pensiero di Bentham – il tipo di strategie oblique che il *nudge* incarna sono il sintomo di un governo del comportamento di stampo *neoliberale* e non certo liberale. Nel capitolo successivo (“*Nudge* e diritto”), dopo aver analizzato i requisiti della giuridicità del *nudge* mostrando le difficoltà a inserirlo nella tradizione della teoria del diritto liberale, si fornisce una panoramica dei molti modi in cui le spinte gentili, già oggi, sono state accettate da molti governi come strumenti utili per regolare la condotta dei cittadini e integrate negli ordinamenti giuridici. Comporre una fenomenologia giuridica del *nudge* è indispensabile per capire in che modo l’evoluzione delle democrazie liberali è toccata da queste nuove forme di governo e quali sono le conseguenze di una compiuta transizione dalla “legge” alla “norma”, cioè a un tipo di dispositivo governamentale che mira a conformare i comportamenti soggettivi a standard che rispondono a una logica collettivistica e non più individuale – *neoliberale* e non più liberale. Il tema della neutralità del paternalismo libertario è ripreso e approfondito nell’ultimo capitolo (“*The hand fits the glove*”), in cui si traccia un bilancio della discussione e ci si sofferma in particolare sul rapporto tra mezzi e fini nel paternalismo libertario. Contrariamente a quanto sostenuto da Sunstein e Thaler, ci si trova davanti a un vero e proprio ossimoro, dato che l’ibrido tra paternalismo e liberalismo è destinato a produrre contraddizioni interne e implicazioni inaccettabili sul piano normativo. *The hand doesn’t fit the glove* se il paternalismo del *nudge* è liberale come affermano i suoi fautori, mentre è funzionale al governo attraverso il *nudge* in una prospettiva strettamente *neoliberale*, dove Foucault e Bentham giocano un ruolo fondamentale nella connotazione del “dispositivo governamentale” della spinta gentile.

CAPITOLO 1

CHE COS'È IL NUDGE

1. Le basi scientifiche

Il *nudge* è una tecnica di governo paternalistico *soft* o non coercitiva ispirata dagli studi contemporanei dell'economia comportamentale, le cui scoperte si possono riassumere in quattro punti esposti da Sunstein in modo semplice e intuitivo¹: *i*) gli esseri umani manifestano una tendenza all'inerzia e a procrastinare (*inertia*), *ii*) sono sensibili al modo in cui l'informazione viene presentata (*framing*), *iii*) sono sensibili alle influenze sociali (*social influence*), e, infine, *iv*) non hanno dimestichezza col calcolo della probabilità (*probability neglect*).

L'idea di inerzia fa riferimento alla naturale propensione umana ad accettare l'ambiente (ad esempio, il contratto telefonico o bancario) in cui il soggetto agisce e decide come un dato immutabile invece che come un ambito in cui è possibile fare scelte tese a modificarlo, nei casi in cui sarebbe nell'interesse del soggetto farlo. L'inerzia dispensa il soggetto dall'affrontare piccole e grandi difficoltà che emergono dal suo interagire col contesto sociale, e i suoi effetti aggregati nell'arco della vita di un singolo individuo sono considerevoli, per non parlare di quelli riferibili all'intera collettività. Le persone tendono così ad attenersi all'opzione predefinita, il default, che in molti casi è fissata dalla regolazione legislativa o di altro tipo². Di qui

¹ Sunstein, "Empirically Informed Regulation", cit.

² Celeberrimo esempio di virtuoso sfruttamento dell'inerzia è la regolazione della donazione di organi: se il default predisposto dalla norma è il consenso implicito all'espianto, la proporzione tra donatori e non donatori in una popolazione è molto superiore a quella dei contesti in cui i cittadini devono dare esplicito consenso, per esempio iscrivendosi a un registro di donatori. Cfr. M. Quigley, E. Stokes, "Nudging and Evidence-Based Policy in Europe. Problems of Normative Legitimacy and Effectiveness", in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit.; L.E. Willis, "When Nudges Fail: Slippery Defaults",

l'idea di concepire un paternalismo non autoritario attraverso spinte gentili tese a fare il bene degli individui in molti ambiti della loro vita sociale e privata, concependo automatismi o default che, sfruttando questa tendenza all'inerzia, conducono gli individui verso le scelte migliori. Tutto ciò trova conferma nel secondo punto individuato, il cosiddetto 'effetto *framing*'.

Con questa espressione i teorici del *nudge* danno rilievo al fatto che le scelte individuali non dipendono solo dal contenuto delle informazioni e dalle caratteristiche delle opzioni tra cui i soggetti scelgono, ma anche dal modo in cui sono presentate³. Comunicare che una cura ha ottenuto il 90% di successi non è come dire che ha fallito in un caso su dieci, nel senso che produce effetti diversi sulla psicologia dei destinatari della comunicazione, e questa banale consapevolezza è, per il *nudger*, cioè per chi concepisce la direzione da dare alle scelte individuali, alla base di un potente dispositivo di guida delle condotte. In effetti, è inutile parlare di informazione ai cittadini o ai consumatori se non si tiene conto dei limiti della loro razionalità; è invece più opportuno puntare, ad esempio, su una informazione meno completa, ma presentata in un modo da renderla agevolmente processabile, nell'ipotesi che i destinatari siano più propensi a servirsene invece che

University of Chicago Law Review, 80, 3, 2013, pp. 1115-1229. In Germania, dove è stato adottato un sistema di consenso esplicito, dodici cittadini su cento dispongono la donazione dei propri organi, mentre in Austria, che ha adottato il metodo del consenso presunto (l'opzione di default è la donazione), il 99% dei cittadini diventa donatore, e soltanto l'1% esprime, attraverso l'*opting-out*, la sua contrarietà al prelievo degli organi. Danimarca, Germania, Paesi Bassi e Regno Unito, che prevedono il consenso esplicito, registrano tassi di donazione fra il 4,25 e il 27,5%. Austria, Belgio, Francia, Polonia, Portogallo, Svezia e Ungheria, che prevedono il consenso presunto, registrano tassi di partecipazione fra l'85,9 e il 99,98%: si veda E.J. Johnson, D. Goldstein, "Do Defaults Save Lives?", *Science*, 302, 5649, 2003, pp. 1338-1339. Secondo A. Abadie e S. Gay, la "manipolazione cognitiva" che consiste nel passare dal consenso esplicito a quello presunto fa aumentare il tasso di donazione di un paese di circa il 16%: "The Impact of Presumed Consent Legislation on Cadaveric Organ Donation: A Cross Country Study", *Journal of Health Economics*, 25, 4, 2006, pp. 599-620.

³ A. Tversky, D. Kahneman, "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", *Science*, 211, 4481, 1981, pp. 453-458.

a ignorarla⁴. Nei prossimi capitoli il problema del *framing* nelle politiche di *nudging* diventerà cruciale, e sarà il discrimine tra politiche semplicemente *behaviourally informed* e politiche di *nudging* di stampo paternalistico.

In terzo luogo, *social influence* esprime l'idea che le nostre preferenze non dipendono solamente dal contesto ma sono modellate anche dal comportamento altrui: ecco perché i ristoranti affollati attraggono di più di quelli vuoti, e perché indossare un capo alla moda è per molti preferibile a indossarne uno più originale ed esclusivo. È facile immaginare che nella sfera normativa e legislativa questo tratto comportamentale possa essere sfruttato ai fini della predisposizione di tecniche di influenza delle condotte individuali e collettive⁵; ma, soprattutto, suggerisce l'idea che indirizzare opportunamente i comportamenti individuali abbia effetti aggregati importanti.

Infine, parlare di *probability neglect* significa riferirsi alla nostra tendenza a non tenere in alcuna considerazione le probabilità quando decidiamo in condizioni di incertezza. Questa tendenza potenzialmente devastante (si pensi al caso di scelte in ambito finanziario) diventa rilevante per la protezione dei consumatori quando si tratta di predisporre servizi di tutela in campo finanziario⁶, e, più in gene-

⁴ A proposito del dibattito sull'informazione nel contesto del *consumer law* in UE, si vedano: O. Bar-Gill, O. Ben-Shahar, "Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law", *Common Market Law Review*, 50, 2013, pp. 109-126. Più in generale, O. Ben Shahar, C.E. Schneider, *More than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014; O. Ben-Shahar, C.E. Schneider, "The Failure of Mandated Disclosure", *University of Pennsylvania Law Review*, 159, 3, 2011, pp. 647-749.

⁵ Ad esempio, i solleciti mandati ai contribuenti ritardatari possono essere redatti in modo da fare appello a una norma sociale che indichi la percentuale di contribuenti solventi in una situazione simile e nella stessa località: Behavioural Insights Team, *Annual Update (2010-11)*, 2011, <https://www.gov.uk/government/publications/behavioural-insights-team-annual-update>, pp. 15-16. Di questi e altri simili provvedimenti si parlerà nel cap. 7.

⁶ La britannica Financial Conduct Authority sta studiando come utilizzare le intuizioni comportamentali: si veda K. Erta *et al.*, "Applying Behavioural Economics at the Financial Conduct Authority", Occasional Paper 1, Financial Conduct Authority (UK), 2013, www.fca.org.uk/static/documents/occasional-papers/occasional-paper-1.pdf. Per un'analisi della EU Financial Services regu-

rale, tutte le volte che occorre strutturare gli ambienti sociali della scelta adeguandoli a soggetti razionalmente limitati⁷.

Secondo Sunstein e Thaler passare dal piano scientifico e descrittivo delle dinamiche comportamentali al piano normativo significa guadagnare sul terreno dell'efficacia dei provvedimenti regolativi di legislatori e *policymaker*⁸. Ecco perché gran parte degli approcci comportamentali riposa sugli studi dei bias cognitivi ed euristici che da circa vent'anni conoscono una grande fioritura a partire dai lavori di Daniel Kahneman e Amos Tversky⁹. L'idea di fondo è che le nostre decisioni sono in gran parte inficiate da errori di ragionamento e quindi di giudizio: per esempio, l'inclinazione ad accordare un'importanza smisurata al presente a svantaggio dell'utilità futura; la tendenza a valutare erroneamente il valore dei beni che possediamo (una sorta di avversione per la perdita) e a sottostimarli; o l'inclinazione ad adeguarci a una situazione spiacevole invece di affrontare i rischi di un cambiamento (bias dello *status quo*), e così via¹⁰.

lation si veda P. Van Cleynenbreugel, *Conduct of Business Rules in EU Financial Services Regulation: Behavioural Rules Devoid of Behavioural Analysis?*, in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 255-275.

⁷ Cfr. Sunstein, *Nudges.gov*, cit.; Sunstein, *Empirically Informed Regulation*, cit.

⁸ Cfr. A. Tor, "The Methodology of the Behavioral Analysis of Law", *Haifa Law Review*, 4, 2008, pp. 237-328, in part. 241; R. Feldman, *The Role of Science in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 3.

⁹ D. Kahneman, A. Tversky, "Prospect Theory. An Analysis of Decision under Risk", *Econometrica*, 47, 2, 1979, pp. 263-291; D. Kahneman, *Thinking. Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, London, 2011; cfr. E. Cartwright, *Behavioral Economics*, Routledge, London, 2014. Si vedano anche, tra gli altri, A. Tversky, D. Kahneman, "Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty", in D. Kahneman, A. Tversky (eds.), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 44-65; A. Tversky, D. Kahneman, "Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model", *ibid.*, pp. 143-158; A. Tversky, D. Kahneman, "Rational Choice and the Framing of Decisions", *ibid.*, pp. 209-223; B. Madrian, D. Shea, "The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior", *Quarterly Journal of Economics*, 116, 4, 2001, pp. 1149-1187. Kahneman si interessa di paternalismo del *nudge* in "Foreword", in E. Shafir (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton, 2012, pp. vii ss.

¹⁰ Per una panoramica degli studi di economia comportamentale unita a un'analisi delle implicazioni normative dei *nudge*, si veda A. Barton, "Définition

Questi difetti comportamentali producono euristiche del giudizio rapide e intuitive che si esercitano a detrimento delle nostre capacità deliberative più razionali. In base allo schema duale di Kahneman e Tversky, la nostra capacità decisionale intuitiva e impulsiva, il “Sistema 1”, prevale sulla facoltà più razionante e riflessiva, il “Sistema 2”, producendo errori di giudizio potenzialmente lesivi del nostro benessere.

Thaler e Sunstein dedicano alle scoperte della psicologia comportamentale un intero e importante capitolo¹¹, in cui vengono

et éthique du paternalisme, partie I et II”, *Implications philosophiques*, 2013, <http://www.implications-philosophiques.org/actualite/une/definition-et-ethique-du-paternalisme-libertarien>.

¹¹ Sunstein, Thaler, *Nudge*, cit., pp. 25-47, precisamente il cap. 1 intitolato «Distorsioni ed errori» (*Biases and Blunders*), nel quale ci mettono al corrente di tutti gli abbagli e le cantonate che siamo in grado di prendere come soggetti decisorii. Seguendo E. Singler (*Green Nudge: Changer les comportements pour sauver la planète*, Pearson, Paris, 2015, pp. 69-81), è possibile identificare sei fondamentali bias cognitivi (molti dei quali discussi in Thaler and Sunstein, *Nudge*, cit., pp. 31-46), che spiegano il gap tra le decisioni reali e sub-ottimali che prendiamo e le decisioni “razionali”. Essi sono: *inertia* o bias dello *status quo* (cfr. B.C. Madrian, D.F. Shea, “The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior”, cit.; W. Samuelson, R. Zeckhauser, “Status Quo Bias in Decision Making”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1, 1988, pp. 7-59); *over-confidence bias*, cioè ottimismo ed eccesso di fiducia (cfr. P.J. Healy, D.A. Moore, “The Trouble with Overconfidence”, *Psychological Review*, 115, 2, 2008, pp. 502-517; G. Pallier et al., “The Role of Individual Differences in the Accuracy of Confidence Judgments”, *Journal of General Psychology*, 129, 2002, pp. 257-299; J.R. Chambers, P.D. Windschitl, J. Suls, “Egocentrism, Event Frequency, and Comparative Optimism: When What Happens Frequently Is ‘More Likely to Happen to Me’”, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 29, 12, 2003, pp. 1343-1356); *confirmation bias* o ancoraggio (cfr. R.S. Nickerson, “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, *Review of General Psychology*, 2, 2, 1998, pp. 175-220; S. Plous, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, McGraw-Hill, New York, 1993); *present day bias* (cfr. E. O’Donoghue, M. Rabin, “Doing It Now or Later”, *American Economic Review*, 89, 1, 1999, pp. 103-124; G. Loewenstein, “Out of Control: Visceral Influences on Behavior”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 65, 3, 1996, pp. 272-292); bias della disponibilità o *availability bias* (cfr. A. Tversky, D. Kahneman, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, 185, 4157, 1974, pp. 1124-1131.); infine, *affective bias* (cfr. M.L. Finucane et al., “The Affect Heuristic in Judgments of Risks and Benefits”, *Journal of Behavioral Decision Making*, 13, 1, 2000, pp. 1-17; P. Slovic et al., “The Affect Heuristic”, *European Journal of Operational Research*,

citare le euristiche di “ancoraggio” (*anchoring*)¹², “disponibilità” (*availability*)¹³, “rappresentatività” (*representativeness*)¹⁴, e i bias di cui soffriamo maggiormente, come la tendenza a sviluppare un alto livello di ottimismo irrealistico¹⁵, la fiducia eccessiva nei nostri giudizi, l'avversione per la perdita¹⁶, e, infine, la tendenza a preferire lo *status quo*¹⁷. Questo capitolo svolge il ruolo strategico di formulare un appello all'evidenza empirica e scientifica. Lo scopo degli autori è offrire «una breve panoramica sulla fallibilità degli esseri umani»¹⁸, usandola come base per sostenere l'importanza delle opzioni di default:

Le opzioni di default, quindi, agiscono come pungoli molto efficaci; in molti contesti, poi, la loro azione di pungolamento è ancora più potente, perché i consumatori percepiscono, a torto o a ragione, che le soluzioni di default hanno l'approvazione implicita del soggetto che le ha scelte.¹⁹

L'elemento caratterizzante delle politiche pubbliche improntate al *nudge* è che i bias sono sistematici, quindi prevedibili. Se così non fosse, l'economia comportamentale e il sistema duale della deliberazione non poggierebbero su nulla di solido. Pertanto, poiché questi difetti del ragionamento sono all'origine di decisioni sub-ottimali, conviene adottare politiche pubbliche che ne tengano conto e li neutralizzino, facendone addirittura un mezzo della modificazione

177, 2007, pp. 1333-1352). Per una lista completa di questi bias, si veda R. Dobbelli, *Arrêtez de vous tromper: 52 erreurs de jugement qu'il vaut mieux laisser aux autres...*, Eyrolles, Paris, 2012. Cfr. D. Kahneman, A. Tversky, P. Slovic (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982; A. Tversky, D. Kahneman, “Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment”, *Psychological Review*, 90, 4, 1983, pp. 293-315.

¹² Thaler, Sunstein, *Nudge*, pp. 31-3.

¹³ Ivi, pp. 33-34.

¹⁴ Ivi, pp. 34-40.

¹⁵ Ivi, pp. 40-42.

¹⁶ Ivi, pp. 42-43.

¹⁷ Ivi, pp. 43-44.

¹⁸ Ivi, p. 46.

¹⁹ Ivi, p. 44.

dell'architettura delle scelte²⁰. Politiche di questo tipo sono, per i due autori, *necessariamente* paternalistiche, anche se non autoritarie. Il paternalismo di cui si connotano è *soft* e *libertarian*, lontano dal paternalismo autoritario e coercitivo invisibile alle democrazie liberali. Essi riportano alla ribalta il concetto di *soft paternalism* di Joel Feinberg, che più che l'*harm to other* di milliana memoria indaga le implicazioni normative dell'*harm to self*. Per Feinberg, com'è noto, la legittimità del paternalismo viene meno rispetto a comportamenti volontariamente e deliberatamente autolesionistici, ma qui, evidentemente, si tratta di affrontare il tema di un autolesionismo *involontario*. È quindi necessario specificare il nesso tra paternalismo *soft* e *nudge*.

2. «Libertarian Paternalism»

Il paternalismo non coercitivo del *nudge* è chiamato *libertarian paternalism* in un noto saggio del 2003 che porta lo stesso titolo²¹. In questa sede Thaler e Sunstein definiscono come 'paternalistica' una politica «selezionata con l'obiettivo di influenzare le scelte delle parti interessate in modo tale da rendere quelle parti migliori (*better*

²⁰ Dopo la donazione di organi, l'ambito previdenziale è l'"ambiente della scelta" in cui l'azione paternalistica di ristrutturazione attraverso il default gode di maggior fortuna. Thaler e Shlomo Benartzi sostengono che spesso le persone tendono a mantenere, nel caso abbiano pensioni integrative, la percentuale minima di contribuzione volontaria, che è piuttosto bassa. Per limitare questo problema essi hanno proposto di adottare un programma di incremento automatico dei contributi battezzato *Save more tomorrow* (R.H. Thaler, S. Benartzi, "Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving", *Journal of Political Economy*, 112, 1, 2004, pp. 164-187). Il programma "sollecita" i partecipanti a compiere una serie di aumenti scaglionati dei contributi previdenziali in modo che coincidano con gli aumenti di stipendio. Dopo aver dato la propria adesione al programma, l'inerzia delle persone produce un risultato positivo, cioè il fatto che il risparmio cresce progressivamente. Questo metodo è stato sperimentato nel 1998 presso un'azienda manifatturiera statunitense, e il programma *Save more tomorrow* è offerto attualmente da molte compagnie assicurative statunitensi, essendo stato riconosciuto e promosso dall'amministrazione Obama nel *Pension Protection Act* del 2006. Cfr. G. Giacomini, "Libertà et/aut Paternalismo. Fra teoria filosofica e pratica politica", *Working Paper-LPF*, 4, 2013, p. 13.

²¹ R.H. Thaler, C.R. Sunstein, "Libertarian Paternalism", *American Economic Review*, 93, 2, 2003, pp. 175-179.

off)»²², dove «migliori (*better off*)» significa «misurate il più possibile oggettivamente»²³, e non necessariamente tarate sul benessere degli individui ai quali si rivolge. Il problema è che il termine ‘paternalistico’ appare a molti dispregiativo per il suo riferimento quasi obbligato a una qualche forma di coercizione delle condotte, ma i nostri autori respingono questa accusa dal momento che, se è pur vero che le politiche pubbliche si selezionano per lo più con l’obiettivo di influenzare i comportamenti, è altresì possibile immaginare un paternalismo libertario come «un approccio che preserva la libertà di scelta ma autorizza istituzioni pubbliche e private a guidare le persone nella direzione che promuove il loro benessere»²⁴.

Molti critici hanno sostenuto o che la nozione di *libertarian paternalism* non è autenticamente libertaria, o che non è autenticamente paternalistica²⁵, in altre parole vi hanno visto una contraddizione in termini²⁶. Tali critiche non sono tuttavia l’obiettivo esclusivo della nostra analisi, dato che il fulcro della teoria di Sunstein e Thaler è il concetto di ‘spinta gentile’ proprio in relazione al paternalismo libertario. Non a caso in *Nudge* esso è ridefinito come una “strategia” in grado di riscattare il senso comune dal dogmatismo²⁷. L’aspetto libertario di tale strategia risiede nella pura e semplice constatazione che, «in generale, gli individui dovrebbero essere liberi di fare come credono, e, se lo desiderano, di non partecipare (*to opt out*) a situazioni che considerano spiacevoli»²⁸. Citando Milton Friedman, essi sostengono che i paternalisti libertari ambiscono a creare le condizioni in cui le persone sono lasciate “libere di scegliere” e “disegnano” politiche in grado di preservare e aumentare la loro libertà²⁹. Nella maniera ben nota, essi sottolineano che «[i] paternalisti libertari

²² Ivi, p. 175.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Ivi, p. 179.

²⁵ Per esempio, D.M. Hausman, B. Welch, “To Nudge or Not to Nudge”, *The Journal of Political Philosophy*, 18, 1, 2010, pp. 123-136.

²⁶ Emblematicamente, G. Mitchell, “Libertarian Paternalism Is an Oxymoron”, *Northwestern University Law Review*, 99, 3, 2005, pp. 1245-1286.

²⁷ Thaler, Sunstein, *Nudge*, p. 11.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

vogliono aiutare le persone a fare come meglio credono; non desiderano affatto oberare quanti vogliono esercitare la propria libertà»³⁰. Il paternalismo è «weak», «soft», e «nonintrusive» perché le scelte non vengono inibite, discriminate o represses³¹, anche se gli architetti delle scelte cercano di influenzare il comportamento delle persone «allo scopo di rendere le loro vite più lunghe, più sane e migliori»³².

In *Nudge* Sunstein e Thaler modificano l'interpretazione del paternalismo rispetto al 2003 e non si richiamano più a Friedman bensì a Donald Van De Veer³³. 'Paternalistica' è una politica che cerca di «influenzare le scelte in modo da migliorare il benessere (*to make better off*) di coloro che scelgono, secondo il giudizio di questi ultimi»³⁴. Ma il fatto che influenzi le scelte sulla scorta di quello che i *nudgee* farebbero se fossero messi in grado di scegliere autonomamente per il meglio (se si facessero guidare dal Sistema 2) rende il *nudge* autenticamente paternalistico. L'ipotesi controfattuale fa degli architetti delle scelte *nudger* del tutto particolari, che non tentano semplicemente di anticipare o attuare le scelte delle persone: «piuttosto, cercano consapevolmente di spingere gli individui in una direzione che possa migliorare le loro condizioni di vita»³⁵, in sostanza «li pungolano (*They nudge*)»³⁶.

Quanto alla nozione di *nudge*, che in letteratura si trova ormai strettamente legato a, se non addirittura usato come sinonimo di, *libertarian paternalism*, essa è definita con una certa precisione, al punto che la domanda se 'spinta gentile' e 'paternalismo libertario' siano coerenti difficilmente può essere lasciata a un esercizio interpretativo. Eccone la conferma:

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Thaler, Sunstein, "Libertarian Paternalism", cit., p. 175.

³² *Ibidem*.

³³ D. Van De Veer, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton University Press, Princeton, 1986. Thaler e Sunstein lo richiamano in *Nudge*, cit., p. 11, nota.

³⁴ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 5. 'Better off' quindi è interpretato in una maniera diversa rispetto all'articolo del 2003 dove significava 'measured as objectively as possible': Thaler, Sunstein, "Libertarian Paternalism", cit., p. 175.

³⁵ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 12.

³⁶ *Ibidem*.

Un pungolo, nell'accezione che adotteremo in queste pagine, è [...] qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in maniera significativa gli incentivi economici. Per essere considerato un semplice pungolo, l'intervento dev'essere evitato facilmente e senza costi eccessivi. I pungoli non sono imposizioni, sono spinte gentili.³⁷

La coerenza concettuale è evidente: il paternalismo libertario è un approccio che autorizza le istituzioni sia pubbliche che private a guidare le persone nella direzione che promuove il loro benessere; il *nudge* modifica il comportamento delle persone in modo prevedibile; il paternalismo libertario è un approccio che preserva la libertà di scelta; il *nudge* opera senza vietare alcuna opzione e senza cambiare significativamente gli incentivi (*incentive*) economici; e, per finire, il paternalista libertario sollecita (*nudge*), incalza dolcemente le persone, le incoraggia, le esorta a fare quello che sceglierebbero di fare se fossero nelle condizioni di scegliere per il meglio.

Questo significa che il *nudge* è per definizione e/o *intrinsecamente* paternalistico? Come si diceva poco fa, la letteratura è in cerca di conferme o smentite di questa equazione³⁸, la cui correttezza concettuale è solo in parte rilevante. Dopo tutto, i due autori han-

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ È stato spesso sostenuto, ad esempio, che il concetto di *nudge* è mal definito (si vedano, P. Mongin, M. Cozic, "Rethinking Nudge: Not One but Three Concepts", *Behavioural Public Policy*, 2, 1, 2018, pp. 107-124; House of Commons Health Committee, *Public Health*, vol. 1: *Report, Together with Formal Minutes*, 19 ottobre 2011, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmhealth/1048/1048.pdf>, p. 84); che può condurre a una china scivolosa (si veda, per es., M.J. Rizzo, D.G. Whitman, "Little Brother Is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes", *Arizona Law Review*, 51, 2009, pp. 685-739; A.C. Smith, T.J. Zywicki, "Behavior, Paternalism, and Policy: Evaluating Consumer Financial Protection", *New York University Journal of Law and Liberty*, 9, 1, 2015, pp. 210-211). Sono critiche riassumibili sotto la categoria "quando il *nudge* diventa una spinta bella e buona" (*shove*), come sostiene, per esempio, T. Adams, "Nudge Economics: Has Push Come to Shove for a Fashionable Theory?", *The Guardian*, 1 giugno 2014, <http://www.theguardian.com/science/2014/jun/01/nudge-economics-freakonomics-daniel-kahneman-debunked>; J. Tierney, "A Nudge (or Is it a Shove?) to the Unwise", *New York Times*, 24 marzo 2008, <http://tierneylab.blogs.nytimes.com/2008/03/24/a-nudge-or-is-it-a-shove-to-the-unwise/>.

no fornito una definizione del *nudge* che non ha intenti meramente descrittivi (cosa che, almeno in parte, giustificherebbe il fiume di letteratura nata sulla definizione paternalistica del *nudge*), semmai “stipulativi”³⁹. Il punto è che in *Nudge* essi motivano esplicitamente l’introduzione delle spinte gentili con gli esiti di quarant’anni di studi dell’economia comportamentale⁴⁰. Sono questi a suggerire che il *nudge* debba essere paternalistico.

La cosa non sorprende visto che Thaler è uno dei più importanti studiosi del campo, insignito nel 2017 del premio Nobel per l’economia, e Sunstein è un pioniere del *Behavioural Law*, movimento esplicitamente radicato negli studi dell’economia comportamentale e nel *Biases and Heuristics Programme* di Kahneman e Tversky.

Il loro *background* diventa particolarmente evidente nel paragrafo di *Nudge* intitolato «Umani ed Econi: perché i pungoli possono essere d’aiuto», che segue immediatamente a «Paternalismo libertario», sezione in cui viene fornita la definizione del *nudge* appena richiamata⁴¹. La distinzione tra *Econs* e *Humans* gioca il ruolo della contrapposizione tra le tradizionali concezioni del comportamento umano come perfettamente razionali e le evidenze sul comportamento umano provenienti dalla psicologia cognitiva e dall’economia comportamentale degli ultimi decenni. Secondo le prime, ragione e razionalità sono riformulabili secondo teorizzazioni neo-classiche del comportamento razionale e/o economico per le quali le condotte si incarnano in scelte razionali e decisioni di agenti

³⁹ È di questo avviso – che condividiamo – Pelle Guldborg Hansen, “The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?”, *European Journal of Risk Regulation*, 7, 1, 2016, p. 160. Egli sostiene che la definizione di ‘nudge’ non sempre mostra la chiarezza voluta e la coerenza dichiarata. In particolare, essa manca di coerenza teorica sia rispetto ai fondamenti dell’economia comportamentale sia rispetto al concetto di paternalismo libertario. Questo però non implica che il concetto sia essenzialmente difettoso o che porti necessariamente a una china scivolosa (*ibidem*). Per capire il *nudge* e il paternalismo libertario occorre guardare al significato normativamente più rilevante di tutta la teoria, più che alla sua coerenza concettuale. Cfr. cap. 8, *infra*, dove invece si afferma che “il guanto calza” se la teoria è vista dal lato della sua tenuta normativa.

⁴⁰ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., pp. 25 ss.

⁴¹ Ivi, pp. 10-15.

individuali che inferiscono validamente gli schemi delle loro azioni a partire da desideri, preferenze e informazioni sul mondo⁴². Nella teoria neo-classica della decisione, va da sé, non c'è spazio per il *nudge* e non ci sono ragioni per promuovere il paternalismo libertario. Ciò diventa chiaro con l'adozione della *Revealed Preference Theory* (RPT) nell'analisi economica neo-classica: la RPT assume che le preferenze dei consumatori siano rivelate dalle abitudini effettivamente tenute (*purchasing habits*). Se un consumatore sceglie un particolare articolo, ciò è considerato come il risultato della preferenza del consumatore per quell'articolo e non per altri, data l'informazione disponibile. Questo significa che l'eventuale *gap* riscontrabile tra intenzione e azione, un varco logico e performativo che motiva la strategia del paternalista libertario, e dentro il quale agisce il *nudge*, è escluso a priori⁴³.

Thaler e Sunstein accolgono invece gli esiti dell'economia comportamentale e della psicologia sociale che negano la coerenza degli assiomi neo-classici del comportamento razionale: «l'economia comportamentale ha rivelato che il comportamento e le scelte umani esibiscono una razionalità limitata (*bounded*), un auto-interesse limitato e una forza di volontà limitata»⁴⁴. Ciò non solo spiega il *gap* tra le buone intenzioni e il comportamento reale, ma indica proprio in questo *gap* la giustificazione per la dottrina del paternalismo libertario.

La rilevazione dello scarto tra i comportamenti reali del soggetto economico ordinario e l'ideale dell'*homo oeconomicus* si deve allo studio dei *bias* cognitivi e produce una difesa del *nudge* basata sulla decostruzione di un modello ideale di agente economico classicamente razionale. Si tratta perciò di fare in modo che, malgrado i di-

⁴² Si veda T. Gilovich, D. Griffin, "Introduction - Heuristics and Biases: Then and Now", in T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman (eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 1-18; M. Peterson, *An Introduction to Decision Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

⁴³ Cfr. Hansen, "The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism", cit., p. 161.

⁴⁴ C. Jolls, C.R. Sunstein, R. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review*, 50, 5, 1998, pp. 1471-1550. Cfr. Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 12.

fetti della volontà e della ragione, gli individui siano messi in grado di scegliere ciò che è meglio per loro.

3. Antropologia differenziale

In letteratura, la critica al paternalismo libertario prende di solito la seguente forma⁴⁵: una concezione apertamente paternalistica delle politiche pubbliche non solo è manipolatoria ma conduce anche a una infantilizzazione dell'individuo, il che contraddice la sua autonomia individuale e la sua capacità di condurre l'esistenza come gli pare⁴⁶. È proprio da questo tipo di accuse che Sunstein si difende in *Why Nudge?* e nelle *Storrs Lectures on Behavioral Economics*. A quelli che vedono nel 'bounded' associato alla razionalità umana, all'auto-interesse individuale e alla volontà una connotazione meramente limitativa, egli risponde che questa interpretazione è sbagliata e travisa la teoria del *nudge*. Da un lato, egli riconosce che l'economia comportamentale e l'evidenza sperimentale di cui si avvale mostrano che il nostro comportamento individuale e sociale è dovuto per lo più al modo in cui il nostro cervello processa l'informazione, e che questo modo è *bounded* e *biased*. Dall'altro, c'è in questa idea l'assunzione implicita di un *pattern of deviation* a partire da uno standard di comparazione⁴⁷, costruito sulla base di assunzioni neo-classiche. Esse includono, come noto, anche l'agente razionale in quanto *homo oeconomicus* – o, come lo chiamano, al plurale, Thaler e Sunstein, gli *Econs*. Ma, soprattutto, c'è l'evidenza sperimentale messa a punto dalle ben note *Dual Process Cognitive Theories* (DPT) nella raffigurazione datane da Kahneman⁴⁸, come esito dell'opera

⁴⁵ Per una panoramica delle posizioni presenti in letteratura si veda Hausman, Welch, *To Nudge or Not To Nudge*, cit.

⁴⁶ Si vedano, ad esempio, A. Salazar, "Libertarian Paternalism and the Dangers of Nudging Consumers", *King's Law Journal*, 23, 1, 2012, pp. 51-67; A. Oliver, "A Nudge too Far? A Nudge at All? On Paying People to Be Healthy", *Healthcare Papers*, 12, 4, 2012, pp. 8-16; Mongin, Cozic, "Rethinking Nudges", cit.; Hausman, Welch, "To Nudge or Not to Nudge", cit.

⁴⁷ Cfr. Gilovich, Griffin, "Introduction - Heuristics and Biases: Then and Now", cit.

⁴⁸ Per esempio, D. Kahneman, "Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics", *The American Economic Review*, 93, 5, 2003, pp.

di Kahneman e Tversky che porta il nome di *Biases and Heuristics Programme*. Le DPT sostengono il modello duale già menzionato che contrappone il pensiero automatico (*System 1*) a quello riflessivo (*System 2*), e assegna solo a quest'ultimo le esperienze che descriveremmo come "ragionamento", togliendo al primo consapevolezza, *agency*, volizione e autonomia.

Il concetto di *nudge* è condizionato dalla consapevolezza che i meccanismi della decisione degli *Humans* sono compromessi dai limiti e dai difetti cognitivi in un modo che può essere facilmente utilizzato per promuovere determinate condotte. Sunstein e Thaler, infatti, scrivono che: «Secondo la nostra definizione, un pungolo è qualsiasi elemento che incide in misura significativa sul comportamento degli Umani ma che viene ignorato dagli Econi»⁴⁹. In apparenza, questa definizione non dice nulla dei limiti e dei difetti degli Umani, né del "parametro antropologico" di cui si avvale l'economia neo-classica, cioè l'Econe. Il fatto, però, che la DPT e il *Biases and Heuristics Programme* sono alla base di questa definizione induce Daniel Hausman e Brynn Welch a sostenere che i *nudge* «sono chiamati in causa dai difetti nel processo decisionale individuale, e lavorano facendo uso di questi difetti»⁵⁰.

Con questa osservazione, Hausman e Welch sono diventati gli emblemi delle critiche basate sull'infantilizzazione, poiché esplicitano quello che nella definizione di Thaler e Sunstein sarebbe rimasto implicito, cioè che il *nudge* funziona sfruttando i limiti cognitivi dei *nudgee*, e che sfruttarli prevale sull'intento di rimediarvi. Il *nudge* funziona utilizzando limiti, difetti, abitudini delle persone, che diventano parti integranti dell'architettura della scelta⁵¹. Gli studi empirici delle scienze comportamentali hanno mostrato che le persone non agiscono razionalmente nel senso teorizzato dalla teoria classica della scelta razionale⁵². La loro autonomia risente di limiti cognitivi

1449-1475; Kahneman, *Thinking. Fast and Slow*, cit.

⁴⁹ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 14.

⁵⁰ Hausman, Welch, "To Nudge or Not To Nudge", cit., p. 126.

⁵¹ Cfr. Hansen, "The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism", cit., p. 156.

⁵² Cioè secondo la «utility-maximizing orientation» basata su preferenze stabili e ben ordinate (*well-ordered preferences*): Kahnemann, Slovic, Tversky

e della volontà, e la formazione delle loro preferenze dipende dal *framing-effect*, cioè dal modo in cui è strutturato l'ambiente della scelta, dalle regole di default che preselezionano le opzioni, e dal modo in cui i rischi della decisione vengono presentati nel *frame* della scelta. Per di più, le preferenze “a lungo termine”, per esempio godere di buona salute, possono entrare in conflitto con preferenze “a breve termine” (“giusto un paio di sigarette al giorno, che vuoi che sia”). Il paternalismo *soft* del *nudge* «non si basa sulla coercizione giuridica, ma piuttosto su una “assistenza istituzionale al processo decisionale”»⁵³, cioè sul design istituzionale di architetture della scelta e di regole di default che usano la debolezza cognitiva degli individui per aumentare la razionalità delle decisioni risultanti.

È come dire che alcune condizioni di base influenzano i comportamenti degli Econi rendendoli “tragicamente” umani: le opzioni della scelta disponibili (cioè l'ambiente della scelta già strutturato), le preferenze basate sulla conoscenza di queste opzioni, e le loro credenze. *Come e se* gli umani possano diventare econi potrebbe dipendere da azioni non paternalistiche ma emancipative che i teorici del *nudge* non prendono mai in considerazione⁵⁴. La preoccupazione di Sunstein, invece, è per il ruolo dell'informazione nelle strategie di *nudging*.

Nella definizione originale del *nudge* (in *Nudge*) non è incluso l'elemento ‘informazione’, nonostante sia fondamentale per la sua giustificazione⁵⁵. Esso diventa l'oggetto principale delle osservazioni di Sunstein solo in *Why Nudge?*. Qui Sunstein è inequivocabile: fornire informazione è certamente un pungolo, ma può essere qualificato come atto paternalistico oppure non paternalistico⁵⁶. Rendere disponibile una certa informazione significa influenzare il comportamento senza precludere e/o senza aumentare le opzioni di scel-

(eds.), *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit.; Kahnemann, Tversky, *Choices, Values and Frame*, cit.

⁵³ J.D. Trout, “Paternalism and Cognitive Bias”, *Law and Philosophy*, 24, 4, 2005, p. 393.

⁵⁴ Cercheremo di approfondire il tema soprattutto nei capitoli 2, 5, 6.

⁵⁵ L'attenzione di *Nudge* è più spostata sugli effetti della *social influence* nei comportamenti individuali: si vedano pp. 62-67, 252-253.

⁵⁶ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 44, 54-57.

ta rilevanti, e senza cambiare gli incentivi. Tuttavia, sembra esserci una differenza importante tra un contesto della scelta che accidentalmente influenza i comportamenti in maniera prevedibile, e qualcuno, cioè un architetto, che intenzionalmente tenta di cambiare il comportamento “armeggiando” con questo contesto⁵⁷. Esplicitare questa importante distinzione significa correggere l’aspetto “passivo” dell’architettura della scelta, cioè stabilire un nesso “stipulativo” tra *nudge* e paternalismo evidenziando l’elemento intenzionale: il *nudge* non influenza semplicemente i comportamenti delle persone, ma è intenzionalmente preposto a farlo. L’elemento intenzionale connota la spinta gentile in senso paternalistico, sebbene concettualmente non lo sia.

4. Architetture della scelta

Per giustificare un approccio paternalistico alle politiche pubbliche è utile ricordare che le scelte che fanno le persone si compiono sempre in un contesto già predisposto da istituzioni pubbliche e private: le architetture della scelta sono dappertutto, che noi le vediamo oppure no⁵⁸. Poiché non è possibile fare a meno di un ambiente sociale, non si può perseguire o garantire la neutralità delle scelte individuali.

Facciamo esperienza di queste architetture quando consultiamo il menu di un ristorante, accendiamo un computer, entriamo in un ospedale o in un supermercato; quando scegliamo un mutuo, un’auto, un piano previdenziale o sanitario, o una carta di credito. La posta in gioco, dunque, non è salvaguardare invano la libertà di scelta, come se essa fosse realizzabile in un ambiente sociale irrealisticamente neutrale, ma costruire un’architettura della scelta utile e semplice. In questo senso, l’automatismo annidato nel *nudge* si rivela strategico: i default sono il pilastro di ogni spinta gentile che si limita a cambiare la presentazione (delle opzioni) della scelta in modo che, per un individuo, sia automatico scegliere le opzioni per lui migliori

⁵⁷ P.G. Hansen, A.M. Jespersen, “Nudge and the Manipulation of Choice. A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy”, *European Journal of Risk Regulation*, 4, 1, 2013, p. 10.

⁵⁸ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 22.

racchiuse nei default – essendo quelle più dannose eclissate dall’architettura stessa. Inoltre, poiché gli automatismi orientano l’agente decisore verso l’opzione che selezionerebbe se non rimanesse vittima dei pregiudizi cognitivi e della complessità e non-neutralità dei contesti della scelta, salvaguardano l’intento libertario dell’intervento paternalistico. Dopo tutto, i default sono solo automatismi, non scelte obbligate, ed è sempre possibile evitarli mediante il mantenimento, dentro l’architettura del *nudge*, del meccanismo *opt-in/opt-out* (quello che, ad esempio, include automaticamente i cittadini distratti e inerti nel programma di previdenza ritenuto più adatto, ma prevede la possibilità di un atto di volontà contrario⁵⁹). Sono, a ben vedere, uno strano ibrido: si motivano con l’inerzia e il pregiudizio cognitivo del soggetto decisore *reale*, ma distillano la scelta di un irrealistico soggetto *ideale*.

Orientare le persone sull’opzione di default vuol dire indurle a compiere la scelta migliore sfruttando una diffusa tendenza all’inerzia. Non solo: poiché l’architettura della scelta scaturisce dalla prevedibilità dell’errore umano, le regole di default sarebbero sufficienti a salvaguardare il Sistema 2 dalla manipolazione, riducendo i danni potenzialmente compiuti dal Sistema 1. Questo spiega la connotazione paternalistica *soft* del *nudge*, ma per salvaguardare il lato *libertarian* occorre di più. Infatti Sunstein assicura che l’autonomia della scelta è protetta dal modo particolare in cui il *nudger* presenta e “inquadra” l’informazione: il Sistema 2 si occupa del contenuto dell’informazione, non della sua presentazione; il Sistema 1 è invece influenzato dall’inquadramento. Il paternalismo deve quindi agire su quest’ultimo, lasciando libero da interferenze e manipolazioni il Sistema 2, che potrà sempre agire rifiutando l’automatismo con cui si tende a orientare il Sistema 1⁶⁰. Il paternalismo del *nudge*, in definitiva, è un paternalismo dei mezzi, e questo basterebbe a mantenerlo entro il perimetro *libertarian* e *soft*⁶¹.

⁵⁹ Sunstein, Thaler, “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, cit.

⁶⁰ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 95 ss.; cfr. *Semplice*, cit., pp. 86 ss.

⁶¹ Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 248 ss.; cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 41-69. Sunstein (*Semplice*, cit., pp. 248 ss.) insiste sulla differenza tra «paternalismo dei mezzi» e «dei fini», e «paternalismo *hard*» e «*soft*»: cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 41-69. Su questa scia conia anche il lemma alternativo

Tuttavia, poiché il *nudging* si basa sul presupposto che le regole di default sono un tributo al potere dell'inerzia dell'agente decisore, è difficile allontanare il sospetto che il paternalismo *soft* sottenda una concezione più perfezionistica che neutrale del bene racchiuso nei *frame* della scelta. Sunstein afferma che l'impiego di spinte gentili promette risparmi economici, un miglioramento significativo della salute della popolazione, e un aumento generale della speranza di vita⁶². In che senso tutto questo è neutrale rispetto ai beni valutabili dal Sistema 2?

Cerchiamo di chiarire. La pratica del *nudging* consiste nel proporre agli individui un ventaglio più ristretto di soluzioni possibili in relazione a determinati obiettivi – questo significa agire sul *frame* al quale è suscettibile il Sistema 1 – e nel rendere evidente la convenienza che essi non riuscirebbero a contemplare per via delle falle non razionali, emotive, ecc. del proprio giudizio. Con il *nudging* ci si limita cioè a fornire agli individui un *surplus* di motivazione per fare o non fare qualcosa (ciò che rende il *nudge* propriamente paternalistico), senza però ricorrere a coercizioni o prescrizioni esplicite (ciò che lo rende libertario o *soft*). Tale *surplus* informa semplicemente la strategia di intervento, la *choice architecture*, con l'obiettivo di suggerire agli individui determinati comportamenti “responsabili” (fumare meno, mangiare meno grassi, accendere un'assicurazione, ecc.), e per scoraggiarne, per sottrazione, degli altri ritenuti “irresponsabili”. Inoltre, questa motivazione ha una natura, per così dire, esclusivamente “idraulica”, in quanto spinge le persone a tenere un

di *paternalismo comportamentale*: ivi, pp. 1-19. Per una rassegna delle diverse forme di paternalismo presenti nel dibattito filosofico-morale e filosofico-politico più recente, si vedano M. Weber, C. Coons (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2013; il numero monografico della rivista *Meridiana*, vol. 79, 2014, dal titolo “Paternalismo”, dedicato al paternalismo in epoca neoliberale; il numero monografico della rivista *Raisons Politiques*, vol. 44, 2011, intitolato “Paternalisme libéral”, a cura e di J.-M. Donegani, A. Jaunait; Dworkin G., “Paternalism”, in N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>; G. Saint-Paul, *The Tyranny of Utility. Behavioral Social Science and the Rise of Paternalism*, Princeton University Press, Princeton, 2011; e, naturalmente, G. Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012 (che Sunstein chiamerebbe «coercitivo»).

⁶² Ad esempio, Sunstein, *Semplice*, cit., p. 13.

certo comportamento o le inibisce perché non lo tengano, senza che essa divenga al contempo un “motivo” o una “ragione” per fare o non fare certe azioni.

L’obiezione relativa al carattere non neutrale del *nudge* si ripresenta tuttavia sotto un’altra forma. Come si domanda, tra gli altri, Riccardo Rebonato, è davvero appropriato impiegare la categoria di ‘paternalismo’ per definire la proposta di Thaler e Sunstein? Non potrebbe in effetti trattarsi di una strategia di welfare meno assistenzialista, alla luce della crisi del modello economico-politico neoliberalista⁶³? Il movente del paternalismo libertario potrebbe consistere non tanto nel desiderio “paterno” delle istituzioni di indicare ai cittadini comportamenti virtuosi per tutelare il proprio bene, «quanto piuttosto nella necessità di contenere la spesa pubblica degli stati [...] già esosa: incentivare i cittadini a un’alimentazione sana, ad esempio, potrebbe essere una norma di buon senso per ridurre la possibilità di malattie connesse alla cattiva alimentazione»⁶⁴ – di cui dovranno farsi carico le casse dello stato. In maniera analoga, incentivare i cittadini a optare per piani di previdenza sociale mediante iscrizioni *via default* significa indurli ad assumersi la responsabilità del proprio futuro evitando situazioni di indigenza. Si tratta di tentativi di giustificazione discutibili, ma da un punto di vista teorico-politico hanno il pregio di indicare nel welfare la presa in carico – da parte dello stato – di questioni private relative alla vita dei cittadini che gravano sul bilancio pubblico (salute, educazione, indigenza, ecc.).

Simili giustificazioni, in effetti, sono alla base di varie critiche al paternalismo *soft*, come quella di Rebonato, o ad esempio di Sarah Conly, che dichiarano di preferire un tipo di paternalismo *hard* più schietto che non abusa dei limiti cognitivi degli individui per manipolare le loro scelte dietro un’apparente difesa dell’autonomia – la quale, peraltro, è inevitabilmente già condizionata⁶⁵. Il pregio di queste critiche è che identificano il tratto paternalistico del *nudge*

⁶³ R. Rebonato, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012.

⁶⁴ F. Zappino, “Il paternalismo, tra ‘proibizione’ e ‘disciplinamento’”: un percorso critico nella letteratura contemporanea”, *Meridiana*, 79, 2014, p. 161.

⁶⁵ S. Conly, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

non nel tentativo di incanalare determinate scelte oggettivamente più virtuose, bensì, ancora una volta, nell'infantilizzazione (a loro insaputa) degli individui sottesa alle politiche di *nudging*.

5. Paternalismo: *hard e soft*

Tuttavia, per Sunstein il *nudge* è quanto di meglio abbiamo a disposizione. “Premia” l'*inerzia* dei cittadini, fa addirittura leva su di essa, ma è una forma di paternalismo mite che non intacca l'autonomia di scelta liberale, semmai la condiziona. Non è un paternalismo “dei fini” (che sarebbe necessariamente *hard*, cioè coercitivo, oltre che perfezionista), bensì “dei mezzi” (*soft*). L'ideale sarebbe garantire la libertà di scelta a ogni individuo in ogni circostanza, ma la realtà consiglia di procedere in un altro modo: l'autonomia senza vincoli è un lusso che non possiamo permetterci⁶⁶.

I rapporti complessi tra paternalismo e libertà sono messi in luce da John Stuart Mill per il quale le scelte individuali in quanto azioni *other-regarding* non possono essere oggetto di interferenza dell'autorità tranne nel caso in cui si miri a scongiurare un danno ad altri. Nel caso delle azioni *self-regarding* si può invece dare interferenza ma solo per prevenire i danni che il soggetto causerebbe a se stesso a seguito di decisioni inconsapevoli, cioè non propriamente desiderate. Pertanto, in primo luogo, in *On Liberty*, Mill formula il principio a suo dire semplice, secondo il quale:

il solo e unico fine che autorizzi l'umanità, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà di azione di uno qualunque dei suoi membri, è quello di proteggere se stessa. L'unico scopo che autorizzi l'esercizio del potere nei confronti di un qualsiasi membro di una comunità civile contro la sua volontà, è quello di evitare un danno agli altri. A un'autorizzazione del genere, il bene personale dell'individuo, fisico o morale che sia, non basta.⁶⁷

⁶⁶ Sunstein, Thaler, “Libertarian Paternalism”, cit. Cfr. G. Dworkin, “Harmless Wrongdoing”, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 189-205, in part. p. 193.

⁶⁷ J.S. Mill, *La libertà*, in Id., *La libertà; L'utilitarismo; L'asservimento delle donne*, Rizzoli, Milano, 1999, p. 75.

Il principio del danno esclude la legittimità di ogni forma di interferenza dell'autorità con le scelte *self-regarding*. In secondo luogo, Mill immagina circostanze in cui è possibile presupporre che la scelta dell'individuo non corrisponda a quella che sarebbe stata presa in condizioni di piena maturità e cognizione di causa. In questi casi l'autorità è legittimata a proteggere le persone dai limiti cognitivi e dall'insipienza: «si tratta di favorire le azioni degli individui, piuttosto che di imporvi restrizioni»⁶⁸. Non solo:

Se un agente in servizio, o chiunque altro, si accorgesse che una persona sta per attraversare un ponte dichiarato pericolante, e non ci fosse abbastanza tempo per avvertirla del pericolo, potrebbe agguantarla e tirarla indietro a forza senza ledere realmente la sua libertà, dato che la libertà consiste nel fare ciò che si desidera e quella persona non desidera certo cascare nel fiume⁶⁹.

In pratica, se una persona è pienamente consapevole del pericolo che sta correndo e mette in atto la sua scelta, la sua libertà la legittima a farlo finché non causa danno a terzi; ma se agisce in modo non consapevole, l'autorità deve tener presente che la maggior parte delle persone non vorrebbe correre rischi, e quindi che c'è una buona probabilità che anche questa persona voglia o vorrebbe evitarli. Ecco perché un pubblico ufficiale è giustificato a interferire con la sua volontà: non arrecare danno a terzi cessa di essere il solo principio capace di giustificare un intervento del potere pubblico. Nel capitolo quarto torneremo sull'esempio milliano del ponte e discuteremo più approfonditamente l'uso che ne fa Sunstein per giustificare il paternalismo libertario.

Esso sembra superato anche in un'altra circostanza, quella in cui l'interferenza dell'autorità non è propriamente coercitiva, limitandosi a “pungolare” debolmente l'individuo e lasciandogli la libertà della decisione definitiva. Infatti, nell'ultima parte di *On Liberty*, Mill si domanda «se lo Stato, pur permettendo una condotta che reputa contraria ai più validi interessi di chi agisce, debba tuttavia scoraggiarla indirettamente; se, per esempio, contro l'ubriachezza debba prendere provvedimenti che rendano più costosi gli alcolici

⁶⁸ Ivi, p. 218.

⁶⁹ Ivi, p. 200.

o che limitino il numero dei loro punti vendita per far diventare più difficile procurarseli»⁷⁰. Ciò equivale a riconoscere che esistono situazioni in cui, come nel caso della tassazione degli alcolici, un'interferenza minima con l'autonomia individuale non è illegittima, perché si limita a scoraggiare un comportamento senza proibirlo.

Gerald Dworkin definisce il paternalismo come l'interferenza con la libertà di una persona in base a ragioni riferibili necessariamente a benessere (*welfare*), bene, felicità, necessità, interessi o valori di chi viene obbligato⁷¹. Egli chiarisce che tale interferenza può assumere due forme: il paternalismo *forte* e quello *debole*. Per il primo, indipendentemente dal modo in cui gli individui fanno le proprie scelte, essi sono obbligati a tenere certi comportamenti; per il secondo, possono essere incoraggiati a mettere in atto certe condotte quando la loro scelta non è pienamente deliberata e consapevole. Secondo la formulazione di Dworkin, l'azione paternalistica è tipicamente coercitiva:

Suggerisco le seguenti condizioni come analisi di un'azione paternalistica X esercitata su Y, facendo (o omettendo di fare) Z: (1.) Z (o la sua omissione) interferisce con la libertà o l'autonomia di Y; (2.) X lo fa senza il consenso di Y; (3.) X lo fa perché Z incrementa il benessere di Y

⁷⁰ Ivi, p. 206. Da buon liberale, Mill riconosce ai consumatori di alcolici la libertà di mettere in atto questa condotta: «La scelta dei piaceri, il modo di spendere il proprio reddito dopo aver adempiuto agli obblighi legali e morali verso lo Stato e verso i singoli, interessano soltanto l'individuo e devono dipendere solo dal suo giudizio. A prima vista può sembrare che queste considerazioni condannino la scelta degli alcolici come oggetto specifico di tassazione a favore dell'erario» (*ibidem*). Tuttavia, Mill aggiunge che: «Ma dobbiamo tenere a mente che la tassazione a fini fiscali è assolutamente inevitabile; [...] che quindi lo Stato non può fare a meno di penalizzare l'uso di certi prodotti di consumo che, per alcuni, possono diventare proibitivi. Prima di imporre delle tasse, quindi, lo Stato ha il dovere di considerare a quali prodotti possano più facilmente rinunciare i consumatori e, *a fortiori*, scegliere di preferenza quelli che ritiene decisamente dannosi se non vengono usati in quantità estremamente moderata. Ecco perché non è solo cosa ammissibile, ma anche degna di approvazione, tassare gli alcolici [...]» (ivi, pp. 206-207).

⁷¹ G. Dworkin, "Paternalism", *The Monist*, 56, 1, 1972, p. 65.

(oppure impedisce che diminuisca) o, in qualche modo, promuove gli interessi, i valori o il bene di Y.⁷²

Di tutt'altro segno è il paternalismo debole, che prevede che l'azione dell'istituzione sia persuasiva e non coercitiva: per preservare la libertà, gli individui devono potersi sottrarre all'interferenza facilmente⁷³.

La dicotomia *hard/soft* si deve in primo luogo a Joel Feinberg⁷⁴. Egli distingue il paternalismo di un'autorità che agisce per il bene dei cittadini senza considerarne volontà e desideri, da un paternalismo che difende gli individui da specifici pericoli o nel caso in cui essi siano vulnerabili⁷⁵. I minori e gli adulti che mancano di alcune capacità cognitive ed emotive necessarie per prendere decisioni razionali sono i destinatari di questa seconda forma di intervento⁷⁶. Infatti, anche le azioni impulsive o prese in balia dell'emotività nascono dalla volontà, ma non si può dire che siano il frutto di decisioni propriamente dette, cioè "deliberate", che richiedono tempo di

⁷² Dworkin, "Paternalism", in N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* cit., par. 2.

⁷³ Dworkin, "Paternalism", in R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1983; Id., *Paternalism, Some Second Thoughts*, ivi. Secondo la definizione di Dworkin, inoltre, una legge che obbliga un motociclista a indossare il casco è paternalistica, ma non per Sunstein, o, almeno, non è chiaro se lo sia, perché per lui un provvedimento è paternalistico o non lo è in base a come usa l'informazione presso il soggetto della scelta: Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 66-69.

⁷⁴ J. Feinberg, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1984, p. 12. Abbiamo convenuto, ove il testo lo consenta, e il contesto del discorso non induca equivoci, di riferirci al 'paternalismo soft' come al 'paternalismo mite', e, per contrapposizione, a quello 'hard' come al 'paternalismo coercitivo', nel rispetto della distinzione originaria.

⁷⁵ J. Feinberg, *Legal Paternalism*, in R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, cit; Id., *Harm to Self*, cit.

⁷⁶ Come ricorda Giacomini, per Feinberg assume rilievo la distinzione aristotelica presente nell'*Etica Nicomachea* fra azioni che nascono come scelte deliberate e quelle che non lo sono: Giacomini, "Libertà et/aut paternalismo", cit., p. 9. Cfr. Feinberg, *Legal Paternalism*, cit. Cfr. G. Giacomini, "Promuovere la felicità? Il paternalismo alla luce delle nuove scienze delle decisioni", *Notizie di Politeia*, 28, 107, 2012, pp. 68-78.

riflessione, informazioni adeguate e pieno utilizzo della razionalità. In questo caso, l'azione di una guida esterna volta a evitare conseguenze inaspettate o spiacevoli è del tutto legittima. Non c'entra, dunque, la qualità morale dell'azione scelta e nemmeno, o almeno così sembrerebbe, quella della persona che la compie, ma soltanto la volontà dell'individuo espressa in modo consapevole.

Per Feinberg sono il “danno a se stessi” (*harm to self*) e il suo significato politico e sociale a costituire il parametro di valutazione della legittimità di un intervento paternalistico. Infatti, nel terzo volume della sua famosa tetralogia, intitolato *Harm to Self*, dopo aver sostenuto la correttezza del principio del danno⁷⁷, Feinberg sostiene un «anti-paternalismo forte» che si oppone all'ingerenza paternalistica nelle scelte volontarie e autodirette. Questa posizione, pienamente coerente con l'accettazione del cosiddetto paternalismo debole (*soft paternalism*), gli consente di affermare che l'autorità statale ha il diritto di impedire la condotta di un soggetto su se stesso se l'azione non è volontaria, o se ci vuole tempo per appurare se lo sia. Analogamente, nelle vicende che coinvolgono due soggetti, l'accordo che abbia a oggetto la condotta di uno a danno dell'altro è valido solo in presenza del consenso di quest'ultimo. Quando non c'è consenso, il paternalismo *soft* concede alla legge di impedire la condotta dannosa, ma non perché si possa valutare il contenuto della scelta del soggetto, bensì per verificare che la scelta sia veramente sua. In pratica, la preoccupazione riguarda la reale opzione del soggetto e non il danno che egli può causare a se stesso. Il paternalismo *soft*, in definitiva, è la negazione stessa del paternalismo giuridico⁷⁸, ed è questa la ragione per cui Feinberg parla di «antipaternalismo *soft*». Solo il paternalismo forte è *vero* paternalismo, quello che legittima l'interferenza dello stato nelle scelte autoreferenziali delle persone adulte capaci⁷⁹, mentre quello *soft* non lo è⁸⁰. Partendo dalla contrap-

⁷⁷ Feinberg, *Harm to Self*, cit., p. 4.

⁷⁸ Cfr. M. Romano, “Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale”, in Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., pp. 143-166, in part. p. 147.

⁷⁹ Feinberg, *Harm to Self*, cit., p. 15.

⁸⁰ Va detto, per inciso, che ci sono autori per i quali, anche se le preferenze di una persona non sono il frutto di scelte sostanzialmente autonome, scaval-

posizione *hard/soft* Feinberg arriva a definire l'autonomia di una persona attraverso la ben nota analogia tra libertà individuale e sovranità dello stato⁸¹. Al termine di penetranti distinzioni concettuali, egli afferma che l'individuo ha un proprio *right of autonomy* istituzionalmente resistente alle interferenze altrui; e fino a quando il suo atto è esclusivamente *self-regarding*, senza alcun riflesso su soggetti terzi (non *other-regarding*), egli gode di una libertà sovrana⁸².

È facile immaginare che i dubbi più gravi a proposito di questa dottrina sorgano rispetto all'identificazione delle condotte che interessano solo il singolo e nessun altro. Condotte di questo tipo sicuramente esistono, ma forse non sono così tante, né facilmente isolabili. Thaler e Sunstein insistono ripetutamente sulla dimensione inevitabilmente sociale dell'autonomia di scelta dell'individuo quando sostengono che condotte autoreferenziali e dannose finiscono per incidere sull'organizzazione della società e sul suo benessere. Condotte aggregate di questo tipo, come sappiamo, sono considerate responsabili della mancanza di prosperità per un'intera collettività e comportano un costo molto alto anche in termini di generalizzazione e di astrattezza delle previsioni normative.

6. Una vita più semplice

Il confine fra paternalismo debole e forte comincia ad apparire incerto: non è né netto né predefinibile come vorrebbero i teorici del paternalismo del *nudge*. Ben presto dovremo considerare la possibilità che più che di una rigida dicotomia *hard/soft* si debba parlare di una gamma di interventi la cui qualificazione in un senso o nell'altro dipende dal contesto e dalle strategie che il decisore persegue, il che spinge a dubitare che il *nudge* sia ascrivibile in blocco al paternalismo non coercitivo.

carle o annullarle mediante un atto *soft* rimane comunque un atto paternalistico *tout court*. Ad esempio, J.F. Childress, *Who Should Decide? Paternalism in Health Care*, Oxford University Press, Oxford, 1982; J. Kleinig, *Paternalism*, Rowman and Allanheld, Totowa, 1983, pp. 6-14; Van De Veer, *Paternalistic Interventions*, cit., pp. 16-40.

⁸¹ Feinberg, *Harm to Self*, cit., pp. 27 ss.

⁸² Ivi, pp. 47 ss.

Le scienze comportamentali a cui si affidano Thaler e Sunstein, d'altro canto, mostrano che a limitare l'autonomia di scelta non è l'autorità di un *nudger* bensì noi stessi, la nostra razionalità difettosa, la nostra inerzia comportamentale e la suscettibilità all'effetto *framing*. Il modo in cui l'informazione viene somministrata ai soggetti della scelta diventa quindi il vero discrimine tra paternalismo *hard* e *soft*, confermando che il carattere libertario del paternalismo dipende dalla *modalità* con cui l'azione paternalistica viene esercitata, più che dai suoi contenuti⁸³.

Il confronto, ancora una volta, è col milliano principio del danno. L'*harm principle* costituisce tradizionalmente il limite liberale imposto all'azione paternalistica dello stato, ma Sunstein ne contesta il presupposto, cioè l'«argomento epistemico»⁸⁴, attraente ma insostenibile, in base al quale Mill afferma che ogni persona ha mezzi di conoscenza incommensurabilmente superiori a quelli di chiunque altro, compresi governanti e legislatori, ed è più di chiunque altro interessata al proprio benessere e in grado di perseguirlo. Indebolire l'argomento epistemico è la prima mossa di Sunstein. Non è vero che ogni individuo è nella posizione migliore per identificare i propri fini e i mezzi per raggiungerli⁸⁵. Le scoperte delle scienze comportamentali lo confermano⁸⁶. Senza contare che, se l'architettura della scelta è onnipresente e necessariamente non neutrale, il principio epistemico sotteso all'*harm principle* subisce un ulteriore colpo: nessuno decide in una condizione di isolamento epistemico ed è spesso negativamente influenzabile. Conviene dunque lavorare

⁸³ Come si è detto, Sunstein conia l'espressione «paternalismo comportamentale» in Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 1-19.

⁸⁴ Discuteremo la critica all'argomento epistemico nel cap. 4.

⁸⁵ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 5. Per affermarlo, egli si appoggia a R. Posner, critico della *behavioural economics* e difensore dell'idea che gli esseri umani siano capaci di scelte razionali, ma in grado di ammettere che «i consumatori sono facilmente manipolabili [...] e indotti a compiere scelte sbagliate»; l'argomento epistemico milliano si indebolisce sempre di più: R. Posner, «Why Is There No Milton Friedman Today?», *Econ Journal Watch*, 10, 2, 2013, p. 212.

⁸⁶ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 5 ss.

al fine di rendere i processi conoscitivi della decisione immuni da errori per quanto è possibile⁸⁷, cioè più *semplici* e fruibili.

Se il governo non vieta di fumare, ma impone che sui pacchetti di sigarette compaiano informazioni veritiere sugli effetti del fumo, o vieta a chi le vende di metterle in posizione di risalto, attua un paternalismo *soft*, cioè non coercitivo, tanto che i fumatori potrebbero non percepire l'intento paternalistico delle misure in questione e comprenderne immediatamente lo scopo benefico⁸⁸. D'altronde, nell'interesse di chi, se non del consumatore, tali strategie comunicative all'insegna della *disclosure* sarebbero pensate⁸⁹? In questa chiave, il *nudge* appare

⁸⁷ Ivi, p. 13. Ammettere il rischio pervasivo di errore consente di giustificare forme moderate di intervento paternalistico. Come scrive Sunstein in *Semplice*, il senso delle agenzie come OIRA e Nudge Unit è rispondere a domande come: “cosa sappiamo precisamente dei probabili effetti delle regole proposte o vigenti?”, “quali le conseguenze per gli esseri umani?”, “come fare per rendere le cose più semplici?”; ma per rispondere è inevitabile il ricorso alla scienza e agli esperti, interni o esterni alle istituzioni governative; e per risolvere le dispute sui probabili effetti delle regole è indispensabile l'economia behaviorista: cfr. ivi, p. 16.

⁸⁸ Susntein, *Semplice*, cit., pp. 251-253.

⁸⁹ Per Dworkin le cosiddette misure *truth-in-advertising* aprono la strada a una nuova riflessione. Partendo dal presupposto che il paternalismo è una forma di interferenza con l'autonomia di un individuo che si presume non sappia scegliere il proprio bene, occorre precisare che la classe di persone il cui bene è specificamente implicato non sempre coincide con la classe di persone la cui libertà viene limitata. Il commerciante che deve esporre le sigarette fuori dalla portata e dalla vista dei suoi clienti vede la propria libertà formalmente limitata molto più del fumatore costretto a chiedere il pacchetto che non gli hanno reso accessibile. Dovremmo perciò distinguere tra interferenze paternalistiche “pure”, dove la classe di persone la cui libertà viene ristretta è identica a quelle il cui beneficio si intende promuovere; e interferenze paternalistiche “impure”, che, tentando di promuovere il benessere di una categoria di soggetti, implicano la restrizione della libertà di altre non toccate dal provvedimento: cfr. Dworkin, “Paternalism”, *The Monist*, cit., pp. 67-68. Sunstein difende il *nudge* come forma di “libertà etica” e autonomia moralizzata, ma non sottolinea mai la forma di coercizione esplicita ai danni di coloro che subiscono il paternalismo libertario dal lato della regolazione, e il cui interesse non è in questione. Si accenna a questa asimmetria, ma senza una reale problematizzazione, in Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 242. Potremmo dire che il neopaternalismo è asimmetrico anche in questo senso: per alcune categorie di soggetti, e in specifici casi, è addirittura coercitivo.

non solo poco intrusivo, ma persino meritorio⁹⁰. Per i default non valgono le stesse considerazioni. In questo caso, il soggetto non è sottoposto a strategie di informazione, o per lo meno non sempre, perché si tratta di agire non sulla sua propensione conoscitiva (comunque bisognosa di aiuto) ma sulla sua passività. Se una legge sulla donazione di organi prevede l'automatismo del consenso all'espianto, il ricorso a questo default conta su un risultato aggregato in assenza di decisioni autonome. I default (ossia, gli «automatismi intelligenti») non riducono la libertà perché scattano in base alla presunzione che nessuno stia davvero scegliendo. La loro attivazione automatica implica, tra l'altro, la possibilità di *prevedere* come agiranno le persone interessate.

La previsione diventa il vero significato della semplificazione auspicata da Thaler e Sunstein⁹¹, il senso primo della *deregulation agenda* invocata a suo sostegno⁹², e fa il paio con la convinzione,

⁹⁰ Cfr. Sunstein, *Semplice*, cit., p. 261.

⁹¹ Sunstein sostiene che «di fronte ai fallimenti del mercato comportamentali (*behavioral market failures*), le spinte gentili sono solitamente la migliore risposta, almeno quando non c'è alcun danno per gli altri» (*Effetto nudge*, cit., p. 14): ce ne occuperemo nel cap. 5, *infra*. Gli architetti della scelta si affidano dunque agli automatismi. Poiché l'ipotesi che la semplificazione legislativa, la *deregulation agenda*, sia il mezzo con cui non solo si orientano e si condizionano i comportamenti, ma anche quello attraverso cui è possibile prevederli con più precisione da parte dell'autorità, comincia ad assumere una certa consistenza la percezione del carattere illusorio del *nudge* come misura libertaria. A questo proposito, è interessante notare che Maurizio Franzini associa il *nudge* alla teoria della politica economica che distingue tra strumenti di intervento diretti e indiretti: i primi consistono nell'imporre limitazioni alla libertà di scelta (ad esempio, il razionamento nell'uso di alcuni beni, limiti alle importazioni, obblighi di assunzioni di particolari categorie di lavoratori, ecc.), i secondi consistono invece nel rendere più convenienti alcune azioni rispetto ad altre senza alcuna imposizione (ad esempio, concessioni di agevolazioni fiscali a chi assume certe categorie di lavoratori). I primi sarebbero interventi *hard*, i secondi *soft*. Poiché le varie forme di *nudge* assumono un aspetto necessariamente *soft*, Franzini le considera benefiche perché consentono interventi pubblici indiretti, ma ritiene consigliabile separare il concetto di *nudge* da quello di *paternalismo*. Fare il contrario comporta infatti molti rischi antilibertari, che potrebbero essere evitati se il *nudge* si emancipasse concettualmente, e quindi normativamente, dal paternalismo. Cfr. M. Franzini, «Il paternalismo liberale, i nudge e la politica economica», *Meridiana*, 79, 2014, p. 84.

⁹² Discuteremo il nesso tra *nudging* e *deregulation* soprattutto nel cap. 8, *infra*.

espressa ripetutamente in *Nudge*, che un'incondizionata libertà di scelta è irrealistica. Sono molti gli sforzi che fa Sunstein, soprattutto in *Why Nudge?*, per sostenere il paternalismo libertario come modalità specifica di governo, e l'appello alla semplificazione è uno di questi: rendere le cose più semplici aiuta a migliorare la nostra vita, e poiché non è un contenuto, ma il *mezzo* rispetto a un (possibile) *fine* che rimane libero, rende significativa l'esistenza di un'architettura della scelta paternalistica ma non manipolatoria. I default investono il Sistema 1 a tutela del Sistema 2. Mentre il Sistema 2 si occupa di contenuti, cioè di fini, che devono essere scelti liberamente, il Sistema 1 è investito dal *nudging*; e poiché il Sistema 1 è non riflessivo e intuitivo, occorre semplificare al massimo l'attività cognitiva che coinvolgerà il *nudgee*. Questo significa agire sul mezzo per un fine che si mantiene libero.

La semplificazione dell'architettura comporta l'ulteriore vantaggio di preservare la *diversità* dei fini disponibili, la loro *eterogeneità*⁹³ – termini usati da Sunstein con molte cautele e mai confusi con '*pluralismo*' –; inoltre consente al paternalista di usare regole personalizzate, cioè massimamente flessibili, purché nessuno scelga quel che è dannoso per sé e la società⁹⁴. Ecco, allora, i ripetuti appelli alla responsabilità dei *nudger* pubblici e anche privati, chiamati a identificare gli standard di efficienza più idonei a conseguire gli scopi della semplificazione delle regole, cioè a imporre quella semplicità che deve apparire ai suoi destinatari rassicurante e improntata al meglio perché fondata sulla chiarezza e l'attendibilità dei dati empirici retrospettivi e probabilistici, sull'analisi costi-benefici, sugli studi di settore, e così via⁹⁵. Il *nudger* predilige la scelta di «standard operativi flessibili» rispetto a «standard progettuali rigidi» e cerca sempre di individuare «le modalità migliori per far sì che il settore privato scelga in che modo

⁹³ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 31, 78-81, 92. A proposito di diversità ed eterogeneità, curiosamente Sunstein sostiene che il paternalismo *soft* è la migliore difesa dall'anticonformismo sociale; ossia: il paternalismo libertario libera il soggetto decisore dal conformismo sociale che condiziona le sue scelte individuali. Siamo davanti a una forma di "paternalismo al quadrato".

⁹⁴ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 80.

⁹⁵ Su questo si veda soprattutto Sunstein, *Semplice*, cit., dove l'analisi costi-benefici, la raccolta dati, gli studi probabilistici, ecc. sono portati come esempi delle attività più significative dei funzionari dell'OIRA.

perseguire finalità sociali. Questo approccio riduce i costi. Promuove la libertà»⁹⁶.

Per Federico Zappino, il fatto che le tecniche del *nudge* possono estendersi (e dichiaratamente si estendono) a molti ambiti, ha esposto la teoria di Thaler e Sunstein alle obiezioni di quanti ravvisano in queste tecniche il germe di un totalitarismo “psicocratico”⁹⁷. Tralasciando le critiche di tipo politico provenienti dalle destre e dalle sinistre *libertarian*, o di tipo economico⁹⁸ (liberiste), sono particolarmente significative a livello teorico quelle che mettono in discussione non tanto e non solo la qualità della proposta, quanto l’argomento psicologico usato per formularla. Se tutto il *nudge* si fonda sull’idea che la razionalità umana è limitata e continuamente soggetta a errori, perché si dovrebbe ritenere che le istituzioni assistite dai *nudger* ne siano immuni?

7. Gli architetti all’opera

Per capire se questa critica coglie nel segno occorre sapere quale tipo di competenza viene assegnata ai *nudger* e su cosa si basa l’autorità cognitiva assegnata ai *policymaker* paternalisti.

Secondo Sunstein, gli architetti della scelta fondano la correttezza del loro operato sulle più complete e capillari analisi costi-benefici. Esse sono la garanzia per il mantenimento dell’autogoverno democratico – la trasparenza delle prime condiziona infatti la qualità del secondo⁹⁹; concretamente, sono il mezzo di cui si servono *rulers*, *policymaker* e privati per costruire le architetture della scelta e

⁹⁶ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 25. Riprenderemo questi argomenti nel cap. 8, *infra*.

⁹⁷ Cfr. Zappino, “Il paternalismo, tra ‘proibizione’ e ‘disciplinamento’”, cit., p. 160.

⁹⁸ Cfr. J. Whyte, *Quack Policy. Abusing Science in the Cause of Paternalism*, LEA, London, 2013; P. Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012.

⁹⁹ Si apre a questo proposito un altro importante ambito di riflessione che verrà affrontato nella seconda parte del volume, ossia la riflessione sul tema della relazione tra *framing effect* e teorie della democrazia. Cfr. in proposito J.T. Kelly, *Framing Democracy. A Behavioural Approach to Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton, 2012.

istituire i default. In *Why nudge?* Sunstein afferma che l'analisi costi-benefici serve esattamente a questo: i dati empirici, i risultati degli studi di mercato o sociologici hanno la funzione di fondare empiricamente il paternalismo del *nudge*, lasciando che le istituzioni di governo individuino i *mezzi* per far sì che pubblico e privato scelgano come perseguire *finalità* sociali, condizionando questa concessione alla semplificazione e all'efficienza. Il richiamo al mercato e alle leggi della concorrenza, correttivi infallibili di cattive politiche che ignorano il benessere dei cittadini, diventano ben presto un ingrediente fondamentale di questo paradigma neopaternalistico; è il mercato, come vedremo, a essere invocato da Sunstein come limite dell'uso del potere pubblico (del *nudger*), non il contrario. Con queste premesse non è illegittimo pensare che il paternalismo libertario possa addirittura estendere la portata del paternalismo "vecchio stile" o autoritario, investendo anche i privati di compiti paternalistici sempre più capillari. Sunstein scrive infatti che i privati, in collaborazione col pubblico, devono promuovere le giuste sollecitazioni in ogni ambito della scelta sociale¹⁰⁰. L'enfasi posta dagli ideatori del *nudge* su un approccio paternalistico "a basso impatto" comincia a profilarsi come paradossale.

Ne è prova il fatto che per Sunstein il *nudge* mette il senso comune (educato, addestrato a essere libero ed efficiente) davanti alle regole¹⁰¹; più esso è educato, meno avremo bisogno di regole, e quelle che rimarranno saranno più semplici¹⁰². Ma poiché è il lavoro minuzioso e capillare di uffici e agenzie e che sta alle spalle di ogni azione di governo a predisporre gli strumenti su cui si fonda il suo operato, l'emergere di una burocrazia complessa, che scende nel profondo di disposizioni la cui superficie appare semplificata e a basso impatto, deve indurci a riflettere sul senso della semplificazione annunciata. È sulla sua base, infatti, che i neopaternalisti difendono sollecitazioni e "standard flessibili" che configurano interventi a costo ridotto e

¹⁰⁰ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp 1-2; cfr. *Semplice*, cit., p. 28. Cfr. cap. 8, *infra*.

¹⁰¹ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 25.

¹⁰² È la riproposizione dell'idea foucaultiana di una "mentalità di governo"? Si discuterà il rapporto tra governamentalità foucaultiana e *nudging* nella seconda parte del libro, in part. capp. 6 e 8.

non coercitivi, il più possibile lontani dal vituperato paternalismo giuridico contrario allo spirito liberale.

Pare, in effetti, la riesumazione della foucaultiana “società della norma” o “di normalizzazione”, che fa dipendere la propria organizzazione, presentata come “razionale”, dall'intervento delle “norme”. La loro azione, per ragioni imputabili all'efficacia, prende il posto di quella formale e tipicamente coercitiva delle istituzioni giuridiche dello stato, prima fra tutte la legge¹⁰³. Se questa ipotesi è confermata¹⁰⁴, occorrerà domandarsi se l'insistenza sull'aspetto non coercitivo del *nudge* abbia in realtà la funzione di tranquillizzare rispetto a un'azione paternalistica attraverso il diritto, alla quale il paternalismo *libertarian* sarebbe immune, nascondendo strategicamente un intento paternalistico di ben altro segno. La semplificazione operata dal *nudge* assumerebbe forse l'aspetto di una benefica *deregulation agenda*, ma potrebbe corrispondere a una forma di pianificazione sociale ben più inquietante¹⁰⁵.

8. Un'autonomia prevedibile

I mezzi giuridici tradizionali, cioè tipicamente coattivi, sono stati concepiti ignorando che gli agenti decisori non sono gli esseri razionali dei manuali di economia neo-classici. Le regole di default di cui si servono in maniera crescente il settore pubblico e il settore privato invece ne tengono conto per poter determinare quel che può accadere quando un soggetto non esprime alcuna preferenza esplici-

¹⁰³ M. Foucault, *Corso del 14 gennaio 1976*, in *Microfisica del potere*, a cura di A. Fontana, P. Pasquino, Einaudi, Torino 1997, p. 211; cfr. P. Macherey, *Il soggetto delle norme*, ombre corte, Verona, 2017, p. 19. È una società che Foucault colloca nell'era industriale della fine del XVIII sec., ma sembra qui riattualizzata.

¹⁰⁴ Il tema sarà sviluppato soprattutto nella seconda parte del libro, a partire dal cap. 6, *infra*.

¹⁰⁵ Il carattere mite e non coercitivo del neopaternalismo è indubbiamente un elemento chiave di questo approccio, ma è anche il primo e migliore indizio del collegamento col neoliberalismo contemporaneo. Il secondo indizio è la particolare soggettività dei suoi destinatari. Svilupperemo questi temi soprattutto nei capitoli 6, 7, 8.

ta¹⁰⁶. L'autonomia rispetto al default può dunque esprimersi solo in senso negativo, con un diniego – l'*opting-out*. Diversamente, è una non-scelta – cioè l'automatismo del default.

In questo “gioco della spinta gentile”, autonomia e automatismo sembrano sovrapporsi: la prima è imprevedibile e potenzialmente fallace, ma, se confluisce nel secondo, può aspirare all'efficacia, cioè all'infallibilità, attraverso i default. Poiché l'automatismo è stato predisposto dal *nudge*, esso ha anche i requisiti della *totale prevedibilità*, che, a questo punto, appare come il vero significato della “coazione a semplificare”. La psicologia comportamentale insegna che l'inerzia intellettuale e morale degli individui ha un notevole effetto sociale, quello di indurre a percepire il default come una sorta di “regola di maggioranza”: se la maggioranza si comporta così vuol dire che è una buona soluzione. L'automatismo del default stabilisce perciò il punto di riferimento più utile per le decisioni¹⁰⁷: l'agente ne ha bisogno se vuole scegliere efficacemente senza perdersi nel caos delle possibilità che gli si parano davanti¹⁰⁸. Da parte loro, le istituzioni possono conseguire risultati importanti prevedendo (cioè predisponendo) la “scelta” che farà la maggioranza delle persone. Il bias

¹⁰⁶ Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 82-86.

¹⁰⁷ Cfr. in particolare Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 149 ss.

¹⁰⁸ Secondo Sunstein l'autonomia è tanto più salvaguardata quanto più opportunamente si restringono le sue opzioni di scelta. Autonomia e libertà di scelta si separano concettualmente. G. Dworkin ha stabilito prima di lui questa distinzione, definendo la libertà come la capacità di una persona di fare ciò che desidera avendo a disposizione opzioni di scelta significative che non siano precluse anche parzialmente da altri agenti o da istituzioni sociali, mentre l'autonomia è il potere di autodeterminazione: G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 105. La questione cruciale, dunque, è capire quali sono i tipi di architetture che interferiscono con l'autodeterminazione o autonomia di un individuo (ivi, p. 155). Il vero problema del *nudge* non è la libertà di scelta, ma la limitazione, le interferenze con l'autonomia. Può bastare la trasparenza come *disclosure* a preservare la libertà di scelta dalla manipolazione? E come ne viene tutelata l'autonomia? Ci sono momenti in cui i teorici del *nudge* riducono la questione a cosa di poco conto, quasi fosse ridicolmente presuntuoso soffermarsi su di essa; ma, si sa: più che alle concettualizzazioni dovremmo secondo loro affidarci all'esperienza: Thaler e Sunstein, *Nudge*, cit. p. 251.

dell'inerzia si amplifica cioè per effetto del bias della *social influence*. Come scrive Sunstein,

un approccio ragionevole consiste nel *selezionare l'automatismo che riflette la scelta che la maggioranza delle persone farebbe se fosse adeguatamente informata*. [...] Il modo più naturale di soppesare le scelte è di valutarne costi e benefici. Se si è visto che una regola di default tende ad attecchire [...] [è] quasi certamente la migliore.¹⁰⁹

Stupisce la scelta di quel 'naturale'. Viene infatti da chiedersi: se fosse così naturale pensare in termini costi-benefici davanti a una scelta di qualunque tipo, che bisogno avremmo del *nudge*? L'appello all'*average person* rappresentato attraverso l'automatismo del default sembra in realtà un invito al conformismo sociale, per quanto nobilitato da una spinta morale verticale da parte di *nudger* pubblici e privati che vogliono il benessere delle persone; ma sembra anche in contraddizione con l'argomento già ampiamente sfruttato della razionalità limitata dell'*homo oeconomicus*.

Quello della razionalità limitata è un argomento vecchio, anche se qui viene usato in maniera innovativa. Originariamente vi ricorre Herbert Simon in polemica con la teoria dell'utilità attesa di Morgenstern e von Neumann, cioè per criticare l'ipotesi dell'ottimizzazione nelle scelte economiche che idealizza il ruolo della ragione nei processi decisionali¹¹⁰. Qui viene riproposto a sostegno del paternalismo mite del *nudge* ed esteso a tutte le sfere di competenza decisionale degli individui, a tutti gli individui in quanto umani, ma non ai *nudger*. Così facendo, Sunstein e Thaler banalizzano l'argomento della razionalità limitata e lo rendono funzionale a un suo uso asimmetrico: esso non investe, almeno in apparenza, gli

¹⁰⁹ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 152, corsivo nell'originale.

¹¹⁰ H. Simon, "A Behavioral Model of Rational Choice", *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, pp. 99-188; Id., *Models of Bounded Rationality*, The MIT Press, Cambridge, 1982. cfr. V. Mura, "Paternalismo e democrazia liberale: un equivoco da chiarire", *Meridiana*, 79, 2014, pp. 54 ss. Per Simon è l'osservazione empirica a smentire l'idealizzazione della razionalità autonoma, sostituibile con l'ipotesi più realistica dei deficit cognitivi del soggetto che, nella raccolta delle informazioni, nella capacità di elaborarle e nel calcolo dell'utilità di ogni singola decisione, presenta evidenti e inevitabili limitazioni. Invece dell'ottimizzazione della scelta razionale, obiettivo irrealistico, meglio accontentarsi della scelta soddisfacente.

architetti della scelta. In assenza di ulteriori approfondimenti sembra perciò il classico “argomento boomerang”, quello che, secondo Virgilio Mura, potrebbe addirittura dimostrare l’illegittimità del neopaternalismo¹¹¹. Tuttavia non scoraggia né Sunstein né i paternalisti *soft*¹¹². Un paternalista *soft* come Feinberg, per esempio, sostiene, come abbiamo visto, che l’autonomia individuale va rispettata solo se non produce danno a terzi, o è sorretta da un atto “perfettamente” volontario, ossia intenzionale e deliberato, compiuto da un agente completamente informato, non manipolato, capace di interpretare correttamente la realtà, non turbato da emozioni e non soggetto a coazioni di tipo nevrotico¹¹³. In altre parole, il soggetto non “merita” di esercitare autonomamente la libertà di scelta (cioè non merita il rispetto del paternalista *soft*) quando è volubile e i suoi desideri non sono stabili nel tempo¹¹⁴; come se cambiare idea, stile di vita, orientamenti fosse da concordare con l’autorità pubblica, impegnandosi in una sorta di programma esistenziale davanti all’autorità, pena la perdita di credibilità e quindi di autonomia presso di essa – pena la perdita della sua sovranità.

Evidentemente questo accordo non può ottenersi con una volontaria adesione dei soggetti e quindi non può essere dichiarato, come sarebbe richiesto dai sistemi democratico-liberali per i quali il *nudge* è concepito. Questo comporta l’ipotesi che nel *nudge* ci

¹¹¹ Mura, “Paternalismo e democrazia liberale”, cit., pp. 56-57. Questa osservazione è simile a quella di Edward Glaeser secondo il quale riconoscere i limiti della razionalità e della conoscenza umana dovrebbe ragionevolmente rafforzare la tesi che – semmai – conviene porre vincoli all’ingerenza paternalistica da parte dello stato: “Paternalism and Psychology”, *The University of Chicago Law Review*, 73, 1, 2006, pp. 133-156.

¹¹² Sunstein, ad esempio, sottolinea che i burocrati sono meno soggetti, nella loro attività, al rischio di lasciarsi guidare dalle intuizioni e dall’istinto (che conducono ai limiti cognitivi di cui si è detto) perché devono fare più frequentemente uso del calcolo ponderato che limita questi rischi: Sunstein, *The Storrs Lectures*, cit., p. 247.

¹¹³ Feinberg, *Legal Paternalism*, cit., pp. 115-116; cfr. sul punto E. Diciotti, “Preferenze, autonomia e paternalismo”, *Ragion Pratica*, 24, 1, 2005, pp. 108 ss. È Mura a definire l’argomento di Feinberg come un argomento della razionalità limitata “travestito”: “Paternalismo e democrazia liberale”, cit.

¹¹⁴ G. Maniaci, “Contro il paternalismo giuridico”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 61, 1, 2011, pp. 133-159.

sia effettivamente l'idea di un "programma esistenziale" di cui sono coscienti solo i *nudger*, e che i loro destinatari si limitano a subire inconsapevolmente. Continuare a difendere l'intento libertario e il carattere *soft* del *nudge* comincia ad apparire un'impresa quasi disperata.

9. Il *nudge* tra scienza e politica

Il paternalismo libertario è asimmetrico in un modo evidente: produce un'antropologia differenziale che distingue tra umano ed eccone, tra *homo oeconomicus* che possiede i requisiti del *nudger* e quello a cui si rivolge l'azione paternalistica. Esistono soggetti razionali e morali "migliori" le cui spinte gentili si addicono ad altri "inferiori" e incapaci di usare al meglio la propria autonomia. Per dirla con Sergio Caruso, che sembra proporsi come difensore del *nudge*, il paternalismo libertario è asimmetrico perché «rinforza la personalità delle persone meno riflessive, ma non è in grado di interferire con le ponderate decisioni di un soggetto autonomo e razionale (quale ognuno di noi è presupposto essere nelle filosofie *libertarian*)»¹¹⁵. A noi sembra, invece, che il presupposto valga solo per i soggetti chiamati a predisporre le architetture della scelta, la cui razionalità è meno deficitaria di quella degli altri. L'autonomia è un privilegio dei primi, agli altri spettano gli automatismi¹¹⁶.

Il ruolo e il contesto in cui opera il *nudger* sono fondamentali per capire le asimmetrie del paternalismo libertario. Quando Sunstein riconosce che possono esistere *nudger* pubblici e privati che scelgono automatismi nocivi, a causa dei propri limiti conoscitivi o per rispondere a interessi particolaristici, immagina non solo che il *nudger* abbia una razionalità più efficiente di quella del destinatario naturale delle spinte gentili, ma che esista un antidoto ai bias dei *nudger* che consiste nell'appello al sistema sociale in cui si trovano a operare, un *ordine* quasi naturale, potremmo dire "catallattico", in grado di rappresentare un correttivo e una sanzione alle scelte più malaugurate dei go-

¹¹⁵ S. Caruso, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze University Press, Firenze, 2012, p. 158; sul "paternalismo asimmetrico" si veda G. Loewenstein *et al.*, "Asymmetric Paternalism to Improve Health Behaviors", *Journal of American Medical Association*, 298, 20, 2007, pp. 2415-2417.

¹¹⁶ Vedi anche cap. 3, parr. 3-4, *infra*.

vernanti. Possiamo cioè confidare nel fatto che le forze del mercato metteranno un argine all'uso delle regole di default più dannose¹¹⁷.

Sempre per rassicurarci sul carattere benefico e leggero delle azioni di *nudging*, Sunstein afferma che, «per la maggior parte, le regole di *default* si applicano alle persone giuste»¹¹⁸, cioè che il *nudge* ci indirizza verso ciò che avremmo già scelto in condizioni ideali. È una sorta di conferma a posteriori dell'architettura della scelta predisposta, ma sembra contraddire quel dato "naturale" che giustifica politicamente e moralmente il *nudge*, ossia il dato del Sistema 1¹¹⁹. Il paradosso si dissolve se si ammette la possibilità che il *nudge* si basi non tanto sulla messa in dubbio della teoria della scelta razionale e sulla svalutazione morale e intellettuale dell'*homo oeconomicus* reale, quanto sulla volontà di *perfezionare* la prima, facendo dell'uomo reale un vero e proprio *homo oeconomicus*. Immaginare un intento perfezionistico, di addestramento morale delle condotte attraverso il *nudge*, risolve il paradosso facendo però collassare il paternalismo libertario: affidarsi alle regole del mercato ha sì un significato salvifico, ma trasforma il paternalismo del *nudge* in qualcosa d'altro, cioè in un paternalismo morale non liberale ma neolibérale. Riflettere su questa possibile implicazione sarà uno degli scopi della perseguiti nella seconda parte del libro.

Gli esempi più famosi di *nudger* sono gli stessi Sunstein e Thaler. Dopo essersi insediato alla Casa Bianca, Barak Obama ha posto Sunstein a capo dell'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)¹²⁰. Come racconta egli stesso, sotto la sua guida l'OIRA ha promosso la semplificazione di quasi duemila regole emanate dalle agenzie federali grazie all'uso di un linguaggio comprensibile, alla riduzione degli adempimenti burocratici, alla stesura di riassunti leggibili per normative particolarmente complesse, e soprattutto all'abolizione di adempimenti costosi e ingiustificati¹²¹. Ha inoltre

¹¹⁷ Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 152-153.

¹¹⁸ Ivi, p. 154.

¹¹⁹ «In altre parole, i governi dovrebbero tentare di garantire, ove sussistano le condizioni, che il da farsi sia facilmente e rapidamente gestibile dal Sistema 1»: Sunstein, *Semplice*, cit., p. 135.

¹²⁰ Carica ricoperta dal 2009 al 2012.

¹²¹ Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 12-13.

sostenuto l'impiego di spinte gentili a basso costo, attingendo direttamente all'economia comportamentale, e «promettendo risparmi economici, un miglioramento significativo della salute della popolazione, e un aumento generale della speranza di vita»¹²². Nello stesso periodo, dall'altra parte dell'Atlantico David Cameron consigliava caldamente la lettura di *Nudge* ai deputati conservatori, e, diventato primo ministro nel 2010, istituiva a Downing Street il Behavioural Insight Team (BIT), chiamato poi, più confidenzialmente, “Unità *Nudge*”, con Thaler come consulente¹²³. Quello delle spinte gentili è un fenomeno sempre più internazionale, ed è una strategia usata dagli enti pubblici in Corea del Sud, Australia, Danimarca, Germania e altri paesi ancora¹²⁴. L'economia comportamentale ha suscitato interesse anche a livello sovra-nazionale: la Direzione Generale per la Salute e i Consumatori dell'Unione Europea ha riconosciuto la rilevanza dell'economia comportamentale, e l'OCSE ha pubblicato un *Consumer Policy Toolkit* che raccomanda svariate iniziative che si ispirano ai risultati delle scienze comportamentali¹²⁵.

¹²² Ivi, p. 13.

¹²³ Ivi, p. 27. Il suo mandato era guidare i cittadini verso l'assunzione di decisioni “migliori” nell'interesse della società: cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 9-10. Il sito web ufficiale della *Nudge Unit* dichiara che il suo lavoro si basa sulle idee tratte dal crescente corpus di ricerche accademiche nei campi dell'economia e della psicologia comportamentale, che dimostra che in molti casi mutamenti anche piccoli nel modo in cui le decisioni vengono *inquadrare* possono fare una grande differenza, sia in termini di scelta individuale sia in termini di risparmi economici. <http://www.behaviouralinsights.co.uk>. Nella homepage si dichiara che «We use insights from behavioural science to encourage people to make better choices for themselves and society».

¹²⁴ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 27. Franzini ci informa, ad esempio, che la prospettiva di costituire anche in Italia una unità di supporto alle decisioni del governo, ispirata al modello britannico, è stata recentemente avanzata da A. Alemanno, M. Motterlini, “Sburocratizzare l'Italia”, *Il Sole 24 ore*, 9 marzo 2014.

¹²⁵ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 10; vedi *Consumer Policy Toolkit*, OECD, luglio 2010, <http://www.oecd.org/sti/consumerpolicy/consumerpolicytoolkit.htm>; DG SANCO, *Consumer Behaviour: The Road to Effective Policy-Making*, European Commission, 2010, <http://ec.europa.eu/environment/integration/reserac/newsalert/pdf/FB4.pdf>. Ma per reperire numerose fonti di questo tipo si veda il sito iNudgeYou.com, <http://www.inudgeyou.com/resources>.

Non sorprende dunque che Vipin P. Veetil critichi l'antropologia differenziale del *nudge*. Essa comporta la sottovalutazione del fatto che il paternalismo, alla fine, deve essere esercitato dai burocrati, cioè da una «Autocrazia Burocratica di stampo platonico» che aprirebbe «la strada verso la servitù»¹²⁶. Non potrebbe essere più chiaro, se non fosse che i burocrati e i tecnocrati, che immaginiamo alle spalle di *nudger* e *policy maker* mentre raccolgono, catalogano, organizzano i dati e i riscontri empirici, non sono gli unici “despoti”, forse nemmeno i peggiori. Per i neopaternalisti, a limitare la nostra autonomia non è il *nudger* ma noi stessi, cioè la nostra razionalità difettosa e l'inerzia che ne dipende. Se di paternalismo dispotico si tratta sarà opportuno individuare con più precisione il despota. A tal fine, un nuovo confronto, nella seconda parte del volume, con Gerlad Dworkin, uno dei più autorevoli teorici del paternalismo, contribuirà a renderà più evidente il fallimento del carattere mite del neopaternalismo del *nudge*.

L'intenzione è far reagire la riflessione sul paternalismo con una più complessiva sulla normatività (non solo giuridica) di stampo liberale, e su quella che Michel Foucault ha definito 'neoliberale'. La prima mette in campo la regola del diritto, la seconda invece poggia sulla distinzione tra “legge” e “norma”. In *Il soggetto e il potere*, Foucault descrive una società che funziona attraverso le norme (non con le leggi) e instaura una “cultura del *prevedibile*”, cioè una società che si serve di procedure di razionalizzazione che trasformano le pratiche di governo in *pianificazione*¹²⁷. Non obbedire a leggi, ma essere assoggettati a norme è per Foucault il presupposto per diventare soggetti in questo tipo di società, in cui la “libertà” è la forma specifica della servitù.

¹²⁶ V.P. Veetil, “Libertarian Paternalism Is an Oxymoron: An Essay in Defence of Liberty”, *European Journal of Law and Economics*, 31, 3, 2011, pp. 321-334. Nel finale approfondiremo anche il tema della burocrazia – termine mai utilizzato da Sunstein, nel senso istituzionale di ‘apparati’, ma solo in quello allusivo e deteriore di male da estirpare in nome della semplificazione.

¹²⁷ Macherey, *Il soggetto delle norme*, cit., pp. 77, 79.

In definitiva, a quale tipo di assoggettamento punta il neopateralismo del *nudge*? La domanda è interessante perché di fronte ad agenzie come OIRA e BIT sorge il dubbio che le critiche al paternalismo libertario, per quanto condivisibili, non problematizzino a sufficienza i motivi per cui gli stati occidentali di antica tradizione liberale decidono di ricorrere a politiche di *nudging*¹²⁸.

Che certe persone preferiscono i cibi grassi a quelli dietetici e biologici, secondo Thaler e Sunstein è da ricondurre ai bias cognitivi e ai fallimenti comportamentali, non alle condizioni sociali ed economiche in cui versano le nostre società – né, tanto meno, a una scelta consapevolmente insalubre. Il ricorso esclusivo all'argomento psicologico per la giustificazione del paternalismo ha l'effetto di eclissare le ragioni sociali, cioè le interferenze di un dato sistema socio-economico e culturale sulle condotte individuali e collettive. Detto altrimenti, la pervasività dell'argomento psicologico elude del tutto i motivi per cui gli stati non sono più disposti a farsi carico del "costo" delle libertà del cittadino. Il costo è ora addossato ai singoli. Che sia questa la ragione per cui sembra meno necessario il ricorso all'uso della forza del diritto?

Occorre inoltre chiedersi se è pensabile che i cittadini di una democrazia liberale, dotati di una certa struttura cognitiva e, si immagina, interessati a difendere il nucleo fondamentale delle loro libertà, possano decidere di darsi vincoli paternalistici *soft* come argine alla loro razionalità limitata e alla loro inerzia comportamentale. E in che senso deciderlo preserva la loro autonomia?

A queste domande cerca di rispondere un'indagine dell'istituto di ricerca sociale Ipsos Mori, condotta nel 2012 e rivolta a 18.500 adulti di 24 nazioni attraverso l'inchiesta «Acceptable Behaviour? Public Opinion on Behaviour Change Policy»¹²⁹. L'obiettivo era accertare il grado di consenso dell'opinione pubblica rispetto a inter-

¹²⁸ Scrive Zappino: «il ricorso all'argomento psicologico e, dunque, "scientifico" non rischia però di sortire l'effetto di addossare completamente al soggetto la responsabilità non solo dei comportamenti "viziosi" di per sé, ma anche dei motivi per i quali gli stati avvertono l'urgenza di arginarli?»: Zappino, "Il paternalismo, tra 'proibizione' e 'disciplinamento'", cit., p. 161.

¹²⁹ Ipsos Mori, *Acceptable Behaviour? Public Opinion on Behaviour Change Policy*, 2012, http://www.ipsos-mori.com/DownloadPublication/1454_sri-ipsos-mori-acceptable-behaviour.pdf.

venti tesi a condizionare paternalisticamente i comportamenti delle persone e il loro stile di vita¹³⁰. L'indagine ha rivelato che i cittadini sono in genere favorevoli a interventi paternalistici *soft*: quasi il 70% si dice bendisposto verso misure che inibiscono comportamenti dannosi, mentre l'87% degli intervistati è favorevole all'incentivazione di specifici comportamenti benefici. Il sondaggio ha inoltre rivelato che vi è un generale dissenso verso interventi di paternalismo forte. Il consenso per il paternalismo è cioè inversamente proporzionale all'intensità della misura adottata e tende a diminuire con l'aumento della forza autoritaria dei dispositivi.

Questi risultati danno consistenza all'ipotesi che paternalismo debole e forte, pur essendo concettualmente distinguibili, possono essere concepiti come poli opposti di una direttrice che lascia lo spazio intermedio alla mercè della creatività politica più sottile. Non solo, in molti casi un paternalismo *soft* è difficilmente evitabile, come scriveva già Mill, ma il rapporto fra libertà e paternalismo non può essere predeterminato, nella misura in cui scienza e politica possono allearsi, o per "disciplinare" gli Umani e indurli ad affidarsi supinamente agli interventi paternalistici che li esonerino dalle decisioni più complicate; oppure, nel caso in cui gli Umani abbiano una componente di Econe superiore alla media, a fare i *nudger*; o, più probabilmente, ad accettare di buon grado il fatto che un mondo popolato di Umani è troppo complesso, esposto al rischio e poco gestibile, e che dovremo prima o poi acconsentire a essere trattati tutti come Umani difettosi, anche se sentiamo che questo ci squalifica e limita la nostra autonomia di scelta. In fondo ci conviene, è nel nostro interesse, e tutta la collettività ne trarrà vantaggio in termini di stabilità sociale.

10. Oltre il *nudge*?

Gerald Dworkin ha sostenuto che se le persone fossero davvero preoccupate delle loro tendenze irrazionali potrebbero accettare «politiche di assicurazione sociale» come meccanismi istituzionali

¹³⁰ Ci informa di questa indagine Giacomini, "Libertà et/aut Paternalismo", cit., pp. 14-15.

di tutela dalle decisioni autonome ma dannose¹³¹. Il *nudge* paternalistico sembra incarnare questa reazione perché si avvale di scienze comportamentali che delineano una natura umana duale, fatta di razionalità deliberativa e impulsività autolesionistica, e si propone di fare sì che la componente razionale possa concepire dispositivi che aiutino quella impulsiva ad agire per il meglio una volta instradata dai default. La proposta del *nudge* incede baldanzosa, dando per scontato che di fronte a benefici di questa portata nessuno sarebbe disposto a considerare gli interventi paternalisti come «ampliamento non indispensabile del potere [dello Stato]»¹³².

Occorre però chiedersi se una soluzione neopaternalistica compatibile con la democrazia richieda un'accettazione esplicita da parte dei suoi destinatari oppure possa prescindere¹³³. Nel primo caso, il consenso esplicitamente richiesto e accordato renderebbe forse inutile, in tempi più o meno brevi, il ricorso a misure paternalistiche *soft*¹³⁴; nel secondo è immaginabile che nel corso del tempo le manovre paternalistiche diventino sempre più pervasive e capillari, cioè sempre meno miti e sempre meno controllabili. Ma l'osservazione di Dworkin, certamente lontana dalla sensibilità liberale di Mill, suona allarmante perché insinua il dubbio che si tratti di puntare su un addestramento morale e disciplinare di assoggettamento a misure paternalistiche sempre più sofisticate, cioè che il consenso passi attraverso una presa d'atto – anche nel senso di auto-coscienza – dell'inferiorità dei governati rispetto ai governanti.

Sembra, in altri termini, che il “paternalismo morale”, meglio e più di quello giuridico, rappresenti il parametro di valutazione del paternalismo del *nudge*.

¹³¹ Dworkin, “Paternalism”, *The Monist*, cit.

¹³² Mill, *La libertà*, cit., p. 220.

¹³³ Discuteremo del rapporto tra *nudging* e democrazia anche nei capitoli 6 e 7, *infra*.

¹³⁴ Ma bisognerebbe distinguere tra chiedere il consenso all'attivazione di un singolo *nudge*, in quanto *nudge*, e chiedere il consenso per l'utilizzo del sistema di *nudging* in quanto tale.

PRIMA PARTE

ETICA E PATERNALISMO LIBERTARIO

CAPITOLO 2
UN'ANALISI DELLE BASI EMPIRICHE DELLA TEORIA

1. Questioni di metodo

Tra le giustificazioni preliminari offerte da Sunstein e Thaler per mostrare che il paternalismo libertario non è un ossimoro e che esiste una compatibilità di fondo tra libertarismo e paternalismo vi è la tesi che l'«anti-paternalismo dogmatico di numerosi analisti del diritto» poggi su una premessa falsa e su due fraintendimenti¹. Il primo fraintendimento riguarda l'idea che il paternalismo sia evitabile, ossia che gli ambienti in cui gli agenti scelgono sono “neutrali” e strutturati in modo tale da risultare incontaminati da decisioni prese da altri agenti (siano essi decisori pubblici o privati, a seconda dell'ambiente preso in considerazione). Chiunque abbia la responsabilità di prendere decisioni pubbliche (legislatori) o private (il ristoratore che sceglie l'ordine con cui presentare i cibi al suo ristorante, per esempio) non può fare a meno di predisporre gli ambienti in modo tale da esercitare un'influenza sugli individui. Il secondo fraintendimento riguarda la presupposta implicazione tra paternalismo e coercizione. In realtà, il paternalismo libertario è l'esempio lampante (secondo i suoi fautori) del fatto che esistono forme di paternalismo per cui questa implicazione non vale. Ovviamente questi due fraintendimenti appariranno come tali solo quando si sarà mostrato che (1) il paternalismo è effettivamente inevitabile; (2) il paternalismo libertario è non coercitivo, due tesi che non si possono dare per scontate e su cui torneremo nei prossimi capitoli. Per il momento concentriamoci sulla falsa premessa su cui si fonderebbe il dogmatismo anti-paternalistico e che può essere così riassunta:

quasi tutte le persone, quasi ogni volta, compiono scelte che sono nel loro migliore interesse o che sono perlomeno migliori, a loro giudizio, delle scelte che farebbero terze parti. Questa affermazione è tautologica, e di conseguenza priva di interesse, oppure è verificabile. Sostenia-

¹ Sunstein, Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., p. 1163.

mo che è verificabile e falsa, addirittura falsa in modo ovvio. In realtà siamo dell'idea che, se ci si riflette, essa risulterà non credibile².

Come affermano esplicitamente Sunstein e Thaler, questa premessa è in principio verificabile e, alla luce delle conoscenze empiriche disponibili, essa è anche falsa. Secondo i paternalisti libertari, la spiegazione più credibile degli atteggiamenti umani è quella fornita da un modello che ripartisce la mente in due sistemi cognitivi, uno impulsivo (Sistema 1) e l'altro riflessivo (Sistema 2), che nelle pagine di Sunstein e Thaler sono ripresi e trasformati in una vera e propria antropologia bipartita. Come si è visto, i due sistemi cognitivi servono per introdurre due diverse specie di *homines*: il primo è quello postulato dalla teoria economica classica, l'*homo oeconomicus*, che appartiene in realtà alla mitologia e non all'antropologia perché è modellato su una teoria empirica sostanzialmente falsa; l'altro è l'*homo sapiens*, ossia l'agente umano così come è in realtà. Per rendere ancora più vivida questa suddivisione, gli autori contrappongono agli "Umani" la specie ideale degli "Econi", i cui membri sono *homines oeconomici* che scelgono rispondendo al Sistema 2, quindi in termini sempre riflessivi e razionali. Noi umani, invece, siamo condannati a essere prigionieri delle imperfezioni del Sistema 1 e quindi esposti sistematicamente all'errore, all'auto-inganno, alla debolezza della volontà. Per usare un'unica parola: all'irrazionalità³.

Prima ancora di affrontare il *contenuto* della tesi da cui muovono i due autori, è opportuno fare alcune osservazioni sulla sua *forma* e sul metodo scelto dai paternalisti libertari. In questo primo paragrafo svolgeremo alcune osservazioni preliminari su questi assunti metodologici partendo da un confronto con quanto sostenuto in filosofia morale da alcuni naturalisti relativamente al rapporto tra etica e conoscenze empiriche. Lo scopo non è certo quello di dare un resoconto esaustivo delle teorie che regolano questa relazione – in realtà una *vexata quaestio* nel dibattito filosofico – né di fornire una

² *Ibidem*.

³ Cfr. Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 12-15; Sunstein, *Effetto Nudge*, cit., pp. 21-28. È da sottolineare che non tutti sono d'accordo sull'adozione del sistema duale per spiegare la mente. Cfr. N.-E. Sahlin, A. Wallin, H. Persson, "Decision Science: From Ramsey to Dual Process Theories", *Synthese*, 172, 1, 2010, pp. 129-143.

difesa o una critica su questo versante a quanto proposto dai paternalisti libertari. L'unico fine di queste pagine è quello di chiarire che il paternalismo libertario è una forma di naturalismo (metodologico), senza che questo implichi la tesi secondo cui i naturalisti in etica debbano accettare per coerenza il paternalismo libertario, sebbene questa posizione non sia incompatibile con il naturalismo etico. Ragioni "sostantive" come quelle che presenteremo nei prossimi capitoli potrebbero indurre a rifiutare una proposta normativa che si trova convincente sul piano metodologico.

Il tenore generale della proposta del paternalismo libertario è sostanzialmente pragmatico. L'obiettivo di Sunstein e Thaler è individuare soluzioni efficaci a problemi irrisolti nel dominio della scelta e del comportamento e non è un caso che insistano particolarmente sul fatto che la loro proposta non influenza i fini che le persone decidono di perseguire, ma solo i mezzi che esse scelgono per realizzare quei fini. Eppure il tono pragmatico e semi-utilitaristico non occulta il fatto che la proposta di Sunstein e Thaler incorpora tacitamente un'opzione metodologica ben precisa. La riflessione da cui partono non riguarda la constatazione delle presunte *inadeguatezze* o *limiti* normativi della concezione antropologica assunta dagli anti-paternalisti per costruire le loro alternative, perché ad esempio non è in linea con la nostra natura di agenti razionali o non rispetta alcuni vincoli a priori posti alle possibili rappresentazioni degli agenti. La critica che Sunstein e Thaler muovono è a posteriori perché la concezione antropologica anti-paternalistica è *empiricamente falsa*.

Questa mossa configura il paternalismo libertario come una teoria naturalistica che accetta vincoli empirici nella costruzione della propria proposta normativa. Si potrebbe anche affermare che il paternalismo libertario ritiene il soddisfacimento di certi requisiti empirici una condizione necessaria affinché una possibile teoria politica sia *normativamente valida*⁴. Su un piano esclusivamente

⁴ Non entriamo nel merito del concetto di "validità normativa", che va distinta dalla validità meta-normativa. Questa distinzione implica che la produzione di conclusioni normative con procedure adeguate non è garanzia essa stessa dell'accettabilità di queste conclusioni. Il giudizio di accettabilità dipende invece anche dal soddisfacimento di altri criteri, *in primis* un criterio di efficienza: le misure introdotte (ossia, l'architettura della scelta) è efficace nell'orientare il comportamento degli individui verso mete ritenute desiderabili? È

“meta-teorico”, possiamo sostenere che il paternalismo libertario è una forma di naturalismo metodologico, per usare un’espressione mutuata dal filosofo morale Peter Railton⁵ che introduce una serie di distinzioni con l’intento di chiarire il rapporto tra la filosofia e le discipline scientifiche e di difendere una teoria morale naturalistica. Possiamo riprendere la categoria di “naturalismo metodologico”, cercando di applicarla anche al caso che stiamo prendendo in esame.

Secondo il naturalismo *metodologico*, la filosofia non possiede un peculiare metodo a priori ma deve procedere a posteriori, insieme alla (o come parte della) ricerca empirica portata avanti dalle scienze naturali. Da questa forma di naturalismo “meta” si distingue il naturalismo *sostantivo* (*substantive*), che non prende ovviamente in considerazione la forma, ossia il metodo più valido per giungere a conclusioni giustificate, ma la natura e il contenuto di queste conclusioni: sono queste infatti a essere “naturalizzate”, con la conseguenza di attribuire alla ricerca filosofica il compito di costruire una «spiegazione di qualche dominio del linguaggio o della prassi degli esseri umani che fornisce un’interpretazione dei suoi concetti centrali in termini che possono essere oggetto di ricerca empirica»⁶. Railton specifica che le due forme di naturalismo non sono connesse in modo necessario, perché si può essere naturalisti metodologici senza sottoscrivere alcuna conclusione sostantiva naturalizzata, come si può essere naturalisti sostanziali senza utilizzare metodi empirici per raggiungere le conclusioni che si difendono⁷. Un naturalista metodologico può sostenere che la ricerca empirica costituisce un vero e proprio vincolo alla costruzione delle teorie, nel senso che non sono ammesse proposizioni valide *a priori*, ma al contempo rifiutare che le proposizioni rilevanti in un dato dominio (ad esempio l’etica) abbiano natura cognitiva.

Mutatis mutandis, si può sostenere che l’accettazione di un vincolo empirico alla costruzione della teoria normativa (in questo

proprio l’introduzione del criterio di efficienza che può costituire una fonte di problemi sul piano normativo.

⁵ P. Railton, “Naturalism and Prescriptivity”, *Social Philosophy & Policy*, 7, 1, 1989, pp. 151-174.

⁶ Ivi, p. 156.

⁷ Ivi, pp. 155-156.

caso, una teoria dei rapporti tra decisori pubblici e individui) qualifica il paternalismo libertario come una teoria metodologicamente naturalistica: alla base, come detto, vi è una concezione dell'agente umano che risponde a una descrizione empiricamente informata, basata sulle conoscenze avanzate dell'economia e della psicologia comportamentali. Su questa si innesta la presa di posizione normativa che costituisce il nucleo della teoria del paternalismo libertario, il cui contenuto sarà però condizionato dalle conoscenze empiriche poste a premessa. Come si è visto, un primo motivo per dubitare della concezione liberale classica è dato dal fatto che essa poggia su una falsa assunzione sul comportamento (della maggioranza) degli esseri umani. La premessa della tendenziale razionalità del comportamento umano, che caratterizza la teoria classica della scelta razionale, è smentita dalla psicologia del giudizio e della decisione e dall'economia comportamentale. Se il modello *descrittivamente* più adeguato è quello che suggerisce l'esistenza di una razionalità (fortemente) imperfetta, allora saranno adeguate solo quelle concezioni normative che posso soddisfare questi vincoli descrittivi ed è opinione di Sunstein e Thaler che perlomeno una teoria che lasci interamente la scelta all'autonomia individuale non riesce a catturare adeguatamente la realtà delle cose.

Perché una corretta descrizione empirica del comportamento umano dovrebbe essere dirimente per costruire una teoria politica? Rimanendo sul piano squisitamente metodologico e proseguendo l'analogia tra le premesse del paternalismo libertario e le concezioni naturalistiche in etica, risulta evidente che sarebbe votata al fallimento una qualsiasi teoria normativa che proponesse la realizzazione di "personalità" che sono impossibili, a tal punto per cui «nessun membro futuro della nostra specie, in nessun contesto sociale possibile, potrebbe realizzare, o anche avvicinare, la struttura motivazionale richiesta dalla teoria»⁸. La citazione è estrapolata da un contesto in cui l'autore, il filosofo Owen Flanagan, sta considerando l'importanza metodologica delle ricerche psicologiche (intese in senso lato) per l'etica. Parafrasando questo punto, si può sostenere che Sunstein e Thaler partono dalla premessa che qualora una teoria

⁸ O. Flanagan, *Varieties of Moral Personality: Ethics and Psychological Realism*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 26.

etico-politica proponga regole di comportamento che non possono essere seguite da alcun membro della nostra specie, allora questa difficoltà costituirebbe un'obiezione molto potente a questa teoria. In questo senso, il paternalismo libertario come teoria naturalistica è impegnato a rispettare il requisito minimo di naturalizzazione che Flanagan ha definito "principio del realismo psicologico minimo".

Secondo Flanagan, il rapporto tra psicologia ed etica non deve essere unidirezionale e limitato alla richiesta che l'etica ponga dei limiti alle pratiche sociali, indicando quali tipi di "personalità" morale è consentito o obbligatorio realizzare. Una concezione più adeguata dell'etica sostiene invece la bi-direzionalità secondo le linee a cui si è già accennato, per cui è salutare per l'etica confrontarsi con i dati elaborati dalla psicologia empirica (individuale e sociale) per avere una migliore comprensione dei fenomeni morali. Ed è anche significativo che tra gli esempi di fruttuosa interazione tra etica e psicologia, Flanagan ricordi anche gli studi di Tversky e Kahneman sul bias di disponibilità (*availability bias*):

Anche i risultati conseguiti in aree apparentemente prive di collegamenti posso essere rilevanti per l'etica. Un esempio è il lavoro di Tversky e Kahneman sui bias di rappresentatività (*representativeness bias*) e di disponibilità (*availability bias*) nel ragionamento umano. Questi autori non hanno tracciato connessioni particolari tra il loro lavoro sulla razionalità umana in generale e il ragionamento morale come sua specie particolare. Ma si può facilmente capire che l'euristica della disponibilità (la tendenza a pensare che ciò che si nota come saliente o importante o usuale è davvero saliente, importante o usuale) contribuisce a spiegare le scoperte come quelle di Gilligan sulle differenze nel modo in cui uomini e donne costruiscono il dominio della moralità. Il bias di disponibilità indurrebbe ad aspettarsi che le persone costruiscano il dominio della moralità dalla prospettiva del tipo di problemi morali con cui si confrontano tipicamente piuttosto che a partire da una prospettiva astratta e impersonale. I filosofi e gli psicologi secondo cui le donne che concepiscono i problemi morali come paradigmaticamente implicati nelle relazioni tra persone care e nelle relazioni strette non riescono, semplicemente, a comprendere cosa sia la moralità (per esempio Kohlberg), potrebbero essere essi stessi vittime di una costruzione personale e ristretta del dominio della moralità, scambiando in

realtà ciò che è disponibile grazie alla loro esperienza con ciò che essi pensano sia la natura delle cose⁹.

Un maggiore realismo psicologico nelle teorie morali consentirebbe anche di guadagnare maggiore chiarezza nel dibattito e comprendere i motivi per cui si generano alcuni disaccordi tra filosofi e psicologi sulla corretta interpretazione dei fenomeni morali. Ma a parte ciò, è questo un vivido esempio del modo in cui un naturalista come Flanagan intende la fruttuosa interazione tra conoscenze empiriche di carattere scientifico e filosofia morale.

Il principio del realismo psicologico minimo è formulabile sotto forma di massima: «Quando costruisci una teoria morale o progetti un ideale morale assicurati che il carattere, il processo decisionale e il comportamento prescritti siano possibili o percepiti come tali per creature quali noi siamo»¹⁰. La funzione del principio è quella di fornire un criterio per poter valutare se le teorie morali che aspirano a orientare la decisione e l'azione di agenti concreti sia effettivamente efficaci sotto il profilo pratico perché incorporano direttive di comportamento e raccomandano ideali morali che possono essere trasformati in realtà. Ma Flanagan si premura di aggiungere che rispettare questo principio non basta a «fissare» la teoria morale, perché i tipi di psicologia morale che è possibile realizzare sono estremamente vari e non tutti possono essere considerati moralmente desiderabili¹¹. Il principio del realismo psicologico minimo dice quali teorie sono *possibili* ma per giudicare quali di esse sono *degne di essere realizzate* servono altre considerazioni. Anche in un quadro filosofico di tipo naturalistico, le conoscenze empiriche disponibili sulla psicologia umana sono necessarie ma non sufficienti per determinare la componente normativa della teoria. Come si esprime Flanagan in un altro saggio, «la morale è radicalmente sotto-determinata rispetto a ciò che è meramente descrittivo e osservazionale»¹², cosicché sono necessarie considerazioni di tipo normativo (nel caso di Fla-

⁹ Ivi, pp. 22-23.

¹⁰ Ivi, p. 32.

¹¹ Ivi, pp. 32-33.

¹² O. Flanagan, "Ethics Naturalized: Ethics as Human Ecology", in *Self Expressions. Mind, Morals, and the Meaning of Life*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 118.

nagan: naturalizzate) per discriminare quali sono, tra tutte le morali che possono essere concretamente realizzate dati i limiti empirici della natura umana, quelle che sono degne di esserlo effettivamente. La base descrittiva non esaurisce quindi il contenuto e le potenzialità della morale.

Le teorie morali e le personalità morali sono fissate (e in gran parte valutate) in relazione a particolari ambienti e nicchie ecologiche che cambiano, si sovrappongono, ecc. Pertanto, è meglio pensare l'etica come parte dell'ecologia umana, cioè, senza pensarla come disciplina filosofica speciale o come parte di qualche scienza dell'uomo in particolare. Tutti i modi di vivere vanno bene? Gli unici standard di critica legittimi sono quelli "interni"? La risposta è no. Ciò che è buono dipende in gran parte da ciò che è buono per una particolare comunità, ma quando quella comunità interagisce con altre comunità, queste hanno voce in capitolo. Inoltre, può accadere che quando sono introdotte tutte le informazioni provenienti dalla storia, dall'antropologia, dalla psicologia, dalla filosofia, dalla letteratura, ciò che all'apparenza era una buona pratica o un buon ideale viene provato, testato e non si rivela così buono. Quindi se l'etica fa parte dell'ecologia umana, e penso che ne faccia parte, le norme che regolano la valutazione delle pratiche e degli ideali dovranno essere le più ampie possibili. Per giudicare gli ideali, non sarà sufficiente guardare e vedere se essi beneficiano le persone sane e le comunità sane qui e ora, ma si dovrà appurare se questa condizione di "salute" è acquisita senza adottare pratiche come schiavitù, razzismo, sessismo e simili, che sappiamo possono passare inosservate per un po' di tempo, ma che possono impedire alle persone di prosperare e alla fine avvelenano i rapporti umani, se non nel presente, almeno nelle generazioni vicine¹³.

Questa lunga citazione ha il merito di gettare luce sull'aspetto che stiamo considerando, perché afferma in modo molto chiaro ed esplicito che le valutazioni normative dovranno basarsi su criteri "più ampi possibili" e non limitarsi a valutare se una particolare teoria realizza un "tipo psicologico" empiricamente valido. Analogamente, è utile ricordare che nel caso del paternalismo libertario il problema non consiste soltanto nel creare legami coerenti tra il piano descrittivo e il piano normativo; non è cioè sufficiente che la teoria politica elabori strategie di governo del comportamento individuale che

¹³ Ivi, p. 140, nota 41.

mettono in conto i limiti della razionalità e dei difetti cognitivi che contraddistinguono la mente umana in quanto tale. Un elemento qualificante del paternalismo libertario, come già accennato, è che questa mancata corrispondenza tra ciò che la teoria statuisce e ciò che le conoscenze empiriche (“la realtà dei fatti”) suggeriscono genera conseguenze contro-producenti, a partire da una diminuzione del benessere individuale e collettivo o un suo grado non ottimale. Ma il contenuto di questo ulteriore vincolo dipende dal significato che attribuiamo ai singoli termini che compongono la formula “diminuzione di benessere individuale o collettivo”, una questione che è possibile affrontare solo a partire da valutazioni “più ampie possibili”¹⁴.

2. Limiti cognitivi?

Rimaniamo per il momento sul versante empirico. Perché il realismo psicologico minimo riesca a vincolare fruttuosamente la teoria normativa è necessario che il contenuto descrittivo della base empirica sia accettabile, occorre cioè che l'economia e la psicologia comportamentale riescano a dimostrare il carattere endemico dell'irrazionalità¹⁵. Su questo punto Gerd Gigerenzer ha mosso alcune critiche alla capacità esplicativa dell'economia comportamentale. La base empirica su cui poggia il paternalismo libertario è

¹⁴ Per rimanere sul terreno dell'etica naturalistica, Flanagan sottolinea che le fonti da cui attingere le informazioni necessarie, sul fronte normativo, per mettere in atto critica, analisi sociali e formazione di nuove e migliori norme e valori sono molteplici: psicologia, scienze cognitive, storia, antropologia, letteratura, arti e conversazioni e osservazioni ordinarie quotidiane del benessere di individui, gruppi, comunità o esseri senzienti. È quindi una concezione non riduzionista ma pluralista, perché non riduce le valutazioni normative a una sola dimensione o a un solo genere. Cfr. *ivi*, p. 119. Cfr. anche O. Flanagan, H. Sarkissian, D. Wong, “Naturalizing Ethics”, in W. Sinnott Armstrong (ed.), *Moral Psychology. Volume 1: The Evolution of Morality: Adaptations and Innateness*, MIT Press, Cambridge, 2008, pp. 1-25.

¹⁵ Per alcune riflessioni sugli effetti che queste scoperte dovrebbero avere sul modo di fare filosofia morale, cfr. J. Brännmark, N.-E. Sahlin, “Ethical Theory and the Philosophy of Risk: First Thoughts”, *Journal of Risk Research*, 13, 2, 2010, pp. 149-161; N.-E. Sahlin, J. Brännmark, “How Can We Be Moral When We Are so Irrational?”, *Logique et Analyse*, 56, 221, 2013, pp. 101-126.

costituita essenzialmente da due pilastri descrittivi: l'idea che le persone mancano di razionalità, in quanto compiono errori sistematici di ragionamento per i limiti cognitivi di cui soffrono; e l'idea che le persone siano difficilmente educabili, ossia che la propensione a commettere errori difficilmente può essere corretta e sostituita con strategie cognitive che non siano vittime degli stessi limiti. Queste due premesse sono necessarie (sebbene non sufficienti) per giungere alla conclusione che lo sfruttamento delle spinte gentili è la soluzione più promettente tra quelle disponibili nel disegno dell'architettura degli ambienti di scelta.

Gigerenzer sostiene invece che ci sono almeno tre punti su cui i paternalisti libertari si sbagliano:

1. Le prove dell'irrazionalità sistematica sono ben lungi dall'essere chiare come rivendicato dai paternalisti libertari. In modo specifico, le loro affermazioni si basano su (i) norme logiche ristrette, ossia su un fraintendimento della natura ecologica della razionalità, e su (ii) un bias di conferma, cioè una presentazione selettiva della ricerca.

2. Nemmeno l'argomento che le persone non sono educabili è supportato da chiara evidenza empirica. Al contrario, gli studi mostrano che bambini, adulti ed esperti possono apprendere il pensiero statistico con l'aiuto di rappresentazioni numeriche o visive adeguate. Educare le persone a diventare più esperte dei rischi è la reale alternativa al programma di biasimare e spingere le persone.

3. Il paternalismo libertario richiede una tecnocrazia di esperti che sappiano cos'è il meglio per noi in modo da orientarci verso di esso. Questo punto assume che gli architetti della scelta non soffrano degli stessi errori cognitivi e che non detengano alcun conflitto di interessi. Alcuni studi mostrano tuttavia che nel campo della salute e della ricchezza professionisti e ufficiali pubblici così benevolenti perlopiù non esistono. Il rimedio è quello indicato al punto 2: investire nell'educazione delle persone a diventare più esperte di rischi, in modo che possano valutare criticamente le politiche del governo¹⁶.

Lasciando per il momento da parte il punto (3), i primi due punti mettono in discussione la base empirica del paternalismo libertario

¹⁶ G. Gigerenzer, "On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism", *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, p. 366.

in due diverse direzioni. Il primo punto contesta alla base l'idea che le nostre scelte siano sistematicamente sbagliate e votate all'irrazionalità; il secondo punto, invece, sostiene che anche in presenza di errori sistematici è possibile trovare delle soluzioni che riescano a mettere riparo a questi limiti costitutivi. Questa osservazione mette a nudo l'esigenza di aggiungere un anello alla catena di ragionamenti che porta dalla descrizione della natura umana al ricorso alle spinte gentili: la nostra natura limitata di "esseri umani" è tale da impedirci non solo di "trascendere" la condizione data ed elevarci al rango degli Econi, ma anche di mettere in campo emendamenti meno ambiziosi, ma nondimeno fruttuosi, alle strategie fallate di cui siamo naturalmente dotati per affrontare le situazioni problematiche. La combinazione di queste due premesse (limiti costitutivi e impossibilità di superarli) vincola *in modo forte* la costruzione della parte normativa della teoria, perché di fatto obbliga a percorrere unicamente la strada delle spinte gentili. Sofferamoci per il momento sulla prima tesi, differendo di qualche paragrafo l'analisi della seconda.

Lo psicologo tedesco Gerd Gigerenzer ha sviluppato negli anni un modello empirico-descrittivo alternativo a quello accettato da economisti comportamentali e paternalisti libertari e improntato all'idea di *razionalità ecologica*. In letteratura tale modello ha assunto il nome di *Fast and Frugal Heuristics* (FFH), contrapposto al modello *Heuristics and Biases* (HB) che prende le mosse dall'idea di razionalità limitata (*boundend rationality*).

3. Effetti *framing*

Gigerenzer analizza alcuni bias che secondo il paternalismo libertario sono particolarmente importanti per costruire politiche capaci di orientare il comportamento di cittadini; qui ricapitoleremo solo le sue osservazioni in merito al cosiddetto 'effetto *framing*', la sensibilità *alla forma in cui* una certa informazione viene comunicata. La teoria classica della scelta razionale include un principio di invarianza, secondo cui rappresentazioni diverse dello stesso problema devono dare luogo alla stessa scelta, assumendo che la preferenza soddisfatta dalla scelta sia stabile rispetto a descrizioni alternative dello stesso scenario. Violazioni del principio di inva-

rianza implicano deviazioni dallo standard di razionalità, poiché è razionale operare la stessa scelta in presenza di formulazioni diverse di un'informazione rilevante senza variazioni di contenuto. In un classico studio sulla teoria della decisione in condizioni di rischio, gli psicologi Amos Tversky e Daniel Kahneman hanno messo in luce come la condizione d'invarianza sia sistematicamente violata in certi contesti di scelta¹⁷. Uno degli esempi riportati dagli autori a supporto della loro tesi è ripreso da uno studio di Barbara McNeil e colleghi, in cui venivano sottoposte a un gruppo di soggetti informazioni statistiche sulla comparazione di due trattamenti per il tumore polmonare, mostrando gli stessi dati formulati in un caso secondo il tasso di mortalità e nell'altro secondo il tasso di sopravvivenza:

Formulazione in termini di sopravvivenza

Chirurgia: di 100 persone sottoposte a chirurgia, 90 sopravvivono al periodo post-operatorio, 68 sopravvivono alla fine del primo anno e 34 sono vive alla fine di cinque anni.

Radioterapia: di 100 persone sottoposte a radioterapia, tutte sopravvivono al periodo post-operatorio, 77 sopravvivono alla fine del primo anno e 22 sono vive alla fine di cinque anni.

Formulazione in termini di mortalità

Chirurgia: di 100 persone sottoposte a chirurgia, 10 muoiono durante l'intervento o nel periodo post-operatorio, 32 muoiono alla fine del primo anno e 66 muoiono alla fine di cinque anni.

Radioterapia: di 100 persone sottoposte a radioterapia, nessuna muore durante il trattamento, 23 muoiono alla fine del primo anno e 78 muoiono alla fine di cinque anni.

Il 18% dei soggetti esposti alla descrizione secondo il tasso di sopravvivenza scelse la radioterapia, ma la percentuale raggiunse il 44% tra i soggetti che invece lessero la descrizione formulata in termini di tassi di mortalità. Sebbene l'informazione comunicata fosse la stessa, il modo in cui era comunicata faceva la differenza in termini di scelte di trattamento¹⁸. Enfatizzare i possibili esiti positivi di una

¹⁷ Cfr. Tversky, Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, cit.

¹⁸ Cfr. B.J. McNeil *et al.*, "On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies", *New England Journal of Medicine*, 306, 21, 1982, pp. 1259-1262.

procedura (il numero delle persone che *sopravvivono* a un intervento), invece che i potenziali esiti negativi (numero delle persone che *muoiono*) determina una maggiore adesione all'intervento rispetto alle alternative.

Gigerenzer sostiene che occorre innanzitutto rigettare la premessa secondo cui «l'equivalenza logica o l'invarianza descrittiva costituisce una *norma generale* del comportamento razionale»¹⁹. Per motivare questo rifiuto, richiama un semplice esperimento condotto da Sher e McKenzie: ai partecipanti veniva chiesto di versare metà del contenuto di un bicchiere pieno d'acqua (A) in un bicchiere vuoto (B) e poi di poggiare sul bordo del tavolo il bicchiere mezzo vuoto. Molte persone sceglievano il bicchiere (A), anche se tecnicamente entrambi i bicchieri erano mezzo vuoti; se la condizione di partenza era invece un bicchiere vuoto che veniva riempito per metà, il suo status cambiava ed era giudicato come bicchiere mezzo pieno. Secondo Gigerenzer, questo risultato mostra che «in molte situazioni, la formulazione (*framing*) di una richiesta codifica un'informazione *aggiuntiva*, in questo caso sullo stato passato del bicchiere, che serve come *punto di riferimento* e che molte persone comprendono intuitivamente quale bicchiere si intende»²⁰. Anche nella vita reale utilizziamo strategie di intelligenza sociale che permettono di ridurre l'incertezza grazie al ricorso alla *razionalità ecologica*. Questo è un esempio di come un comportamento giudicato irrazionale alla luce di forme di razionalità logica (come quelle che incorporano un'equivalenza descrittiva) appare come del tutto razionale se interpre-

Sono stati documentati altri effetti di *framing*, soprattutto in ambito medico. Ad esempio, in una meta-analisi del 2007 Judith Covey ha confermato che sono considerati in modo più favorevole i trattamenti i cui benefici sono presentati sotto forma di riduzione del rischio relativo piuttosto che sotto forma di riduzione del rischio assoluto: J. Cowey, "A Meta-analysis of the Effects of Presenting Treatment Benefits in Different Formats", *Medical Decision Making*, 27, 2007, pp. 638-654. Cfr. anche D. Sarfati *et al.*, "Does the Frame Affect the Picture? A Study into How Attitudes to Screening for Cancer Are Affected by the Way Benefits Are Expressed", *Journal of Medical Screening*, 5, 1998, pp. 137-140.

¹⁹ Gigerenzer, "On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism", cit., p. 367.

²⁰ *Ibidem*.

tato in base a una forma di razionalità ecologica che segue inferenze *pragmatiche*, piuttosto che *logiche*²¹. I paternalisti libertari sostengono che le “falle” cognitive derivano dal modello di razionalità limitata che governa il funzionamento della mente, ma fraintendono il significato dell’aggettivo *limitato* o comunque ne propongono un’interpretazione eccessivamente ristretta. Nel senso originario con cui è stato introdotto dall’economista e psicologo Herbert Simon, la limitatezza della razionalità è la funzione di due variabili: le caratteristiche cognitive della mente che si palesano nelle attività del giudicare e decidere e la complessità e incertezza delle situazioni in cui gli agenti umani sono chiamati a espletare tali attività. Tale limitatezza non significa però un’inadeguatezza rispetto a un modello normativo di scelta ottimale, ma una proprietà del comportamento umano che cerca di affrontare in senso adattivo i problemi posti dalle particolari sfide ecologiche a cui va incontro²².

Ritornando all’effetto *framing*, non si deve sottovalutare il fatto che parte dell’informazione contenuta nelle diverse descrizioni incorpora anche il punto di riferimento su cui poi si basa la scelta del destinatario dell’informazione. Gigerenzer non discute l’esempio della formulazione degli esiti dei due interventi medici alternativi in termini di tassi di sopravvivenza e mortalità ma quello, forse più noto, della scelta davanti a due formulazioni diverse dei programmi d’intervento disponibili nel caso di un’epidemia. L’*Asian Disease Problem*, come viene citato in letteratura, è strutturato su due diverse descrizioni (una positiva, l’altra negativa) dello stesso scenario.

Ci si sta preparando ad affrontare una malattia che dovrebbe causare la morte di 600 persone. Sono disponibili due programmi d’intervento alternativi, che hanno le seguenti conseguenze.

²¹ *Ibidem*. Cfr. C.R. McKenzie, J.D. Nelson, “What a Speaker’s Choice of Frame Reveals: Reference Points, Frame Selection, and Framing Effects”, *Psychonomic Bulletin & Review*, 10, 3, 2003, pp. 596-602. Cfr. anche L. Macchi, M. Bagassi, L. Bailo, “Conoscenza tacita e comunicazione in compiti decisionali: il caso del *nudge*”, *Sistemi intelligenti*, 27, 1, 2015, pp. 167-179. Gli autori collegano questo tipo di studi alle ricerche che mettono in luce le proprietà implicite a quelle contestuali della comunicazione, che li porta a considerare i *nudge* come forme di “persuasione”, piuttosto che di “costrizione”.

²² Cfr. R. Viale, “Razionalità limitata e forme di paternalismo libertario”, *Sistemi intelligenti*, 28, 1, 2016, pp. 181-193, soprattutto pp. 183-184.

Programma A: verranno salvate 200 persone.

Programma B: c'è il 30% di probabilità che 600 persone vengano salvate e il 70% di probabilità che non si salvi nessuno.

Programma C: moriranno 400 persone.

Programma D: c'è il 30% di probabilità che non muoia nessuno e il 70% di probabilità che ne muoiano 600.

La maggioranza dei rispondenti preferiscono il Programma A rispetto al Programma B, ma se si confrontano con le altre due opzioni allora i partecipanti tendono a preferire il Programma D al Programma C, nonostante che A e C siano equivalenti, come lo sono B e D. Ma, secondo Gigerenzer, l'equivalenza tra le coppie di descrizioni è sì di tipo logico, ma non di tipo informazionale. Si noti che nella formulazione dei Programmi A e C non vengono specificati, rispettivamente, il numero delle persone che moriranno e il numero delle persone che sopravvivranno in seguito alla scelta, mentre questo dato è presente nella formulazione dei Programmi B e D. Questo aspetto «non deve costituire una differenza secondo la razionalità logica, dato che la formulazione in termini di guadagni e perdite è preservata. [...] Ma deve costituire una differenza per le persone intelligenti, perché la specificazione incompleta è lo strumento usato per fare raccomandazioni implicite»²³. L'ambiguità prodotta dalla mancanza di un'informazione precisa sul preciso destino delle 400 persone nel Programma A e delle 200 persone del Programma B crea a sua volta “un vuoto” che induce a raccomandare la scelta di quell'opzione o dell'altra. C'è quindi un'eccedenza dell'informazione rispetto alla forma della descrizione: prova ne sarebbe il fatto che, una volta aggiunta una maggiore ricchezza di informazione nella formulazione di A e C, l'effetto *framing* scompare, perché in questo modo si elimina quell'elemento tacito che rende possibile l'incontro tra l'intenzione di chi comunica, realizzata nella particolare descrizione scelta, e le aspettative di chi ascolta²⁴. Quindi, la conclusione di Gigerenzer è la seguente:

²³ Gigerenzer, “On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism”, cit., p. 369.

²⁴ D.R. Mandel, “Gain-Loss Framing and Choice: Separating Outcome Formulations from Descriptor Formulations”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 85, 1, 2001, pp. 56-76.

Un'analisi ecologica suggerisce che i parlanti si basano sul *framing* per comunicare in modo implicito informazioni rilevanti e per fare raccomandazioni e che anche gli ascoltatori vi prestano attenzione. [...] [L'] arte di leggere tra le righe è un compito cognitivo più esigente della stretta logica dell'invarianza descrittiva. Dopo tutto, i computer non hanno problemi nell'usare la logica ma non riescono a fare i conti con la comprensione del linguaggio naturale. [...] Tutto sommato, il principio di invarianza descrittiva è, di per sé, un metro di razionalità inappropriato. Gli effetti di *framing*, definiti come la violazione di questo principio, possono essere il risultato dell'interazione strategica, dell'interpretazione di segnalazioni di opzioni raccomandate e di altre forme di intelligenza sociale. Queste forme di intelligenza tipicamente intuitive vengono interpretate erroneamente nella letteratura degli economisti comportamentali come errori cognitivi difficili da abbandonare²⁵.

Eppure, nell'esempio sulla comparazione tra chirurgia e radioterapia proposto prima questa ambiguità non era presente, perché in entrambi i casi erano riportati i dati relativi a entrambi gli interventi, permettendo così di valutare le informazioni rese in modo esplicito. In che modo l'attenzione al contesto comunicativo e alle aspettative reciproche condizionano in questo caso la dinamica dell'informazione? Gigerenzer stesso avvisa che la spiegazione legata al punto di riferimento e alla raccomandazione implicita non è valida per tutti i casi di *framing*. Eppure si può tentare anche in questo caso di rileggere l'esempio grazie al filtro della razionalità ecologica.

Riprendiamo innanzitutto l'idea che l'equivalenza descrittiva tra le due formulazioni possa essere intesa in due sensi: come equivalenza logica e come equivalenza informazionale. Talvolta le descrizioni presentate in modo diverso (in termini di conseguenze positive – vite salvate – e di conseguenze negative – morti non evitate) possono considerarsi equivalenti dal punto di vista logico, ma non dal punto di vista informazionale perché una particolare formulazione può “nascondere” tra le righe raccomandazioni e indicazioni. Ma si potrebbe sostenere che esiste un'ulteriore asimmetria che riguarda la comprensione soggettiva dell'individuo; cioè, anche se assumiamo la perfetta equivalenza logica e informazionale tra le due descrizioni, può darsi che l'individuo manifesti una diversa *comprensione* delle

²⁵ Gigerenzer, “On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism”, cit., p. 369-370.

due formulazioni e questo indicherebbe la presenza di una limitazione cognitiva.

Discutendo della validità del consenso all'atto medico nel caso di individui esposti all'effetto *framing*, Luke Gelinus ha suggerito che la condizione di questi soggetti è, all'apparenza, diversa da quella di una persona che acconsentisse a un dato intervento medico per curare il 'ronzio nell'orecchio', ma lo negasse allo stesso intervento praticato per curare l'acufene'. In questo caso si può pensare che la diversa scelta sia dettata da una diversa comprensione soggettiva dell'informazione comunicata, perché il soggetto ignora che la definizione del termine tecnico medico 'acufene' è proprio 'ronzio nell'orecchio'. Pensiamo anche che, una volta spiegata questa equivalenza semantica, il soggetto riveda la sua decisione. Apparentemente, una persona a cui viene comunicato che, sottoponendosi a un certo trattamento medico, ha il 90% di probabilità di sopravvivere dovrebbe comprendere che ha il 10% di possibilità di non sopravvivere. In realtà, sostiene Gelinus, formulazioni positive (ad esempio quelle che indicano la sopravvivenza) e formulazioni negative (ad esempio quelle che indicano la morte) attivano associazioni cariche di valore che necessariamente spostano la nostra attenzione e influenzano le modalità con cui raccogliamo, immagazziniamo e processiamo le informazioni. Ma, cosa ancora più rilevante, queste diverse descrizioni si rapportano in modo diverso al complesso di preferenze e giudizi che le persone possiedono prima di compiere la scelta²⁶. Sarebbe questa connessione a determinare un'asimmetria nella comprensione soggettiva di formulazioni logicamente equivalenti e, sebbene Gelinus non lo dica esplicitamente, si può ritenere che la differente comprensione indichi anche in questo caso un surplus di informazione che le formulazioni conterrebbero. Questa informazione non riguarda il contenuto a cui abbiamo accesso epistemico noi, che valutiamo esternamente la situazione, ma la particolare e peculiare posizione che occupa chi si trova davanti a un'informazione che ha peculiari relazioni con elementi che toccano la sua sfera individuale.

²⁶ Cfr. L. Gelinus, "Frames, Choice-Reversal, and Consent", *Ethical Theory and Moral Practice*, 18, 5, 2015, pp. 1049-1057, soprattutto pp. 1055-1056. L'articolo è una risposta a J. Hanna, "Consent and the Problem of Framing Effects", *Ethical Theory and Moral Practice*, 14, 5, 2011, pp. 517-531.

Può forse essere utile paragonare questo aspetto con la tesi secondo cui uno stesso atto può avere descrizioni diverse, un'idea non nuova che ha una tradizione rispettabile all'interno della filosofia dell'azione. G.E.M. Anscombe, ad esempio, ha sostenuto che una stessa azione è suscettibile di descrizioni intenzionali e non-intenzionali: (a) sto battendo i tasti della tastiera del mio portatile, (b) sto scrivendo un libro sul *nudge*, (c) sto contraendo i muscoli in un certo modo, (d) sto consumando la tastiera del mio computer. Tutte sono descrizioni di cose che sto facendo ma secondo Anscombe solo alcune sono descrizioni intenzionali del mio comportamento e un semplice test può aiutare a discriminarle da quelle non-intenzionali: è sufficiente chiedere a chi sta compiendo l'azione perché la sta compiendo. Se mi viene rivolta questa domanda, è logico pensare che risponderai (b) e questo rende intenzionale la mia azione sotto la descrizione (b), perché è evidente il legame che sussiste tra l'azione stessa e una certa ragione per agire che possiedo²⁷. Le descrizioni intenzionali, quindi, selezionano certi aspetti delle azioni che mostrano questa relazione tra un certo elemento mentale (ragioni per agire) e certi movimenti che l'agente compie ed è questa relazione che rende la descrizione *rilevante* sotto un certo punto di vista; ma è anche vero che questa rilevanza dipende dal contesto e dalla pratica in cui la selezione avviene. In questo caso è la pratica del chiedere e del dare ragioni che consente di demarcare il confine tra azioni intenzionali e azioni non-intenzionali.

Qualcosa di analogo avviene nel caso dell'effetto *framing*. Piuttosto che sostenere la presenza di un difetto cognitivo nella risposta a due diverse formulazioni di una stessa informazione si può indicare la presenza di *relazioni* diverse tra ciascuna formulazione e gli stati mentali dell'agente, rispetto al particolare contesto in cui si chiede di operare una scelta. Ciò significa che l'interpretazione delle informazioni che ci vengono fornite è un processo complesso, che incorpora atteggiamenti diversi da quelli richiesti da una concezione puramen-

²⁷ Cfr. G.E.M. Anscombe, *Intention*, Harvard University Press, Cambridge, 1963, parr. 5-7, pp. 9-13. Cfr. anche E. Runggaldier, *Che cosa sono le azioni? Un confronto filosofico con il naturalismo*, Vita e Pensiero, Milano, 2000, pp. 123-129. Ovviamente questa breve ricostruzione non rende assolutamente giustizia al complesso dibattito sulle descrizioni alternative in teoria dell'azione.

te logica della razionalità. È il rimando al contesto, all'interazione, agli interessi, preferenze, desideri, aspettative dei soggetti che segna la differenza cruciale, individuata da Gigerenzer, tra il computer e l'agente umano. Diversamente dal computer, che riesce ad affrontare benissimo i problemi che richiedono l'applicazione della razionalità logica ma incontra (per il momento) evidenti difficoltà a comprendere il linguaggio naturale, gli agenti umani possono contare su risorse pragmatiche intese in senso ecologico. Questo conferma, da una parte, la nozione eccessivamente ristretta di razionalità che adottano gli economisti comportamentali e, con loro, i paternalisti libertari e dall'altra l'esigenza di descrivere in modo più ricco gli atteggiamenti mentali che possono spiegare una certa scelta. Su questo punto torneremo più avanti.

4. Statistiche

Le generalizzazioni riguardo ai *bias* e ai limiti cognitivi degli agenti sono il prodotto di esperimenti comportamentali condotti su popolazioni selezionate. Questo significa che non si tratta di valutazioni fatte sul comportamento degli agenti nella vita reale, ma in ambienti artefatti *ad hoc*, e che in questi esperimenti potrebbe essere sottostimato o del tutto ignorato il peso del contesto pragmatico²⁸; ma possono sorgere altre difficoltà sul piano più strettamente metodologico che viziano le conclusioni a cui giungono gli economisti comportamentali. Gigerenzer sottolinea che ci sono due modi per testare la capacità degli agenti di fare previsioni basate sulla regola di Bayes, il «paradigma dell'apprendimento» e il «paradigma del libro di testo». Secondo il primo paradigma le persone apprendono le probabilità tramite l'esperienza e poi vengono testate per valutare se i loro giudizi sono coerenti con la regola di Bayes.

²⁸ Nota a questo proposito Viale: «Molti di questi *bias* si producono in situazioni sperimentali spesso svuotate del significato pragmatico che si riscontra nella vita reale. In questi contesti artificiali, con domande prive di significato reale, spesso i soggetti tendono a commettere errori ed inesattezze formali. Gli stessi ambiti di ragionamento riscontrati in una dimensione decisionale reale non portano alla stessa sistematica irrazionalità formale» (Viale, «Razionalità limitata e forme di paternalismo libertario», cit., p. 185).

Se si usa il secondo paradigma, ai partecipanti agli esperimenti vengono presentati problemi testuali in cui sono formulate probabilità espresse in forma numerica e, soprattutto, in termini di «probabilità condizionate»: le probabilità che si verifichi un evento sapendo che un altro evento si è verificato sono espresse in percentuale. Per fare un esempio: la probabilità percentuale che una persona sia realmente affetta da una malattia dopo che si è sottoposta a un test che ha dato esito positivo, considerando i dati statistici relativi alla diffusione della malattia nella popolazione e alla tendenza del test di restituire diagnosi corrette, falsi positivi e negativi. Come riporta Gigerenzer, ci sono ormai diversi studi che testimoniano che le persone riescono a ragionare in accordo con la regola di Bayes quando devono prendere decisioni in base a informazioni formulate secondo *frequenze naturali*, risultanti dal processo di apprendimento per esperienza, piuttosto che in termini di probabilità condizionate. Per fare un esempio, riportiamo di seguito due diverse formulazioni (probabilità e frequenze) della stessa informazione:

Immaginate di dover condurre uno screening per il cancro al seno utilizzando la mammografia in una certa regione. Conoscete i seguenti dati sulle donne che vivono in quella regione:

- La probabilità che una donna abbia il cancro al seno è dell'1% (prevalenza);
- Se una donna ha il cancro al seno, la probabilità che il test sia positivo è del 90% (sensibilità);
- Se una donna non ha il cancro al seno, la probabilità che nondimeno il test sia positivo è del 9% (tasso di falsi positivi). [...]

Immaginate di dover condurre uno screening per il cancro al seno utilizzando la mammografia in una certa regione. Conoscete i seguenti dati sulle donne che vivono in quella regione:

- Dieci donne su 1000 hanno il cancro al seno;
- Di queste 10 donne con il cancro al seno, 9 ricevono un test positivo;
- Delle 990 donne che non hanno il cancro al seno, circa 89 nondimeno ricevono un test positivo²⁹.

²⁹ G. Gigerenzer *et al.*, "Helping Doctors and Patients Make Sense of Health Statistics", *Psychological Science and Public Interest*, 8, 2, 2007, p. 55. Anche

Nel momento in cui la stessa informazione formulata secondo probabilità percentuali viene “tradotta” nel linguaggio delle frequenze naturali, le persone (inclusi anche i professionisti sanitari) riescono a fare inferenze statistiche con maggiore abilità. Non è quindi corretto sostenere che le persone non sono in grado di fare inferenze statistiche; in generale, la loro abilità dipende da variabili ecologiche, in primo luogo dal modo in cui è formulata l'informazione pertinente. Ancora una volta, ben lungi dal dimostrare un deficit di razionalità, gli studi degli economisti comportamentali trascurano la possibilità che esistano forme di razionalità ecologica che sfruttano proprietà ambientali per produrre comportamenti intelligenti³⁰.

C'è un altro aspetto rilevante nell'analisi di Gigerenzer. Il modello delle FFH e della razionalità ecologica tende a dare una valutazione diversa delle modalità con cui il Sistema 1 agisce. Secondo il modello HB, molti degli errori in termini di razionalità derivano dal fatto che le scelte sono governate da giudizi veloci, inconsapevoli e automatici che esautorano le capacità più “riflessive”. Per questo motivo gli agenti sono vittime dell'effetto *framing* e degli errori nel calcolo delle probabilità. Da queste premesse, i paternalisti libertari traggono l'idea che l'architettura della scelta tramite l'uso delle spinte gentili siano l'unica risposta efficace a questi limiti naturali della mente umana. Il programma di ricerca di Gigerenzer non nega del tutto la base empirica da cui partono i paternalisti libertari, ma ne dà un'interpretazione differente. Piuttosto che falle ed errori, quelli che gli economisti comportamentali e i paternalisti libertari chiamano ‘bias’ sono in realtà modi diversi di applicare la razionalità alle circostanze date. In questa cornice, le euristiche veloci e immediate (il Sistema 1) non sono sistematicamente fonti di errore e di comportamenti sub-ottimali, ma strategie adattive che, con tutti i loro limiti, consentono nella maggior parte delle situazioni di affrontare con successo le sfide poste dall'ambiente. Questa diversa lettura della

l'uso di rappresentazioni grafiche incrementa la competenza nel ragionamento statistico. Cfr. G.L. Brase, “Pictorial Representations in Statistical Reasoning”, *Applied Cognitive Science*, 23, 3, 2009, pp. 369-381. Per una panoramica generale, cfr. G. Gigerenzer, *Quando i numeri ingannano. Imparare a vivere con l'incertezza*, Raffaello Cortina, Milano 2003.

³⁰ Gigerenzer, “On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism”, cit., pp. 371-373.

mente umana può portare a rivedere in modo significativo la risposta che è possibile formulare sul piano etico-politico, perché viene meno l'esigenza di predisporre regole e architetture che *si facciano carico* della fallibilità degli agenti umani nel momento in cui questa fallibilità risulta fortemente ridimensionata sul piano empirico; detto altrimenti, se si accetta la versione di Gigerenzer, il paternalismo libertario non appare più come un'opzione obbligata.

5. Educare e potenziare

Il programma di ricerca HB e il programma di ricerca FFH, difeso da Gigerenzer e altri, si trovano d'accordo su un punto: riconoscono che la razionalità logica non è in grado di descrivere il comportamento *reale* degli agenti. Il modello FFH condivide con il modello HB l'idea che esistono "percorsi cognitivi veloci", scorciatoie mentali, su cui si basa il comportamento umano in contesti che presentano particolari problemi o situazioni: gli agenti umani reagiscono e scelgono anche se sono all'oscuro di tutte le informazioni pertinenti. Si differenziano tra loro su molti altri punti, come si è visto. Il modello HB ritiene che il discostamento dalla razionalità logica avvenga il più delle volte, mentre i fautori del modello FFH sostengono che avviene solo in determinati contesti; inoltre dà una valutazione diversa dei meccanismi euristici impiegati, che non sono giudizi automatici irrazionali che ostacolano o prevengono la decisione razionale. Anche se il paradigma normativo di scelta ottimale incorporato dalla teoria classica non può essere soddisfatto *in tutti gli ambienti*, le risposte immediate che seguiamo in condizioni di disturbo, incertezza, mancanza di informazioni o di tempo non sono sempre e necessariamente votate a ottenere risultati non ottimali. In certi contesti il discostamento dalla razionalità logica non è indice di irrazionalità, ma di una forma diversa di razionalità: quella ecologica, che trova nelle euristiche veloci strategie di risposta alle sfide ambientali. Infine, sul piano normativo, è interessante notare che sia la teoria della scelta razionale, sia i nuovi programmi di ricerca sono interessati tutti alla razionalità *strumentale*, in quanto si occupano di stabilire quali siano i mezzi per ottenere i fini dati, ma non contemplano procedure per valutare la consistenza e la legittimità dei fini. Nate nell'ambito economico, assumono che il reale

problema sia quello di identificare le strategie più idonee a soddisfare le preferenze degli individui³¹. Ma sempre sul piano normativo sia la teoria della scelta razionale, sia il programma HB condividono l'idea che la razionalità logica sia un *ideale* che riesce a soddisfare l'esigenza della strumentalità.

Se sul mercato delle teorie descrittive il programma HB non è l'unico disponibile, allora il passaggio sul piano normativo (nel senso strumentale del termine) verso l'adozione del paternalismo liberatorio non sembra necessario. C'è spazio per pensare a interventi di altro tipo, che sfruttino meglio le potenzialità della razionalità ecologica. Gigerenzer sostiene che esistono due risposte all'argomento secondo cui il Sistema 1 tiene sostanzialmente in scacco gli agenti umani, rendendo virtualmente impossibile correggere o eliminare la propensione all'errore ricorrendo all'educazione delle nostre risposte intuitive. In primo luogo, nelle situazioni di incertezza, la razionalità ecologica risulta conseguire effetti migliori di quella logica e, in questi casi, non c'è bisogno di alcuna correzione. Nelle situazioni di rischio, invece, può essere razionale ricorrere a forme di pensiero razionali, come il ragionamento statistico ma, come si è visto, niente preclude di formulare le informazioni in modo che gli agenti riescano a computare i rischi correttamente. L'uso di frequenze naturali può essere d'aiuto, cosicché la vera e unica alternativa «alle spinte gentili è l'educazione: rendere i bambini e gli adulti più consapevo-

³¹ Per quanto riguarda il programma FHH, si veda quanto dichiarato da Gigerenzer e Todd: «Ma si noti che, diversamente da quanto sostenuto da Kant in filosofia morale, il termine “normativo” viene utilizzato nelle scienze cognitive per indicare i mezzi migliori, non i fini migliori (come le virtù). [...] Quando utilizziamo il termine “normativo” facciamo riferimento a questa connotazione mezzi-fini: in che modo si può raggiungere un dato scopo? Non stiamo facendo l'affermazione più forte secondo cui lo studio delle euristiche possa di per sé specificare l'obbiettivo o fornire i fini (eccetto nel caso in cui prendere decisioni veloci, frugali o trasparenti è uno scopo). Così possiamo riformulare la nostra domanda in questo modo: Lo studio delle euristiche può dirci quali strategie dobbiamo usare per raggiungere un dato obiettivo?», G. Gigerenzer, P.M. Todd, “Ecological Rationality: The Normative Study of Heuristics”, in Id. (eds.), *Ecological Rationality: Intelligence in the World*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 488.

li dei rischi. Questo obiettivo comprende il pensiero statistico e il pensiero euristico e giudizi sui limiti e le potenzialità di entrambi»³².

Sulla scia di queste considerazioni Till Grüne-Yanoff e Ralph Hertwig hanno tentato di individuare una possibile alternativa al paternalismo libertario, individuando un approccio alle politiche pubbliche basato sul programma FFH³³. Questo approccio sfrutta i *boost*, ossia «interventi che prendono di mira le abilità e la conoscenza degli individui, l'insieme disponibile di strumenti decisionali e l'ambiente in cui le decisioni vengono prese», per cui l'approccio che propongono assume come premessa l'esistenza di «un decisore le cui competenze possono essere migliorate arricchendo il suo repertorio di abilità e strumenti decisionali e/o ristrutturando l'ambiente in modo che le abilità e gli strumenti esistenti possono essere applicati con efficacia»³⁴. Esempi pratici di interventi proposti da questo approccio sono i seguenti e riprendono suggerimenti già avanzati da Gigerenzer.

(a) Nei casi in cui i rischi sono noti, si possono riformulare le probabilità delle opzioni in termini di frequenze naturali o di tassi di rischio assoluto. Ad esempio: fare questo esame ogni 2 anni riduce di 1/3 la probabilità di morire di una certa patologia nei prossimi 10 anni; fare questo esame ogni due anni riduce la probabilità di morire di una certa patologia da 3 su 1000 a 2 su 1000 nei prossimi dieci anni.

(b) Programmi educativi che permettono alla popolazione di acquisire conoscenze di base nei settori in cui gli agenti umani sono chiamati a fare scelte, anche rilevanti per la loro vita (cura della salute, alimentazione, finanza, pensioni, ecc.) e in cui si possono appren-

³² Gigerenzer, "On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism", cit., p. 375.

³³ Cfr. T. Grüne-Yanoff, "Why Behavioural Policy Needs Mechanistic Evidence", *Economy and Philosophy*, 32, 3, 2016, pp. 463-483; T. Grüne-Yanoff, R. Hertwig, "Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?", *Minds & Machines*, 26, 1-2, 2016, pp. 149-183; R. Hertwig, T. Grüne-Yanoff, "Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions", *Perspectives on Psychological Science*, 12, 6, 2017 pp. 1-14.

³⁴ Grüne-Yanoff, Hertwig, "Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?", cit., p. 152.

dere i fatti e le procedure più importanti per riuscire a intervenire con efficacia e rapidità ed evitare conseguenze dannose (ad esempio come riconoscere i primi segni dell'infarto e come chiamare correttamente i soccorsi).

(c) Strategie cognitive come gli alberi veloci e frugali (*fast-and-frugal trees*). Un albero veloce e frugale è «un tipo speciale di albero decisionale che possiede almeno un nodo finale dopo ciascun nodo decisionale. Gli alberi veloci e frugali portano diversi vantaggi rispetto agli alberi completi: richieste parsimoniose di informazione, una regola decisionale semplice e robustezza (cioè, una performance stabile quando si tratta di fare previsioni sulla base di dati di bassa qualità o sconosciuti); essi semplificano e velocizzano il processo decisionale»³⁵.

Una prospettiva che si discosta da quella dei paternalisti libertari sia per premesse antropologiche, sia per il metodo utilizzato. In primo luogo, la distinzione tra Umani ed Econi perde di consistenza, se viene interpretata per relegare gli esseri umani in una sfera di assoluta imperfezione di giudizio e decisione, inemendabile e incorreggibile. Inoltre la distinzione tra i due sistemi, se ha ancora senso sul piano descrittivo, perde rilevanza sul piano valutativo: non iscrive una gerarchia, in cui il Sistema 1 porta inevitabilmente all'errore ed è ineducabile. Un modo efficace di intervento consiste invece nel sollecitare sia le risorse automatiche sia le risorse riflessive di cui sono capaci gli esseri umani. Questo comporta, dal punto di vista del metodo, un ribaltamento della prospettiva propria del paternalismo libertario.

Sebbene Grüne-Yanoff e Hertwig non la formulino mai in modo così esplicito, l'accusa principale che muovono al paternalismo libertario è quello di adottare una forma (non tanto velata) di “conseguenzialismo comportamentista”, perché sostanzialmente è interessato all'esito del processo decisionale, che deve dare luogo a un comportamento corretto giudicato secondo certi standard di razionalità. L'intervento sull'architettura della scelta ha l'obiettivo di *modificare le azioni* in uscita degli individui, grazie alla manipolazione degli stimoli e ai dati in entrata, senza che vi sia alcuna preoccupazione

³⁵ Ivi, p. 160.

per la qualità delle inferenze o il tipo di ragionamento che i soggetti usano per raggiungere il risultato³⁶. Un'illustrazione della distanza tra l'approccio della spinta gentile e quello difeso da Grüne-Yanoff e Hertwig è rappresentata da questo brano in cui gli autori spiegano perché la presentazione di frequenze naturali facilita la gestione delle situazioni di rischio:

Una possibile ragione per cui la rappresentazione è importante è che gli algoritmi cognitivi che compiono l'inferenza statistica non sono adattati alle probabilità o alle percentuali: la nozione di probabilità matematica e strumenti matematici come il teorema di Bayes sono stati introdotti dai probabilisti classici dell'Illuminismo e le percentuali sono divenute notazioni comuni solo a partire dal diciannovesimo secolo. Di conseguenza gli algoritmi cognitivi devono essere modulati secondo altri formati in entrata³⁷.

La forma rappresentativa dell'informazione è rilevante, ma in presenza di questo riconoscimento si può decidere di manipolarla in due direzioni. La prima è quella scelta dal paternalismo libertario: l'intervento sull'architettura della scelta ha l'obiettivo di *adattare la mente* degli individui all'ambiente modificato, sfruttando le falle cognitive per orientare scelta e comportamento. La seconda strada è invece intrapresa dal *boost approach* e consiste nel percorrere la direzione opposta: la modifica dell'architettura è finalizzata ad adattare l'ambiente alle caratteristiche cognitive degli agenti umani. In questo caso, la constatazione del fatto che la nostra mappa mentale è strutturata in modo tale da avere un accesso epistemico più funzionale alle frequenze, piuttosto che alle percentuali, porta a strutturare l'informazione in modo da facilitare il processo cognitivo di corretto recepimento dell'informazione. La parola d'ordine non è quindi *orientare* la mente, ma *potenziarne* gli strumenti cognitivi e deliberativi³⁸.

³⁶ Cfr. *ivi*, pp. 163 e 176, dove compare una citazione diretta da B.F. Skinner.

³⁷ *Ivi*, p. 157.

³⁸ Cfr. Hertwig, Grüne-Yanoff, "Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions", cit. Per un altro confronto tra *boost* e spinte gentili, cfr. N.J. Reijula *et al.*, "Nudge, Boost, or Design? Limitations of Behaviorally

Ma qual è la reazione dei paternalisti libertari a questa possibilità? Sunstein ha risposto a Gigerenzer, Grüne-Yanoff, Hertwig partendo da alcune osservazioni sul funzionamento delle euristiche. Scrive Sunstein:

È importante capire che il Sistema 1 può fare cose giuste e le fa. Grazie a euristiche veloci e frugali, le persone spesso compiono ottime prestazioni. I giocatori di tennis professionisti hanno educato il Sistema 1 e sanno esattamente quale tiro serva per colpire una pallina in un dato istante. E il Sistema 2 raramente è privo di errori. In problemi che richiedono moltiplicazioni spesso le persone sbagliano³⁹.

E, ricordando che esiste una controversia sull'associazione tra Sistema 1 ed errori sistematici, aggiunge:

Alcune spinte gentili, offerte da agenzie governative, tentano di rafforzare il Sistema 2 migliorando il ruolo della deliberazione e i giudizi ponderati delle persone. Un esempio è la comunicazione di informazioni (statistiche) rilevanti, formulate in modo tale da essere comprese dalle persone. Questi tipi di spinte gentili, talvolta descritte come *boost*, tentano di migliorare la capacità delle persone di prendere decisioni da sole. Potremmo mettere nella stessa categoria le strategie di "de-biasing". Strategie di questo tipo potrebbero essere specificatamente finalizzate a contrastare il bias del presente o il bias dell'ottimismo; si pensi ai promemoria per il pagamento dei conti o gli avvertimenti statistici sulla guida distratta o sul fumo. Altri tipi di spinte gentili sono finalizzati a fare appello al Sistema 1 o ad attivarlo: gli avvertimenti espliciti sono un esempio. Dobbiamo distinguere tra le strategie informative del Sistema 2, finalizzate semplicemente a dare informazioni alle persone e a chiedere loro di elaborarle, e le strategie informative del Sistema 1, finalizzate a lavorare sul sistema automatico. Alcune spinte gentili non fanno appello al Sistema 1, in senso stretto, ma funzionano perché esso è all'opera, come ad esempio nel caso delle regole di default che hanno un grande impatto grazie al potere dell'inerzia⁴⁰.

Informed Policy under Social Interaction", *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2, 1, 2018, pp. 99-105.

³⁹ C.R. Sunstein, *The Ethics of Influence. Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 29.

⁴⁰ Ivi, pp. 29-30.

Sunstein non nega che in alcuni casi il Sistema 1 sia una guida affidabile (ma non intende sottostimare al tempo stesso la possibilità di errore del Sistema 1); inoltre riconosce che alcune spinte gentili operano intervenendo sul Sistema 2. Grüne-Yanoff e Hertwig sostengono che, in generale, chi sposa le premesse empiriche dell'economia comportamentale denota una certa resistenza a parlare di interventi che coinvolgono il Sistema 2 per due motivi: (1) nella concezione duale, i deficit cognitivi e motivazionali degli individui sono robusti e difficili da prevenire; (2) le spinte gentili sono meno costose degli interventi di potenziamento cognitivo e si sono dimostrate efficaci. Si noti che la prima motivazione è descrittiva, ma la seconda chiama in causa (come si è avuto modo di accennare) aspetti valutativi. Le spinte comportano costi minori e sono più efficaci nell'ottenere ciò che si prefiggono di realizzare. E anche qui ritorna velatamente il giudizio di comportamentismo. Gli autori riconoscono a Sunstein il merito di avere contemplato anche l'esistenza di «spinte gentili educative» (promemoria, avvertimenti, etichette informative, ecc.), che per lo più sono assimilabili a *boost* a breve termine (ossia, interventi che hanno effetti sul breve periodo), ma accomunare gli interventi considerandoli sotto la generica etichetta di “spinte” genera confusione e occulta differenze importanti. I *boost* hanno infatti un ruolo prima di tutto educativo e potenziante: il loro obiettivo è di fornire agli individui competenze e abilità che consentano loro di affrontare un'ampia gamma di circostanze, incluse quelle in cui promemoria, avvertimenti e informazioni aggiuntive non sono applicabili. Mentre i paternalisti libertari si muovono quindi secondo una metrica della *quantità* (più informazioni, più avvertimenti, più sollecitazioni), l'ambizione dei fautori del *boost approach* è di rafforzare la *qualità* delle capacità cognitive di cui gli individui sono mediamente capaci⁴¹. Non è l'esito (ossia il comportamento) che conta, ma il processo attraverso cui quell'esito viene realizzato (la comprensione e la scelta consapevole).

Del resto, Grüne-Yanoff e Hertwig sottolineano a più riprese che una proprietà caratterizzante il loro approccio riguarda il rapporto tra gli individui e gli errori che compiono nella veste di deciso-

⁴¹ Cfr. Hertwig, Grüne-Yanoff, “Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions”, cit., pp. 5, 8-9.

ri. Il paternalismo libertario non ha bisogno che le persone siano consapevoli degli errori che compiono nei loro giudizi e nelle loro decisioni, ma deve solo assicurare che l'intervento sull'architettura della scelta sia efficace rispetto al risultato desiderato. Non occorre che le persone siano consapevoli dei loro limiti, anche perché i tentativi di porvi rimedio in modo riflessivo sarebbero o eccessivamente costosi o destinati al fallimento. Gli agenti umani «tendono a prendere decisioni in modo passivo e incurante» e questo non è semplicemente un dato di fatto che li contraddistingue al punto da non essere superabile; è un dato di fatto il cui superamento non è avvertito come un'esigenza da parte dei paternalisti libertari⁴². L'approccio del *boost* punta decisamente in un'altra direzione. Conoscere i limiti e delle potenzialità delle euristiche nei vari ambienti è un requisito essenziale per poter prendere decisioni basate su un corretto accertamento dell'informazione disponibile. Un esempio è dato dall'euristica del riconoscimento: se di due oggetti solo uno viene riconosciuto, allora inferisci che l'oggetto riconosciuto ha un valore maggiore. Sebbene questa euristica consenta di scegliere in modo appropriato in certi ambienti, talvolta può indurre all'errore. Il punto quindi non è assumere l'infallibilità della nostra architettura cognitiva, ma valutare le risorse a disposizione per evitare l'errore ed eventualmente fare in modo che si sviluppino o si attivino. In questo caso si tratta dell'«abilità (o la sua mancanza) di riconoscere gli oggetti e l'abilità di valutare se il riconoscimento dell'informazione deve essere usato come criterio per scegliere tra i due oggetti, data la struttura dell'ambiente»⁴³.

C'è un altro punto interessante in quello che Sunstein dice a proposito del funzionamento del Sistema 1. Sunstein riconosce alcune virtù alle reazioni automatiche e inconsapevoli che, in taluni casi, possono produrre azioni ottimali e perfettamente in grado di sod-

⁴² Cfr. per la citazione Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 46. La versione originale è ancora più incisiva sul piano della descrizione fattuale, in quanto recita: «people tend to be somewhat *mindless, passive* decision makers» (Thaler, Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, cit., p. 37, corsivo aggiunto). C'è da osservare che in alcuni casi la conservazione dell'errore o della debolezza è fondamentale perché la spinta gentile funzioni, come nel caso delle regole di default.

⁴³ Grüne-Yanoff, Hertwig, «Nudge Versus Boost», cit., p. 169.

disfare certi scopi. L'esempio del giocatore di tennis è indicativo: se utilizzasse il Sistema 2 ogni volta che deve colpire una pallina, Federer non sarebbe il giocatore che è. Ma nel tributare questo omaggio al programma di ricerca FFH, Sunstein suggerisce che la virtuosità dell'immediatezza è il frutto di un'educazione: Federer riesce a colpire in modo efficace una pallina in brevissimi istanti, senza rifletteri e con esiti positivi (se non spettacolari) per il fatto che "ha educato" il Sistema 1. E cos'è l'educazione se non il frutto dell'esercizio nel tempo di capacità riflessive? Allenarsi comporta disegnare piani di azione, significa adottare riflessivamente comportamenti ripetitivi che esercitano i sistemi sensoriali e motori a comportarsi in un certo modo, in vista di certi obiettivi. Allora, si potrebbe suggerire, la capacità di ottenere performance ottimali grazie al Sistema 1 è data da un preventivo e (talvolta) reiterato esercizio del Sistema 2, finalizzato a sedimentare reazioni e automatismi che conducono a conseguenze benefiche in ragione di questo sforzo. Ci sono euristiche che funzionano anche se non le abbiamo "educate" e ci permettono nonostante questo di compiere azioni soddisfacenti (anche se non in tutti i casi). Ma se vogliamo discutere di quali contromisure adottare perché le persone scelgano in modi più ottimali, allora dobbiamo fare in modo che siano attivati i processi del Sistema 2 per sedimentare reazioni automatiche del Sistema 1 che rispondano a questi requisiti.

6. L'interesse a comportarsi razionalmente

Il cosiddetto *boost approach* assume una premessa potenzialmente problematica. Come sottolineano T. Grüne-Yanoff e R. Hertwig, l'approccio delle spinte gentili non ha bisogno di postulare che le persone siano motivate a trarre benefici dagli interventi di potenziamento cognitivo e deliberativo. Al massimo, per i paternalisti libertari è sufficiente che siano motivate a prendere decisioni ottimali dal punto di vista razionale. L'approccio del *boost* è invece più esigente, perché mette a disposizione strumenti per attivare, amplificare o creare competenze nei soggetti e in questa cornice la premessa sulla motivazione appare cruciale: essa però «sembra rappresentare una fiducia nella cittadinanza illuminata e autonoma che potrebbe

o non potrebbe essere giustificata»⁴⁴. Questa osservazione è interessante, perché in realtà l'approccio delle spinte gentili ha proprio bisogno di pensare il contrario. Se la cittadinanza fosse così illuminata e autonoma come la tradizione liberale postula, allora il paternalismo mite di cui si fanno promotori Sunstein e Thaler mancherebbe totalmente della base empirica che (in parte) lo legittima.

Si noti che però questa specie di "auto-denuncia" di Grüne-Yanoff e Hertwig può essere letta sia in chiave descrittiva, sia in chiave valutativa. L'interpretazione descrittiva denuncia la mancanza di fondamento empirico di questa ulteriore premessa (tacita) dell'approccio del *boost*: potrebbe essere empiricamente dubbio che la cittadinanza sia così illuminata e autonoma da *desiderare* che le istituzioni pubbliche mettano all'opera interventi che instillano competenze e abilità cognitive e spingono a utilizzarle. Il complesso di conoscenze empiriche che caratterizzano il programma SH non contiene dati che riescano a suffragare la fiducia nel fatto che i cittadini, in quanto esseri umani, sono autonomi e interessati al miglioramento. Si noti che questo argomento è diverso da quello usato da Sunstein per criticare il classico argomento epistemico del liberalismo (cfr. capitolo 4, par. 2). In quel caso, il liberalismo difende la tesi secondo cui la scelta su questioni che attengono la propria vita e la propria salute sia fisica sia mentale e spirituale (per riprendere la nota espressione di Mill) debba essere in capo all'individuo, *perché* l'individuo è l'unico ad avere un accesso epistemico privilegiato al suo bene. Il giudice ultimo di quale sia il contenuto del benessere per una data persona non può che essere la persona stessa, dato che qualsiasi altro soggetto potrebbe inferire il contenuto di questo giudizio solo grazie a un'osservazione indiretta ed esterna alla prospettiva individuale. La replica di Sunstein si basa principalmente sulla constatazione dei limiti epistemici a cui va incontro anche la prospettiva dell'individuo, il quale incorre in errori e debolezze (di carattere cognitivo e motivazionale) quando si tratta di scegliere i mezzi più idonei per realizzare il benessere personale (ovviamente tanto per il liberalismo quanto per Sunstein rimangono validi i vincoli imposti dal principio del danno, qualora si tratti di azioni che hanno conseguenze negative per il benessere altrui). Ma l'argomento che ora si sta prendendo

⁴⁴ Ivi, p. 175.

in considerazione non riguarda la *capacità* degli individui di sapere cosa costituisca il proprio benessere o di tenere fede a questo giudizio scegliendo le opzioni in grado di realizzarlo, ma l'*interesse* delle persone a giudicare in modo più competente sulle situazioni in cui sono chiamati a scegliere e ad avere istituzioni pubbliche che introducono interventi per attivare o creare le competenze necessarie per farlo. Non ci sono evidenze empiriche sufficienti che questo interesse sia realmente diffuso tra la popolazione delle democrazie liberali.

Di questa osservazione si può dare un'interpretazione valutativa, che forse rovescia il dubbio espresso da Grüne-Yanoff e Hertwig. Secondo questa lettura non meramente descrittiva, non si tratta di sapere se l'ulteriore premessa tacita della diffusione dell'interesse sia verificata empiricamente, ma di stabilire se sia desiderabile, o addirittura doveroso, offrire strumenti che affinano autonomia e competenze nel giudizio. La desiderabilità può prescindere dall'effettivo interesse riscontrabile in una data popolazione perché di "interesse" si danno due possibili versioni. Come è noto, infatti, si può sostenere che X (un determinato trattamento, bene o servizio) è nell'interesse di un soggetto Y intendendo che Y desidera ricevere X o lo preferisce a qualche altra alternativa disponibile. Si può generalizzare dicendo che X è nell'interesse di Y quando Y mostra un atteggiamento favorevole di qualche tipo nei confronti di X ed è questo il senso *soggettivo* del termine 'interesse'. Esiste anche un senso *oggettivo* del termine, in base a cui X è nell'interesse di Y *a prescindere* dall'atteggiamento soggettivo di Y e, anche nelle situazioni in cui Y ha o esprime un atteggiamento nettamente negativo nei confronti di X, si ritiene che ricevere X sia per lui benefico nel medio o nel lungo periodo, a prescindere dai suoi desideri e alle sue preferenze attuali. L'esempio classico di questo secondo senso di 'interesse' è rappresentato dal bambino che rifiuta un farmaco, anche se giudichiamo che somministrarglielo sia per lui benefico nel lungo periodo. Anche se egli mostra un interesse soggettivo attuale a non ricevere la medicina, riteniamo che sia nel suo interesse oggettivo assumerla adesso⁴⁵.

⁴⁵ Per questa distinzione, cfr. J. Feinberg, *Filosofia sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1996, pp. 50-51; R.G. Frey, "Rights, Interests, Desires, and Beliefs", *American Philosophical Quarterly*, 16, 3, 1979, pp. 233-239; J. Griffin, *Well-*

Si potrebbe sostenere che, a prescindere da quali siano gli interessi soggettivi della popolazione nei confronti degli esiti attesi degli interventi del programma di *boosting*, rientra comunque nell'interesse oggettivo degli individui che la loro capacità di giudicare e di scegliere venga potenziata. E in fondo è questa la stessa aspirazione dei paternalisti libertari, i quali sostengono di non volere orientare le scelte degli individui verso particolari valori o concezioni sostanziali della vita buona, ma solo mettere a disposizione interventi che consentano di scegliere i migliori strumenti per realizzare gli scopi complessivi che il soggetto stesso desidera raggiungere. Alfine, la disputa è sui mezzi: per i paternalisti libertari il metodo più efficace è il ricorso a un'architettura della scelta che fa un uso preponderante di spinte gentili, dati i limiti cognitivi degli agenti; per i sostenitori del programma di *boosting* è più efficace disegnare ambienti di scelta che attivano, allenano o creano competenze nel giudizio e nella scelta, date le potenzialità cognitive degli agenti. In entrambi i casi, però, c'è una presunzione su cosa rientri nell'interesse oggettivo degli individui e, si potrebbe sostenere, si tratta di una presunzione minimamente *paternalistica*. Si configurano due possibilità. La prima opzione consiste nello stabilire ulteriori condizioni d'uso di questi strumenti che, se soddisfatte, consentono di neutralizzare questa premessa (ad esempio, il requisito di pubblicità delle spinte gentili potrebbe andare in questa direzione). Oppure si accoglie la premessa (e si argomenta questa accettazione) e si cerca di valutare se i diversi strumenti a cui i due approcci ricorrono non suggeriscano ragioni ulteriori per ritenere in un caso ma non nell'altro perlomeno tollerabile questa presunzione (minimamente) paternalistica. Ma questo sarà lavoro per i prossimi capitoli.

Da un punto di vista empirico-descrittivo, i paternalisti libertari sostengono che, in generale, le persone apprezzano le spinte gentili più delle misure di *boosting*. Esistono ricerche empiriche che attestano la preferenza delle persone per interventi che incidono sul Siste-

Being. Its Meaning, Measurement, and Moral Importance, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 40-42. Per alcune riflessioni sulla complessità filosofica del rapporto tra desideri, preferenze e interessi, cfr. G. Thomson, "Fundamental Needs", in S. Reader (ed.), *The Philosophy of Need*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 175-186.

ma 1 rispetto a quelli che operano sul Sistema 2 perché in generale i primi sono considerati più efficaci nel conseguire gli effetti che si propongono e meno “costosi” da un punto di vista psicologico e motivazionale⁴⁶. Da un punto di vista valutativo, tuttavia, paternalismo libertario e approccio del *boost* sembrano condividere una stessa assunzione sul fatto che rientra nell’interesse degli individui (a prescindere dalle loro effettive preferenze in merito) essere messi nella migliore delle condizioni per scegliere i mezzi più idonei a realizzare i loro scopi. Lo strumento utilizzato dai due approcci è ovviamente diverso, pur nella condivisione di questo presupposto, e per valutarne l’accettabilità occorrerà fare riferimento a criteri valutativi di vario tipo.

7. Ragioni per agire

Il programma di ricerca HB e il programma di ricerca FFH dissentono sulle premesse empiriche e descrittive della mente umana e, di conseguenza, sugli strumenti più adeguati per raggiungere l’obiettivo di mettere le persone nella migliore condizione possibile per fare scelte. Ma quale tipo di scelte? Entrambi gli approcci sottolineano che non è loro intenzione intromettersi nei fini che gli agenti scelgono di perseguire, ma di voler solo valorizzare i mezzi migliori per farlo. Sotto questo profilo sono entrambe teorie della razionalità strumentale. Ciò che distingue il programma FFH dal programma di HB e anche dalla teoria tradizionale della scelta razionale è che gli imperativi ipotetici ricavabili non dipendono solamente dagli scopi e dai vincoli a cui è soggetto l’individuo, ma anche dall’ambiente in cui si trova ad agire e, quindi, anche da condizionamenti

⁴⁶ Cfr. Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 141-145. Tutto il capitolo 6 di questo libro di Sunstein è dedicato alla discussione dell’aspetto empirico (cfr. anche le appendici a pp. 203-213). Cfr. anche G. Felsen, N. Castelo, P.B. Reiner, “Decisional Enhancement and Autonomy: Public Attitudes towards Overt and Covert Nudges”, *Judgment and Decision Making*, 8, 3, 2013, pp. 202-213; W. Hagman *et al.*, “Public Views on Policies Involving Nudges”, *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 439-453; L.A. Reisch, C.R. Sunstein, “Do Europeans Like Nudges?”, *Judgment and Decision Making*, 11, 4, 2016, pp. 310-325.

e aspettative sociali che caratterizzano quell'ambiente⁴⁷. Ciò che le persone “devono” fare dipende sostanzialmente da tre fattori: (1) gli scopi dell'agente; (2) i limiti e i vincoli a cui comunque l'agente è sottoposto; (3) il tipo di ambiente in cui l'agente si muove. La scelta migliore consiste quindi nel seguire l'euristica che, rispetto alle tre condizioni esplicitate, riesce a realizzare gli scopi dell'agente nella situazione data.

In questo capitolo si è cercato di mostrare che esiste un'alternativa alla descrizione della mente su cui si basano i paternalisti libertari e questa diversa base empirica genera un approccio diverso alle scelte degli individui. Il programma FFH e l'idea di razionalità ecologica a esso connessa sembra differenziarsi nettamente dal programma HB e dal paternalismo libertario che su questa base viene costruito per un ulteriore aspetto. La teoria della scelta razionale e il programma HB si basano sull'idea che una teoria normativa debba indicare quale sia la scelta che riesce a soddisfare in modo ottimale le preferenze razionali o autentiche degli agenti (sia concesso mantenere per il momento questa ambiguità semantica nel caratterizzare la natura delle preferenze, ma vedremo che questo aspetto genera problemi notevoli per il paternalismo libertario). Il programma FFH e la teoria del *boosting*, pur condividendo un approccio strumentale e condizionale alla razionalità, sembrano adombrare un orizzonte più ampio, che non contempla come unico fine quello di garantire la soddisfazione delle preferenze. In primo luogo, infatti, la caratterizzazione del comportamento razionale non è data rispetto a una norma che vale per tutti i casi, ma è contingente rispetto all'ambiente e alla situazione che sono di volta in volta considerate. Ma la soddisfazione di preferenze e desideri risulta eccessivamente angusta, perché non riesce a esaurire la gamma di scopi nell'azione che gli agenti possono darsi. Scrivono ad esempio Gerd Gigerenzer e Thomas Sturm:

⁴⁷ Su questo tema cfr. D. Wade Hands, “Normative Ecological Rationality: Normative Rationality in the Fast-and-Frugal-Heuristics Research Program”, *Journal of Economic Methodology*, 21, 4, 2014, pp. 396-410. L'autore conclude comunque che il modello della razionalità ecologica e delle euristiche semplici non costituisce un'alternativa radicale alla teoria dominante della scelta razionale.

Si noti che, sebbene la razionalità ecologica sia definita latamente in termini di successo e quindi implichi la ricerca di mezzi adatti per certi scopi, non sosteniamo che il ragionamento riguardi solo la soddisfazione di desideri, senza che si ponga cura a ciò che è realmente vero o corretto. Per esempio, l'euristica "prendi-il-meglio" ha formulato in media previsioni corrette, più spesso di quanto non abbiano fatto le strategie di ottimizzazione. Per questo misuriamo il successo di questa euristica rispetto a scopi epistemici standard⁴⁸.

Gli autori sottolineano che il successo di un'euristica non si misura soltanto con il grado in cui il suo utilizzo riesce a garantire la soddisfazione degli scopi soggettivi dell'agente, ma dipende anche da altri scopi o valori epistemici. L'euristica "prendi il meglio" funziona in questo modo: il soggetto stima quale opzione tra quelle disponibili in una situazione abbia maggiore valore, dato un certo criterio, sulla base di un attributo che il soggetto percepisce come quello maggiormente in grado di discriminare tra le opzioni. Il successo di questa euristica è valutato anche rispetto alla sua capacità di fare previsioni corrette, ovvero sia in base a quanto la sua applicazione riesce a generare previsioni corrette su quale sia davvero la migliore scelta⁴⁹.

Questo allargamento dell'orizzonte degli scopi e dei valori segna sicuramente una differenza tra il modello della razionalità ecologica e quello delle spinte gentili, ma nondimeno risulta ancora troppo limitato rispetto alle spiegazioni delle scelte che è possibile fornire. Si riprenda quanto suggerito riguardo all'effetto *framing*. In quel caso due descrizioni logicamente equivalenti possono non avere lo stesso valore informativo, nello stesso modo in cui due descrizioni della stessa azione possono comunicare qualcosa di diverso rispetto al rapporto tra il comportamento e la scelta dell'agente. L'atto di aprire un rubinetto può essere descritto come un comportamento non intenzionale, se si cita il meccanismo muscolare in cui consiste, ma può essere descritto come un'azione intenzionale se si cita la mia intenzione di riempire d'acqua la ciotola del mio cane. In questo caso il mio desiderio o la mia intenzione sono fattori esplicativi peculiari

⁴⁸ G. Gigerenzer, T. Sturm, "How (Far) Can Rationality Be Naturalized?", *Synthese*, 187, 1, 2012, pp. 243-268, p. 255.

⁴⁹ Cfr. ad es. G. Gigerenzer, *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Raffaello Cortina, Milano, 2009, pp. 146-150.

del mio movimento perché chiamandoli in causa si chiama in causa una particolare *ragione per agire* o un *fine in vista del quale* certi movimenti corporei vengono eseguiti.

Questo punto acquista una certa consistenza nell'ambito delle descrizioni del comportamento di cui ci stiamo occupando. Il modello tradizionale della scelta razionale equipara la scelta a una selezione dei mezzi più idonei a soddisfare le nostre preferenze, dati due vincoli fondamentali: l'informazione di cui è in possesso l'agente e le risorse (tempo, denaro, energia, ecc.) a sua disposizione. L'assunto è che sia la prima che le seconde sono in genere scarse e da qui derivano le scelte sub-ottimali. Il modello dell'*homo oeconomicus*, che contraddistingue questa teoria, si esaurisce in questa triangolazione (preferenze, risorse, informazione) e implica che la scelta sia un'esperienza contraddistinta da vincoli e contrattazioni, imposti dalla scarsità dei beni a disposizione. Siamo limitati dalle informazioni che abbiamo e poiché non possiamo realizzare sempre tutte le preferenze dobbiamo "venire a patti" con i nostri desideri, per così dire, creando scale di priorità per decidere quali realizzare e a quali rinunciare: l'esempio perfetto è costituito dalle negoziazioni nell'acquisto di beni, in cui le scelte sono condizionate dalle informazioni a disposizione del consumatore sui beni da acquistare, il tempo da dedicare a reperire ulteriori informazioni, il denaro da consumare in questi acquisti, ecc. Date tutte queste variabili, si può calcolare il costo di ogni scelta, che contemplerà sia il consumo di risorse che essa richiede, sia la perdita che si registra rinunciando alle altre opzioni disponibili (tecnicamente detto *costo opportunità della scelta*: se opto per spendere il mio denaro andando a cena fuori non potrò andare al cinema domani). In questo schema, quindi, è fondamentale il riferimento alle preferenze, considerando che esse possono essere sia auto-centrate, sia etero-centrate; possono cioè riguardare sia la soddisfazione di interessi personali (mangiare un buon pasto oppure godersi un bel film?) oppure riguardare gli interessi altrui, come nel caso delle preferenze benevolenti o altruistiche. Si può quindi sostenere che per la teoria della scelta razionale le sole ragioni per agire ammesse nella spiegazione del comportamento sono le *preferenze*.

In un volume fortemente critico nei confronti del paternalismo libertario (intitolato significativamente *La manipolazione della scel-*

ta), Mark White ha mostrato che il principale difetto della teoria della scelta razionale è proprio la riduzione delle ragioni per agire alle sole preferenze, perché fornisce uno schema angusto per spiegare il comportamento. Esistono situazioni in cui la scelta degli agenti non può essere ricondotta a una preferenza, intesa come «ciò che vogliamo e di cui abbiamo bisogno, sotto forma di gerarchie in cui sono inserite le cose che ci piacciono di più»⁵⁰. White presenta questo esempio:

Jodi normalmente dona 100 dollari al mese a un rifugio per animali, perché prova amore ed empatia per gli animali domestici abbandonati. Se questa scelta fosse basata su una preferenza [sc. così come definita dalla teoria della scelta razionale], diremmo che ha scelto di donare 100 dollari perché il valore della donazione per lei è più grande del suo costo opportunità (il valore di qualunque altra cosa potrebbe scegliere con quel denaro). Se le circostanze in cui si trova Jodi cambiassero e lei volesse (o avesse bisogno) di usare il denaro per qualcos'altro (o semplicemente avesse meno denaro da donare) questa negoziazione non sarebbe per lei così allettante. Potrebbe donare solo 75 dollari al rifugio il prossimo mese, perché ora ha necessità più urgenti per cui spendere i rimanenti 25 dollari. Certamente potrebbe accadere anche il contrario e, se avesse meno necessità di spendere l'ultima quota di denaro rimastale (o avesse più denaro da usare per soddisfare le sue preferenze), potrebbe aumentare la sua donazione a 150 dollari. Qualora il costo opportunità della sua donazione cambiasse, cambierebbero anche la migliore negoziazione possibile e l'importo della donazione⁵¹.

Questa è la spiegazione classica delle possibili scelte di Jodi, qualora la considerassimo un'agente razionale. Ma, propone White, immaginiamo una variazione alla storia. In questa versione Jodi *ha promesso* di donare 100 dollari e secondo le sue convinzioni morali ogni premessa è debito. Inoltre la sua devozione verso la causa animalista rende per lei una priorità sostenere iniziative come il rifugio per animali abbandonati. Tutti questi fattori generano un impegno da parte di Jodi di rispettare quanto promesso e di trovare il modo di non alterare la cifra usualmente donata al rifugio. Ma, sostiene White, questo tipo di spiegazione non è disponibile allo schema del-

⁵⁰ White, *The Manipulation of Choice. Ethics and Libertarian Paternalism*, cit., p. 3.

⁵¹ Ivi, p. 8.

la scelta razionale, dove solo le preferenze sono considerate fattori capaci di motivare e spiegare le decisioni individuali. Variazioni anche minime nelle risorse a disposizione possono avere un impatto sulla gerarchia delle preferenze, mentre ciò non accade nel caso degli impegni (*commitment*). Se la disponibilità di Jodi a non alterare la somma promessa fosse una mera preferenza, una diminuzione del budget a sua disposizione la indurrebbe a modificare la quantità di soldi donata. Il fatto che invece sia un impegno (che secondo White deriva da un principio morale) rende la volontà di Jodi immune alle variazioni accidentali nelle risorse disponibili; ovviamente ciò non significa che la promessa di Jodi svolge il ruolo di un vincolo così rigido da non poter mai essere violato. Se la nostra protagonista dovesse pagare un certo debito di 100 dollari, pena la perdita della casa, probabilmente troverebbe una ragione per *non* donare i soldi al rifugio questo mese, venendo meno al suo impegno. Ma questo non sarebbe irrazionale, alla luce di tutte le cose che stanno a cuore a Jodi. In definitiva, White usa il concetto di 'interesse' per indicare tutta la gamma di possibili ragioni che possono motivare e spiegare una scelta:

Le persone hanno una gamma molto più ampia di possibili motivazioni per le loro decisioni, che include le preferenze, il loro benessere personale e il benessere degli altri, i principi morali o ideali sociali più generali come la giustizia, l'equità o l'uguaglianza, e questo solo per nominare quelli positivi! Più in generale, uno qualsiasi di questi fattori può essere considerato una ragione per compiere una scelta e possiamo chiamare 'interessi' le ragioni che le persone hanno per prendere decisioni, a prescindere da ciò che sta loro a cuore⁵².

Compiere scelte non consiste sempre in decidere quale preferenza ha la precedenza nella situazione data, secondo un ordinamento costi/benefici, ma può significare prendere in considerazione una gamma più ampia di esigenze, desideri, impegni, cure. Il modello della scelta razionale compie l'errore di semplificare, per esigenze di misurabilità economica, la ricchezza della vita mentale degli individui: in questo senso è esposto alla stessa critica rivolta da Bernard Williams a certe teorie etiche rigidamente razionalistiche e imparzialiste: seguire le richieste di una moralità astratta e imparziale significa

⁵² Ivi, p. 13.

essere costretti a tradire se stessi, a dover conformare le proprie scelte a un modello che aspira a una tale generalità da non riconoscere le differenze tra le persone e il valore conferito da ciascun individuo a certi comportamenti. Significa sostanzialmente tradire la propria integrità, abdicare alla propria identità pratica e alienarsi dalle motivazioni personali⁵³.

Questo confronto con la critica di Williams è istruttivo anche per un altro motivo. La teoria della scelta razionale non ha solo un'ambizione descrittiva, ma vuole anche dettare metodi di comportamento. White circoscrive le debolezze del modello tradizionale alla sua incapacità di riconoscere la complessità delle scelte, alla presenza di vincoli diversi da quelli dettati dalle risorse e, infine, dal fatto che talvolta le persone non agiscono nel loro migliore interesse⁵⁴. Oltre a ciò, però, il modello della scelta razionale genera anche prescrizioni: la scelta ottimale è quella riesce a soddisfare al meglio le preferenze del soggetto. Ciò significa che l'individuo deve scegliere e agire secondo un modello di razionalità che contempla solo la soddisfazione delle preferenze. Ne consegue che se gli agenti seguissero in ogni circostanza i dettami della teoria, si troverebbero nella condizione di dover ignorare i propri interessi, nel senso ampio introdotto da White, e quindi una parte importante della loro identità di agenti. Ed è su questo piano che il parallelismo con la difesa dell'integrità fatta da Williams è calzante.

Secondo White, comunque, anche i paternalisti libertari si trovano nella stessa condizione dei teorici della scelta razionale perché in realtà non si propongono di modificare sostanzialmente il paradigma classico, ma solo di «stiracchiare» il modello della scelta razionale. Il comportamento viene questa volta analizzato in termini di limiti e difetti cognitivi per cui la storia causale di ogni scelta che non sembra conformarsi a un modello di razionalità pura viene ricondotta a un complesso di bias. Di fatto la loro spiegazione del comportamento amplia la platea dei vincoli materiali alla scelta, includendovi anche i difetti cognitivi che contraddistinguono soprat-

⁵³ Tra gli scritti di questo autore dedicati a questo tema, cfr. B. Williams, "Persone, carattere, moralità", in Id., *Sorte morale*, Il Saggiatore, Milano, 1987, pp. 9-31.

⁵⁴ White, *The Manipulation of Choice*, cit., p. 21.

tutto il Sistema 1, ma ignora, al pari del modello della scelta razionale, i molteplici fattori che possono spiegare le azioni individuali: «Gli economisti, sia tradizionali sia comportamentali, [...] trattano le scelte come se fossero dominate completamente da preferenze e vincoli e quindi non riescono a prendere in considerazione le opzioni o i processi di scelta che non si conformano al modello che hanno scelto: i principi e le idee a cui teniamo, il giudizio per cui dobbiamo fare scelte difficili e la forza di volontà necessaria per metterle in atto»⁵⁵.

Un esempio illuminante è fornito dal consumo di cibo non sano. Sappiamo che certi cibi contengono troppi grassi, troppo sale o troppi zuccheri, eppure molte volte non resistiamo alla tentazione di ingurgitare dolci, snack e bevande gassate. Gli strumenti dell'economia comportamentale tendono a interpretare l'assunzione di cibi "spazzatura" come una conseguenza delle debolezze tipiche della mente umana che danno luogo a un comportamento non autonomo, non dominato cioè dal Sistema 2 ma dal Sistema 1. Cadiamo in tentazione perché questi alimenti attivano processi inconsapevoli e automatici, stimolano il sistema delle ricompense del nostro cervello e molto spesso sono presentati in modi e confezioni tali da attirare la nostra attenzione e innescare la motivazione a consumarli. Probabilmente questa spiegazione del perché (in genere) non riusciamo a resistere è corretta e riesce a rendere conto di molti comportamenti che osserviamo ma, come è stato sottolineato, non è probabilmente adeguata per tutta la variegata casistica. Talvolta il consumo di cibi spazzatura non è il prodotto di meccanismi inconsci ma è connesso a un particolare valore che l'individuo conferisce all'esperienza del consumare certi prodotti, perché legata a occasioni speciali, a condizioni con altre persone, a riti e altri momenti importanti. La scelta è cioè motivata da ragioni per agire, non da processi automatici e fuori controllo.

È del resto significativo che anche Sunstein riconosca parzialmente questo punto. Discutendo la decisione del sindaco di New York, Michael Bloomberg, di proibire la vendita di bevande analcoliche zuccherate in contenitori superiori a circa 470 millilitri, Sunstein sostiene che l'iniziativa è difficilmente giustificabile invocando

⁵⁵ Ivi, p. 41.

il fatto che essa promuoveva i fini delle persone. Nessuno vuole essere obeso, commenta l'autore, ma questo argomento risulta troppo semplice. Perché? Perché i fini delle persone non sono limitati alla salute. In controtelaio, l'affermazione di Sunstein può essere letta come una concessione all'idea che le ragioni per scegliere una bevanda o un alimento insano possano essere diverse e connesse ad altri fini che la persona può coltivare (ossia, a interessi che denotano un valore)⁵⁶. Questo non significa negare o sottostimare il fatto che l'assunzione smodata di questi prodotti costituisce un problema. L'OMS riporta che dal 1975 il tasso di obesità nel mondo è triplicato; che nel 2016 circa 2 miliardi di persone (39%), dai diciotto anni in su, erano sovrappeso e di questi 650 milioni (13%) erano obese. È superfluo aggiungere che l'obesità causa svariati problemi di salute e può anche portare alla morte e occorre quindi non minimizzare i danni che provoca. Le osservazioni fatte hanno il solo scopo di indicare un limite nella spiegazione che si può dare dalla prospettiva del programma HB: essa tende a uniformare tutti i comportamenti, ma non è sempre detto che la scelta di mangiare cibo spazzatura sia dovuta a difetti cognitivi o debolezze motivazionali.

Il discorso fatto riguarda con tutta probabilità una percentuale esigua delle scelte che sono compiute, perché poche persone scelgono consapevolmente di consumare cibo insano per ragioni che hanno a che fare con la sfera dei valori personali. Nella maggior par-

⁵⁶ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 60-63. Si noti che Sunstein fa questa osservazione per sottolineare un punto di forza del paternalismo libertario: chi sceglie di mangiare cibo insano perché considera l'esperienza dotata di qualche valore difficilmente sarà indotto a scegliere altrimenti dal fatto che, ad esempio, il menù riporta i cibi sani per primi. Sul valore del consumo del cibo insano, cfr. A. Barnhill, K.F. King, N. Kass, R. Faden, "The Value of Unhealthy Eating and the Ethics of Healthy Eating Policies", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 24, 3, 2014, pp. 187-217. Per interventi di paternalismo libertario per prevenire l'obesità, cfr. P. Rozin *et al.*, "Nudge to Nobesity I: Minor Changes in Accessibility Decrease Food Intake", *Judgment and Decision Making*, 6, 4, 2011, pp. 323-332; E. Dayan, M. Bar-Hillel, "Nudge to Nobesity II: Menu Positions Influence Food Orders", *Judgment and Decision Making*, 6, 4, 2011, pp. 333-342; G. Boniolo, V. Rebba, "Cancer, Obesity, and Legitimation of Suggested Lifestyles: A Libertarian Paternalism Approach", *ecancer*, 9, 588, 2015, <https://ecancer.org/journal/9/full/588-cancer-obesity-and-legitimation-of-suggested-lifestyles-a-libertarian-paternalism-approach.php>.

te dei casi l'opzione è il frutto di un contesto sociale ed economico più ampio, in cui si registra da una parte la carenza di informazioni sulla composizione dei cibi che si consumano (e degli effetti negativi per la salute che essi hanno) e dall'altra si profilano una serie di pressioni sociali che possono spingere una parte della popolazione a consumare il cibo più conveniente dal punto di vista economico che, al tempo stesso, è anche quello meno sano dal punto di vista della salute. La via più semplice è quella scelta dal paternalismo libertario: riformare l'architettura della scelta perché le persone siano spinte verso il consumo di cibi più salutari. La via più difficile è invece quella di cambiare le condizioni sociali ed economiche per fare in modo che sia ampliato il ventaglio di opportunità per gli individui, fino a includere anche l'effettiva possibilità di acquistare cibo più costoso ma meno dannoso dal punto di vista nutrizionale.

Ci stiamo lentamente avvicinando al cuore del problema. Secondo il modello dell'economia comportamentale, cioè il programma HB, il disallineamento tra razionalità e scelta si concretizza in una mancata corrispondenza tra comportamento e preferenze razionali del soggetto. Gli economisti comportamentali assumono che in generale gli agenti hanno preferenze razionali, che tuttavia non riescono a concretizzare nella scelta a causa delle deviazioni imposte dalla razionalità limitata. Da un punto di vista prescrittivo, il programma HB non si trova in una condizione diversa da quella della teoria della scelta razionale: si assume come modello di riferimento una forma di razionalità ideale, che per vari difetti cognitivi non sempre (o quasi mai?) gli agenti riescono a realizzare, ma la cui soddisfazione è *lo scopo*. La lezione che si potrebbe trarne è che, dato che il gap tra razionalità ideale e razionalità reale non può essere colmato con gli strumenti canonici (maggiori informazioni, maggiori risorse, fiducia nelle capacità di negoziazione degli agenti, ecc.) non resta che spingere, orientare senza costringere il comportamento individuale verso quel modello. Facendo ciò, però, si assumono due premesse: che le preferenze vere o autentiche degli agenti siano quelle definite razionali dal modello; che le preferenze siano gli unici fattori soggettivi che contano.

8. Oltre la descrizione

I paternalisti libertari sono in realtà più raffinati e le loro proposte non coincidono alla lettera con la descrizione offerta nell'ultimo capoverso. Ad esempio, Sunstein non parla di 'preferenze' ma utilizza il termine più generale 'fini'. I fini, contrapposti ai mezzi, possono designare svariate ragioni per agire e possono anche coincidere con quelli che White indica come interessi. Inoltre Sunstein aggiunge che l'obiettivo del paternalismo libertario non è orientare le persone verso preferenze razionali astrattamente intese, ma di «creare un'architettura delle scelte che renda più probabile che gli individui riescano a promuovere i propri fini, così come essi stessi li intendono»⁵⁷. Apparentemente questa formulazione viene incontro all'esigenza di considerare un più ampio spettro di ragioni per agire e, al tempo stesso, di riconoscere che il contenuto di queste ragioni non può dipendere da una teoria astratta, ma da ciò che le persone vogliono genuinamente. Tuttavia questo riconoscimento è appunto solo apparente. Da una parte, infatti, Sunstein sposa le premesse descrittive del programma FB, secondo cui molti comportamenti sono irrazionali perché causati da bias cognitivi. In molti casi questo è vero ma l'allargamento dell'orizzonte dei motivi per agire implica che in altri casi sono interessi diversi dalle preferenze a rendere la scelta "razionale" dal punto di vista dell'agente. Dall'altra introduce un nuovo problema, perché occorre individuare un metodo per stabilire i fini così come i soggetti li intendono, ossia per appurare di volta in volta quale siano le ragioni per agire degli agenti.

Vogliamo chiudere questo capitolo con un'ulteriore osservazione, che rende per l'appunto necessario lasciare il terreno del confronto empirico con il programma HB. In alcuni momenti i paternalisti libertari sembrano ritenere che la loro teoria etico-politica sia in realtà autonoma dalla descrizione empirica della mente proposta dall'economia comportamentale. Ad esempio, in un articolo di risposta ad alcuni critici, Sunstein sembra ritenere superfluo, per la giustificazione dell'uso delle spinte gentili, che la base empirica di

⁵⁷ Sunstein, *Effetto Nudge*, cit., p. 15. Ma è un mantra dei paternalisti libertari, cfr. Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., cap. 3.

partenza sia corretta o che i dibattiti tra studiosi di scienze cognitive siano risolti:

[...] il più delle volte, non è necessario che questi dibattiti accademici siano risolti per accettare le spinte gentili come strumenti di governo (*policy instruments*). Un GPS è una buona idea anche se molte persone sono eccellenti navigatori. Un reminder può essere utile anche se le persone hanno una buona comprensione del rischio. Ecco quindi una domanda che potrebbe promuovere il progresso (senza cadere nella trappola dell'astrazione): se pensiamo che le euristiche funzionino in modo ottimale, quali spinte gentili concrete dovremmo rifiutare tra quelle attualmente adottate su base comportamentale (per esempio) dai legislatori statunitensi e inglesi? Quali comparirebbero in una lista del genere? Sospetto che la lista non sarebbe così lunga⁵⁸.

Ricorrendo alla metafora del GPS, a cui è particolarmente affezionato, Sunstein sostiene essenzialmente che la *falsità* della descrizione della mente offerta dalla psicologia comportamentale o l'*impossibilità* di decidere quale descrizione, fra quelle disponibili, sia quella corretta non condiziona la giustificazione del ricorso agli strumenti tipici del paternalismo libertario. Esiste in realtà una giustificazione indipendente che non fa appello al realismo psicologico ma al valore dell'*efficacia*. Anche se gli individui non presentano falle cognitive nei processi di giudizio e decisione, la capacità degli strumenti messi a disposizione di ottenere effetti positivi costituisce una ragione per non abbandonarli. Si tratta di una giustificazione normativa, che non considera vincolanti le descrizioni della mente umana e il loro contenuto per sviluppare una teoria del governo del comportamento. Non è però semplice comprendere come sia possibile accantonare questo punto: se il governo tramite spinte (paternalismo libertario o mite) è più efficace del governo tramite imposizioni (paternalismo classico o coercitivo) nell'ottenere l'effetto di instillare nella popolazione determinati comportamenti, ci deve essere una spiegazione naturale di questo meccanismo di causa/effetto. Forse, insinua Sunstein, la spiegazione più adeguata non è quella fornita dagli economisti comportamentali, ma quello che conta è che il paternalismo libertario riesce comunque a perseguire l'obiettivo prefissato (ossia,

⁵⁸ C.R. Sunstein, "Nudges, Agency, and Abstraction: A Reply to Critics", *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, p. 522.

aiutare le persone a promuovere i fini così come esse stesse li intendono). Le spinte gentili funzionano. È quindi necessario spostare la nostra attenzione verso un'analisi etica dei due principali elementi di questo programma. In primo luogo, il meccanismo attraverso cui il paternalismo libertario ottiene il suo scopo: le spinte gentili promettono di orientare senza costringere, ma il loro impiego è davvero esente da problemi etici? In secondo luogo, lo scopo stesso del paternalismo libertario: davvero la teoria di Sunstein e altri riesce a promuovere i fini delle persone così come esse stesse li scelgono?

IL PATERNALISMO LIBERTARIO È MANIPOLATORIO?

1. Ristoranti e manipolazioni

Una delle critiche che sono spesso indirizzate all'uso delle spinte gentili riguarda la loro natura. Date le proprietà che le contraddistinguono, le spinte gentili sarebbero interventi che hanno effetti manipolatori sulla scelta delle persone. Questa è una critica intuitiva e apparentemente potente. Nel momento in cui un agente A interviene sull'ambiente all'insaputa di B, in modo tale da orientare B verso una certa direzione, la prima reazione è che A abbia, in qualche modo, manipolato B. Prendiamo il celebre esempio con cui Thaler e Sunstein aprono il loro libro *Nudge*, cambiandone tuttavia alcuni dettagli.

Carolyn è la responsabile di un ristorante self-service a cui affluiscono ogni giorno a pranzo molti lavoratori della zona in cui è situato. Su suggerimento di un suo amico, consulente aziendale che ha lavorato per alcuni supermercati, la donna adotta un metodo molto semplice di organizzare il menù offerto ai suoi clienti. Senza cambiare le portate tradizionalmente cucinate nel suo ristorante, Carolyn si limita a sistemare in modo diverso i cibi nella catena del self-service, collocando ad altezza occhi o in posizioni strategiche quelli che intende vendere di più. Per fortuna, Carolyn è convinta che sia suo compito non solo vendere alimenti, ma anche farlo nel migliore interesse dei suoi clienti. Poiché la salute delle persone che si servono da lei le sta a cuore, la direttrice ha cura di sistemare i cibi più salutari in modo che da massimizzare la probabilità che le persone li scelgano.

Rispetto all'aneddoto originale, abbiamo cambiato alcuni dettagli. Nella pagine di Sunstein e Thaler, Carolyn è la responsabile di un servizio mensa del sistema scolastico di una grande città, qui invece si occupa di un ristorante privato che serve adulti. La deci-

sione di cambiare questi due particolari è dettata (a) dalla volontà di chiarire che l'uso di spinte gentili è trasversale rispetto alla distinzione pubblico/privato. Ciò non significa che se le spinte gentili sono moralmente problematiche, l'uso da parte di agenzie pubbliche non sia moralmente più controverso dell'uso da parte di privati, ma solo che questo è un problema ulteriore rispetto al giudizio sulle spinte generali considerate in sé e per sé. Inoltre (b) non è detto che l'uso di spinte gentili per orientare il comportamento dei bambini presenti le stesse criticità dell'uso di spinte gentili nel caso di persone adulte. Quest'ultimo punto può essere fonte di altrettante controversie. In generale, la manipolazione è percepita come moralmente condannabile perché viola l'*autonomia* della persona che ne è oggetto. Se le spinte gentili sono manipolatorie, sono allora moralmente condannabili per lo meno per il fatto che violano l'autonomia delle persone. Si potrebbe sostenere però che i bambini non sono dotati di questa caratteristica, che contraddistingue invece gli agenti maturi e, pertanto, questo scrupolo morale non si ponga nel caso in cui i destinatari della spinta gentile siano bambini.

Questa conclusione è controversa per almeno due ragioni: (1) presuppone che l'autonomia sia una proprietà "tutto o nulla", mentre è più probabile che si presenti come una capacità scalare e graduale di governare la propria vita secondo i propri interessi (definiti in modo ampio, come abbiamo visto nel secondo capitolo); (2) implica di conseguenza che si possa individuare una soglia o un momento decisivo, prima del quale non c'è autonomia, e quindi la spinta gentile è applicabile, e dopo il quale invece interventi del genere diventano moralmente sospetti. Queste due ragioni non si limitano a presentare, sul piano teorico, una concezione troppo rigida dell'autonomia ma, sul piano pratico, contraddicono gli orientamenti e le esperienze recenti che spingono invece a prendere in considerazione e riconoscere le volontà e gli interessi soggettivi dei bambini, soprattutto quanto si devono prendere decisioni su aspetti vitali e importanti. Si pensi al lavoro ampio e di lungo percorso che è stato fatto in questo senso per coinvolgere, nei limiti del possibile, i bambini in decisioni che riguardano la loro salute in contesti di ospedalizzazione o di ricerca scientifica. Anche apprezzando il valore di questa osservazione, è tuttavia innegabile ci sono molti casi in

cui certe scelte sono prese nell'interesse dell'individuo minorenne, a prescindere dalle sue preferenze, nell'ottica di tutelare meglio certi suoi interessi futuri. Cerchiamo di fare assumere ai bambini una dieta equilibrata, nonostante le loro preferenze alimentari, perché crediamo che crescere in modo sano costituirà per loro un bene futuro. È inoltre possibile che in certi casi, per evitare forme di paternalismo nudo e crudo, l'uso di spinte gentili sia del tutto giustificato. Quale che sia il problema dell'uso delle spinte nel caso dei bambini¹, concentriamoci d'ora in avanti sull'architettura della scelta nel caso di agenti adulti.

Ritorniamo al ristorante di Carolyn. Sunstein e Thaler sostengono che la scelta di Carolyn di ricorrere all'architettura delle scelte è di gran lunga preferibile alla decisione di disporre gli alimenti in modo casuale o ad altri metodi che massimizzerebbero i profitti, senza però tenere in considerazione la salute dei clienti. Carolyn si limita a sfruttare certe caratteristiche della situazione e degli agenti per uno scopo preciso: usa la collocazione dei piatti per dare maggiore salienza a certe opzioni e, in parte, sfrutta l'inerzia degli agenti che tendono a non scostarsi dalla regola preimpostata che, in un dato ambiente, norma il comportamento. E tuttavia gli agenti sono *liberi* di scegliere altrimenti, ossia di selezionare i cibi ricchi di grassi e zuccheri. La spinta gentile orienta ma non costringe, indirizza senza togliere possibilità di scelta e per questo sarebbe difficile considerarla un intervento *coercitivo*².

È però possibile che la scelta di Carolyn sia una forma di manipolazione delle preferenze dei clienti. È questo il tema che affronteremo in questo capitolo.

¹ Una serie distinta di problemi è rappresentata dall'uso di spinte gentili per orientare le scelte dei decisori surrogati, ossia di indirizzare verso una precisa meta chi deve fare scelte in vece dei bambini. Si pensi ad esempio al caso delle vaccinazioni o, comunque, alla gamma di decisioni mediche che coinvolgono la salute di bambini molto piccoli, incapaci di avere una propria volontà su questioni di questo tipo. Cfr. J.S. Blumenthal-Barby, D.J. Opel, "Nudge or Grudge? Choice Architecture and Parental Decision-Making", *Hastings Center Report*, 48, 2, 2018, pp. 33-39.

² Cfr. T. Goodwin, "Why We Should Reject 'Nudge'", *Politics*, 32, 2, 2012, p. 89.

2. Tipi di spinte gentili

Prima di affrontare la questione se le spinte gentili siano manipolatorie occorre affrontare due questioni preliminari. La risposta alla domanda dipende infatti sia dal significato che attribuiamo al termine ‘spinta gentile’, sia al significato che diamo al termine ‘manipolazione’. Iniziamo dal primo.

Nel corso del tempo, la definizione fornita da Sunstein e Thaler del concetto di ‘spinta gentile’ non è sostanzialmente cambiata, anche se le varie versioni presentano sfumature differenti. Nel primo libro sull’argomento, la cui edizione originale è del 2008, i due autori definiscono così una spinta gentile:

una spinta gentile [è] qualsiasi aspetto dell’architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in misura significativa gli incentivi economici³.

Come si può notare, la spinta gentile fa parte dell’architettura delle scelte, è in grado di alterare il comportamento degli individui secondo le previsioni di chi organizza l’architettura e non impone alcun costo all’agente. I costi sono qui considerati in termini di disponibilità a scegliere opzioni diverse rispetto a quella “suggerita” dalla spinta e in termini di incentivi economici.

Nel successivo *Effetto nudge*, Sunstein presenta una definizione che ricalca grossomodo quella del testo precedente, ma con l’ulteriore specificazione di quale deve essere la meta verso cui spingere gli individui. Le spinte gentili sono:

intese come iniziative che mantengono la libertà di scelte nel momento stesso in cui guidano le decisioni delle persone nella giusta direzione (secondo l’apprezzamento di queste stesse persone)⁴.

Infine, nel libro del 2016, Sunstein propone una definizione più stringata che fa riferimento a «interventi che conservano la libertà di scelta delle persone». In questo caso le spinte gentili sono considerate come distinte, seppur complementari, rispetto agli «usi dell’ar-

³ Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 12.

⁴ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 13. Nel testo precedente la specificazione è riferita ai provvedimenti paternalistici e non direttamente alle spinte gentili.

chitettura della scelta, intesi come condizioni di sfondo delle scelte delle persone»⁵. In tutte e tre le definizioni è comunque centrale la clausola della libertà: l'uso di spinte gentili lascia agli individui la libertà di sottrarsi alla loro azione e, quindi, di scegliere altrimenti.

Particolarmente interessante è poi la lista di esempi di spinte gentili che i due autori presentano. Soprattutto nel primo libro vengono raccolti sotto la stessa etichetta forme diverse di intervento. Ad esempio alcune spinte gentili non fanno altro che sfruttare certi nostri difetti cognitivi. Siamo generalmente inclini a mostrare inerzia decisionale e una distorsione verso lo status quo, ovvero a non compiere scelte diverse da quelle che siamo abituati a fare o a compiere quelle scelte che non cambiano la situazione data. In tutti questi casi le opzioni richiedono un minor sforzo da parte di chi agisce. L'impostazione di regole è una spinta gentile che fa fruttare queste nostre debolezze: se tendiamo a non mutare la condizione X, impostiamo la condizione X in un modo che risponde ai nostri migliori interessi, cosicché la nostra pervicace resistenza a discostarci da essa non ci procuri un danno ma un beneficio. Un altro esempio è costituito dal cosiddetto effetto *framing*, che abbiamo già visto nell'introduzione e nel secondo capitolo. La spinta gentile associata consiste nel presentare all'individuo la formulazione dell'informazione che, con più probabilità, lo indirizzerà verso un esito considerato per lui benefico; anche in questo caso viene sfruttata una particolare debolezza della mente per ottenere un effetto positivo sul benessere del soggetto. Infine, un'altra spinta che funziona probabilmente in modo analogo all'effetto *framing* consiste nel ricorrere a certi immagini esplicite che, in date situazioni, possono provocare certe reazioni nel soggetto. L'esempio più familiare è la stampa sui pacchetti di sigarette di fotografie che ritraggono gli effetti devastanti di varie patologie causate dal fumo.

Accanto a queste Sunstein e Thaler distinguono un secondo gruppo di interventi, definendoli comunque spinte, ma che sembrano avere tutt'altra natura. Ad esempio, vengono indicate varie strategie di auto-controllo, che riguardano la capacità degli individui di tradurre in scelte le loro pianificazioni: sul sito *stickk.com* è possibile impegnare una certa somma di denaro, che sarà dato in beneficenza

⁵ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p.5.

se entro una certa data l'individuo non avrà raggiunto un dato obiettivo certificato in un certo modo. La spinta qui è costituita dalla prospettiva della perdita futura di denaro, che fornisce una motivazione a mantenere fede agli impegni presi⁶. Un altro esempio è costituito dalla facilitazione nella comprensione di informazioni complesse, come quelle legate ai possibili trattamenti per il tumore alla prostata. Data la possibile influenza di molti fattori su decisioni così importanti, Sunstein raccomanda alcuni accorgimenti per permettere ai pazienti di fare scelte in linea con il proprio benessere: «Un buon sistema di architettura delle scelte aiuta gli individui a perfezionare la propria capacità di mappare le decisioni, e dunque a scegliere le opzioni che possono accrescere il loro benessere. Per far questo, un architetto delle scelte può cercare di rendere più comprensibili le informazioni sulle diverse opzioni, trasformando i dati numerici in unità che si traducono più facilmente in uso effettivo»⁷. Ma questo tipo di intervento non è dissimile da quelli suggeriti da Gigerenzer e dall'approccio dei *boost*, finalizzati ad affinare le capacità delle persone di comprendere le informazioni ricevute. D'altronde Sunstein parla anche di «spinte gentili educative», che non sfruttano bias ma tendono a informare le persone, a irrobustire le loro competenze e a creare architetture della scelta in cui i difetti cognitivi sono arginati o viene impedito loro di manifestarsi⁸.

Possiamo quindi iniziare a tracciare una distinzione tra le spinte che agiscono sul Sistema 1, come quelle che caratterizzano il primo gruppo, e le spinte che agiscono in modo più o meno diretto sul Sistema 2. Possiamo poi introdurre un'ulteriore distinzione, trasversale rispetto a questi due gruppi, tra spinte che riguardano il modo in cui una certa informazione viene presentata, come la scelta della formulazione dell'informazione, l'uso di immagini esplicite o la traduzione delle opzioni in termini comprensibili o in figure, e spinte che invece intervengono sulla procedura decisionale in senso lato, come le regole di default e le strategie di autocontrollo⁹.

⁶ Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., pp. 223-224.

⁷ Ivi, p. 102.

⁸ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit. pp. 32-34.

⁹ Per la distinzione tra questi due tipi di nudge cfr. S. Lemaire, "Nudges, information et manipulation", in M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst (sous la di-

Dato l'argomento di questo capitolo, sembra possibile escludere dall'analisi le spinte che agiscono sul Sistema 2, a prescindere dall'elemento su cui intervengono (informazione, scelta o comportamento). In generale esse mirano a intervenire sulla procedura tramite cui l'individuo produce la scelta, senza che sia possibile prevedere quale comportamento si verificherà con maggiore probabilità. Maggiormente problematiche sembrano quelle che agiscono invece sul Sistema 1, sfruttando difetti e limiti cognitivi. In assenza di una definizione di manipolazione e di motivi per distinguere tra i due Sistemi, questa sembra una mera congettura. Notiamo solo che essa appare in linea con le intuizioni ordinarie: interventi che potenziano la nostra capacità di riflettere sulla situazione e di comprendere con maggiore chiarezza le informazioni presentate difficilmente possono essere percepiti come manipolatori. Ci aiutano a decidere ma non influenzano l'esito della nostra scelta: di fatto possiamo ancora decidere di comportarci in modo controproducente. Le strategie di auto-controllo poi ci consentono di tenere fede ai nostri impegni e sono *liberamente* scelte dalla persona, che decide, ad esempio, di avvalersi di un'assistenza esterna per realizzare i propri obiettivi. In breve, questi interventi sono forme genuine di contrasto dei limiti cognitivi e rinunciano a sfruttarli per ottenere certi risultati, come invece fanno le spinte del Sistema 1¹⁰. Per questo motivo ci concen-

rection de), *Nudges et normativités*, Hermann, Paris, 2018, p. 176.

¹⁰ Lo stesso Sunstein, rispondendo ad alcune critiche, sembra eludere questa distinzione. Ad esempio, rimprovera a Riccardo Rebonato l'uso di una terminologia che restringe la gamma delle spinte a quelle che sfruttano i limiti cognitivi per influenzare le decisioni, dimenticando quelle che hanno invece l'effetto di «superare le distorsioni cognitive inevitabili e le inadeguatezze decisionali». Sunstein nota che le spinte gentili comprendono interventi che non contemplano il superamento dei propri limiti cognitivi (nel senso di porvi rimedio, come accade con le regole di default) e interventi che invece controbilanciano le distorsioni senza avvantaggiarsene. In questo modo, però, la critica di Rebonato viene circoscritta ma non disinnescata, perché è comunque sensata se rivolta a quel gruppo di spinte che non superano alcun limite cognitivo ma ottengono risultati sfruttandoli. Cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 47. Del resto Rebonato assume questa definizione ristretta proprio per valorizzare le differenze esistenti tra le varie spinte presentate dai paternalisti libertari. Cfr. Rebonato, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, cit., pp. 5-6.

treremo principalmente su pungoli come l'effetto *framing*, le regole di default, ecc. Infine, è una congettura che anche Sunstein accetta, perché riconosce che la critica della manipolazione riguarda *solo* alcuni tipi di spinte. Non sono certo manipolatorie gli avvertimenti di pericoli imminenti, etichette su prodotti e servizi che specificano l'apporto calorico o il risparmio energetico, anche se influenzano i comportamenti delle persone¹¹.

3. Le spinte gentili sono manipolatorie?

Anche il termine 'manipolazione' è in realtà ambiguo e solo recentemente si è articolata nella letteratura filosofica una riflessione sistematica sui suoi significati e usi.

Nel linguaggio comune spesso definire 'manipolatoria' un'azione o una pratica significa esprimere *tout-court* un giudizio di condanna morale. Il significato del termine quindi non ha solo una componente descrittiva, ma anche una direttamente valutativa e si qualifica per questo come un 'concetto spesso'. Analogamente, definire una persona manipolatoria evoca istantaneamente un giudizio negativo sul carattere di quella persona. Sebbene nel linguaggio comune l'intreccio tra significato descritto e valutativo è indubbiamente pervasivo, conviene però scioglierlo nell'analisi¹². Come vedremo, infatti, non tutti sono d'accordo sull'idea che le azioni manipolatorie siano intrinsecamente condannabili dal punto di vista morale, dato che la manipolazione è un elemento ricorrente nel tessuto delle relazioni sociali. È quindi utile affrontare prima la questione dell'identificazione (quali sono i criteri per distinguere atti manipolatori da atti non manipolatori) e poi la questione della valutazione (se gli atti manipolatori possono essere considerati sempre moralmente condannabili oppure esistono condizioni in cui questo giudizio valutativo non si applica).

¹¹ Cfr. Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 80.

¹² Seguiamo il suggerimento di R. Noggle, *The Ethics of Manipulation*, in N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-manipulation/>. Cfr. anche J.S. Blumenthal-Barby, "Between Reason and Coercion: Ethically Permissible Influence in Health Care and Health Policy Contexts", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 22, 4, 2012, pp. 348-350.

La portata della questione valutativa potrebbe sembrare limitata perché, intuitivamente, la manipolazione si colloca nella gerarchia degli interventi in una posizione intermedia tra la persuasione razionale, un'influenza sull'agente considerata non problematica o minimamente problematica dal punto di vista morale, e la coercizione, un'influenza che invece viene considerata condannabile in quasi tutti i casi. Diversamente da chi tenta di persuadere una persona con buone ragioni, il manipolatore utilizza metodi non ortodossi per ottenere i suoi scopi ma, a differenza di chi costringe, non ricorre alla forza brutta e alla minaccia esplicita¹³. Secondo questa schema, tuttavia, nel momento in cui abbiamo risolto la questione dell'identificazione abbiamo anche risolto la questione della valutazione, perché ogni intervento definibile come manipolatorio sarà *ipso facto* moralmente illecito (o, in una concezione gradualistica, meno lecito della persuasione ma più tollerabile della coercizione). La decisione di tenere separate le due questioni ha il merito di non precludere in anticipo la possibilità che alcuni interventi, pur essendo manipola-

¹³ Marcia Baron ad esempio considera la manipolazione una classe in cui rientrano bugie, inganni, occultamento di opzioni, minacce, offerte che propongono una ragione sbagliata per fare ciò che viene chiesto, vessazione, creazione di situazioni di disagio sociale in cui è difficile o impossibile opporre rifiuto, pressioni ad accettare (se rifiuti sarò infelice o tu non sarai una bella persona). La manipolazione si distingue dalla coercizione soprattutto per il fatto che la prima, per essere efficace, deve essere nascosta, mentre la seconda sfrutta la consapevolezza del soggetto che è costretto a compiere una scelta. In generale inoltre la manipolazione lascia aperta la possibilità di rifiutarsi di aderire alla volontà del manipolatore, mentre la coercizione altera la situazione in modo tale che non viene lasciata alcuna ragionevole opzione se non quella stabilita da chi costringe. Cfr. M. Baron, "Manipulativeness", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 77, 2, 2003, pp. 39 e 42. Per altre riflessioni sul rapporto tra manipolazione e coercizione, cfr. O. O'Neill, "Which Are the Offers You Can't Refuse?", in Ead., *Bounds of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 81-96. Non tutti concordano però sulla rigida tricotomia manipolazione-coercizione-persuasione, sia da un punto di vista descrittivo, sia da un punto di vista morale. Ad esempio Patricia Greenspan ("The Problem with Manipulation", *American Philosophical Quarterly*, 40, 2, 2003, pp. 155-164) sostiene che alcune manipolazioni si sovrappongono sia alla coercizione sia alla persuasione; George Tsai ("Rational Persuasion as Paternalism", *Philosophy and Public Affairs*, 42, 1, 2014, pp. 78-112) argomenta a favore dell'idea che alcune volte anche la persuasione razionale può essere paternalistica e quindi moralmente discutibile.

tori, non siano per questo del tutto illeciti ed è questa una modalità non estranea all'esperienza comune. In alcune relazioni possono esserci dei momenti in cui la persona manipola l'altra, senza che questi atti assumano un tono morale negativo. Torneremo dopo su questa osservazione, perché sarà importante nel caso delle spinte gentili.

Il problema centrale rispetto alla questione dell'identificazione consiste quindi nel comprendere quale tipo di influenze siano le manipolazioni. Secondo una teoria molto diffusa, chi manipola influenza il comportamento di qualcuno grazie all'interferenza con le sue capacità razionali, dove per 'interferenza' si intende l'aggiramento o l'impedimento di queste capacità. In sostanza, A manipola B quando riesce a ottenere da B un comportamento impedendo a B di esercitare la sua capacità di riflettere sulle ragioni che si hanno per compiere una certa azione¹⁴. Amplificare certi stati emotivi nella persona è un modo efficace di evitare che quella persona rifletta sulle ragioni per evitare un certo tipo di comportamento: ad esempio, si può indurre una popolazione a votare un certo partito che propugna politiche xenofobe instillando e amplificando la paura per lo straniero tramite la diffusione ripetuta di notizie artefatte sul collegamento tra la delinquenza e presenza di immigrati sul suolo nazionale. O, per fare un esempio più prosaico, se voglio tenerti lontana dal mio giardino possono convincerti della presenza di serpenti, animali che tu odi, quando è impossibile che ve ne siano. Sfrutto la tua paura per evitare che tu rifletta adeguatamente sulla situazione e adotti un comportamento razionale. Questa spiegazione della manipolazione sembrerebbe attagliarsi perfettamente alle spinte gentili che sfruttano il Sistema 1 perché indurre un comportamento sollecitando le risposte automatiche è un modo per impedire alle persone di utilizzare il Sistema 2, ossia le loro capacità razionali.

È proprio questa la definizione di manipolazione che i paternalisti libertari accettano. Sunstein sostiene che un atto è manipolatorio «se non impegna o fa appello in modo insufficiente alla capacità di

¹⁴ Cfr. per varie formulazioni di questa teoria, J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 377-378; Blumenthal-Barby, *Between Reason and Coercion*, cit.; J.S. Blumenthal-Barby, H. Burroughs, "Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using the 'Nudge'", *American Journal of Bioethics*, 12, 2, 2012, pp. 1-10.

riflessione e deliberazione»¹⁵ e che c'è una soglia sotto la quale anche un parziale interessamento di riflessione e deliberazione non riesce a evitare la manipolazione. Sunstein non specifica quale sia questa soglia, la cui determinazione rimane quindi ambigua e aperta a un'ulteriore valutazione. Questa mossa gli consente di accettare una concezione gradualistica della manipolazione, per cui non è necessario individuare una proprietà "tutto o nulla" che divida la categoria degli atti in due sottogruppi nettamente distinti (atti manipolatori contro atti non manipolatori). È d'altronde possibile individuare una casistica nella vita reale che spazia da casi in cui c'è una palese manipolazione (la pubblicità subliminale e l'utilizzo del *priming*), a casi che non presentano particolari problemi sotto questo aspetto (un avvertimento sul possibile attraversamento di animali selvatici), a casi molto più ambigui (la struttura di un sito web che attrae l'attenzione dei clienti sui prodotti più costosi).

L'idea che la manipolazione corrisponda a una distorsione delle capacità razionali va incontro ad alcuni problemi. In primo luogo non sempre l'introduzione di influenze non-razionali coincide con una manipolazione vera e propria. In certi casi è possibile sottolineare un fatto o attirare l'attenzione su certe ragioni aumentandone la salienza e consentendo così alla persona a cui ci si rivolge di deliberare o scegliere meglio. In questi casi i cambiamenti della salienza di opzioni e fatti non sono vere e proprie manipolazioni. Ad esempio, la pubblicazione di immagini esplicite sui pacchetti di sigarette può avere lo scopo di "mobilitare" risorse non razionali per rafforzare la deliberazione, aumentando la salienza di certi fatti rilevanti per il consumatore, piuttosto che a manipolarne la scelta. Inoltre, come si è visto nel secondo capitolo, in certi contesti l'uso di euristiche veloci che non coinvolgono il Sistema 2 nell'atto della scelta può essere più benefico dell'uso di processi razionali lenti e dispendiosi. In certi

¹⁵ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 82. Per una posizione analoga, cfr. J. Hanna, "Libertarian Paternalism, Manipulation, and the Shaping of Preferences", *Social Theory and Practice*, 41, 4, 2015, pp. 618-643. Cfr. anche B. Engelen, "Les concepts d'autonomie et de rationalité dans la théorie des 'nudges'", in Bozzo-Rey, Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, cit., pp. 152-156.

casi il discostamento da un ideale di razionalità pura e logica non è controproducente e produce comunque forme di razionalità¹⁶.

Ciò non implica che tutte le influenze che aumentano in modo non-razionale la salienza di certe informazioni sono *tout-court* non manipolative, ma solo che sfruttare il Sistema 1 non è necessariamente sinonimo di manipolazione e può essere al contrario un modo efficace di rafforzare l'operatività del Sistema 2¹⁷. In questa direzione si muove anche Sunstein quando sostiene l'esigenza di fissare una soglia per valutare il reale coinvolgimento, caso per caso, delle capacità razionali. Gli avvertimenti espliciti di conseguenza possono non essere considerati manipolazioni qualora la risposta viscerale che evocano non pregiudichi un sufficiente coinvolgimento delle capacità delle persone di scegliere in modo riflessivo e deliberativo. Se buona parte delle persone, dopo aver visto una foto di un polmone affetto da tumore, comprende meglio quali sono i rischi del fumo, allora la loro capacità deliberativa risulta migliorata. In questo senso l'immagine esplicita costituisce un input, un dato in ingresso, senza agire direttamente sull'output, cioè sulla scelta finale dell'agente¹⁸.

¹⁶ Per la connessione tra questo argomento e la manipolazione, cfr. ad esempio T.M. Wilkinson, "Nudging and Manipulation", *Political Studies*, 61, 2, 2013, p. 350.

¹⁷ La rigida distinzione tra Sistema 1 e Sistema 2 porta molto spesso anche i paternalisti libertari a sottostimare l'intreccio tra processi razionali e processi non-razionali nella deliberazione. Sul rapporto tra spinte gentili, salienza e manipolazione, cfr. Lemaire, "Nudges, information et manipulation", cit., pp. 181-185 e R. Noggle, "Manipulation, Salience, and Nudges", *Bioethics*, 32, 3, 2018, pp. 164-170. Cfr. anche R. Noggle, "Manipulative Actions: A Conceptual and Moral Analysis", *American Philosophical Quarterly*, 33, 1, pp. 43-55, soprattutto pp. 49-50.

¹⁸ Cfr. Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 110-111. In realtà Sunstein ha due ulteriori ragioni per considerare gli avvertimenti espliciti come legittimi, anche se fossero manipolatori. Una ragione si riconnette al fatto che producono conseguenze benefiche, perché possono salvare vite. Anche se sfruttano esclusivamente il Sistema 1 (o attivano in modo insufficiente il Sistema 2) hanno effetti benefici sul benessere delle persone. La seconda ragione è più fine: l'avvertimento esplicito in realtà opererebbe come "debiasing". Il fumatore o l'aspirante fumatore sviluppa il desiderio di fumare anche per l'influenza di messaggi pubblicitari o sociali che manipolano il Sistema 1 e l'avvertimento esplicito non farebbe altro che imbracciare la stessa arma per contrastare questa tendenza.

In secondo luogo, come ha sottolineato Moti Gorin, è sempre possibile manipolare qualcuno sfruttando il Sistema 2. L'esempio che Gorin presenta riguarda Jacques che, dopo una lunga meditazione sul senso della vita, è giunto alla conclusione che la vita non ha senso e non c'è alcuna ragione per continuare a vivere. La decisione di suicidarsi è impedita solo dall'altra convinzione filosofica a cui è giunto Jacques: Dio esiste e la sua esistenza è l'unica fonte di significato per la vita. James sa che dopo la morte di Jaques lui erediterà tutte le sue ingenti sostanze, per cui presenta a James tutti i più potenti argomenti anti-teistici che riesce a costruire per dimostrare che Dio non esiste. Dopo averci riflettuto Jacques è convinto da questi argomenti e ogni ostacolo verso il suicidio razionale è così rimosso. La manipolazione non altera le capacità razionali di Jacques, né gli impedisce di utilizzarle. Gorin presenta un secondo esempio, più vicino agli argomenti che stiamo trattando. Un medico ha in cura un paziente depresso, affetto da una patologia per cui esiste un trattamento medico efficace. Se il paziente non fosse in preda alla depressione acconsentirebbe senza dubbio a ricevere la cura ma adesso, nelle sue condizioni, oppone un dissenso. Poniamo che esista un certo modo di formulare le informazioni sul trattamento che, sfruttando l'effetto *framing*, indurrebbero il paziente ad accettare la cura. Secondo Gorin, se il medico utilizzasse questo metodo per ottenere il consenso manipolerebbe il paziente senza tuttavia contrastare le sue capacità razionali. Anzi, in un certo senso, otterrebbe il risultato di potenziarle o comunque di consentirne l'utilizzo da parte del paziente, rimuovendo un ostacolo che bloccava questa opportunità¹⁹.

Il primo esempio di Gorin non sembra in tutto e per tutto una vera e propria manipolazione perché assomiglia più a un caso di persuasione razionale in cui la presentazione di argomenti cogenti riesce a convincere una persona della tesi contraria rispetto a quella fin qui sostenuta, con tutte le implicazioni pratiche che ciò comporta. Ma c'è una caratteristica specifica che inclina invece ad assimilarlo alla manipolazione: lo scopo di James non è quello di convincere

¹⁹ M. Gorin, "Do Manipulators Always Threaten Rationality?", *American Philosophical Quarterly*, 51, 1, 2014, p. 56. Cfr. anche M. Gorin, "Towards a Theory of Interpersonal Manipulation", in C. Coons, M. Weber (eds.), *Manipulation. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 73-97.

Jacques ad accettare una credenza vera sull'inesistenza di Dio. James non ha alcun interesse e può anche darsi che lui stesso non condivida gli argomenti che presenta. In breve, come conclude Gorin, a James non sta a cuore la qualità delle ragioni che presenta, né il fatto che Jacques arrivi alle sue conclusioni percorrendo un determinato itinerario razionale. L'unica cosa che sta a cuore a James è l'efficacia delle sue considerazioni nel realizzare lo scopo che si è prefisso: convincere Jacques della necessità del suicidio razionale per ottenere l'eredità. È questo che rende la sua operazione più simile a una manipolazione che a una persuasione²⁰. Non è invece del tutto chiaro se il medico del secondo esempio manipola davvero il suo paziente. Sicuramente è interessato a fare in modo che la sua influenza sia efficace nell'ottenere un certo effetto ma il risultato consiste nel fare in modo che il paziente prenda una decisione in linea con quella che avrebbe preso se non fosse affetto da una patologia. Se poi lo stato depressivo è tale da rendere il paziente incapace (o non del tutto capace) di prendere decisioni sulla sua salute, allora il medico è del tutto legittimato, entro certi limiti, ad agire paternalisticamente nei suoi confronti²¹.

Se immaginiamo casi in cui non è presente la variabile di una patologia che impedisce comunque al Sistema 2 di esercitare le sue funzioni, l'uso di spinte gentili è manipolatorio? In realtà, secondo i paternalisti libertari, è questa la condizione in cui si trova la maggior parte degli agenti umani, a causa della presenza di imperfezioni e distorsioni cognitive, e che giustifica il ricorso alle spinte. In una delle prime formulazioni del paternalismo libertario, Sunstein e Thaler utilizzano la canonica espressione secondo cui l'influenza sulle scelte avviene per migliorare il benessere degli individui secondo la concezione del benessere che essi hanno (e su questa ci soffermeremo nel prossimo capitolo), ma affiancano a essa una specificazione significativa. Le decisioni che gli esseri umani prendono sono quelle «che non avrebbero preso se avessero prestato piena attenzione e se avessero posseduto informazioni complete, capacità cognitive illimitate

²⁰ Gorin, "Do Manipulators Always Threaten Rationality?", cit., pp. 57-58.

²¹ Con questa considerazione non si intende estendere a tutti i casi il giudizio secondo cui gli stati depressivi sono incompatibili con la possibilità di esercitare una scelta ponderata.

e totale autocontrollo»²². In questo brano non è chiaro se, in assenza dei limiti imposti dai difetti cognitivi, gli esseri umani avrebbero preso decisioni massimamente razionali (come quelle degli econi) oppure decisioni che avrebbero rispecchiato la loro concezione del benessere, anche se non sarebbero state quelle che avrebbero preso in condizioni ideali. L'ambiguità non è da poco: se l'obiettivo è quello di realizzare standard di razionalità ideali, allora si tratta di fare in modo che l'esito sia quello che avrebbe raggiunto una pura e perfetta operazione del Sistema 2, ma utilizzando il lavoro sporco e imperfetto del Sistema 1 (ma su questa caratterizzazione si veda quando abbiamo già detto nei capitoli precedenti). Inoltre, se niente assicura che gli standard di razionalità ideale *coincidano* con gli scopi che gli individui realmente hanno, allora le spinte gentili possono essere manipolatorie perché deviano le persone dalla realizzazione dei loro scopi, senza che se essi se ne accorgano. Se assumiamo invece che l'obiettivo dell'uso delle spinte sia quello di realizzare il benessere delle persone così come loro lo concepiscono, l'obiezione della manipolazione viene meno.

Se si applicano le considerazioni di Gorin, da una parte le spinte gentili potrebbero essere considerate manipolatorie perché i paternalisti libertari non sono interessati alla *qualità* del processo attraverso cui si raggiunge l'esito desiderato; dall'altra parte i loro fini non sono equiparabili a quelli di James, né a quelli di qualunque altro manipolatore che tenta di orientare il comportamento altrui verso i suoi interessi. In molti casi lo scopo è quello di ottenere lo stesso risultato che otterrebbe l'agente se potesse usare in modo completo il Sistema 2. In definitiva, affidarsi alla distinzione tra Sistema 1 e Sistema 2 e distinguere tra influenze non-razionali e influenze razionali sembra una strategia poco promettente sia per individuare in generale quali atti sono genuine manipolazioni, sia per giudicare in particolare se le spinte gentili ricadono tra gli interventi manipolatori.

²² Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 11. Cfr. anche Sunstein, Thaler, "Liberatarian Paternalism is Not an Oxymoron", cit., p. 1162.

4. Manipolazioni e inganni

Come sottolinea Gorin, chi manipola, generalmente, non tiene di conto la qualità del processo attraverso cui raggiunge lo scopo prefisso. Non si cura, cioè, del fatto che l'agente manipolato giunge a prendere una decisione tramite percorsi "adeguati". Il problema si sposta in questo caso nel definire il criterio di adeguatezza che, quando rispettato, denota in chi influenza un'attenzione non manipolatoria verso la qualità della scelta di chi viene influenzato.

Robert Noggle usa una terminologia diversa, ma sostanzialmente compatibile con questa idea, quando sostiene che la manipolazione introduce stati mentali difettosi (*faulty*). Se una persona influenza un'altra insinuando credenze false, desideri irrazionali o emozioni inappropriate, allora la sta manipolando: la manipolazione è un fenomeno simile all'inganno²³. Chi è manipolato viene indotto a desiderare, credere o sentire in modo da allontanarsi da ideali che dovrebbero governare questi stati mentali. Chi manipola, come chi inganna, considera gli ideali verso cui dirige il manipolato inadeguati o falsi. In realtà non c'è accordo in letteratura sul modo in cui si devono definire gli standard da cui gli agenti sono allontanati. Noggle ritiene appunto che debbano essere relativizzati alle prospettive degli individui coinvolti nella relazione di manipolazione, altri sostengono invece che dovrebbero essere definiti in modo oggettivo: si prenda ad esempio il caso di un santone che manipoli le coscienze degli adepti alla sua setta, facendo loro credere che dopo aver compiuto un suicidio di massa i loro corpi saranno raccolti da extra-terrestri che li rianimeranno donando loro vita eterna. Se il santone crede davvero in questa teoria, secondo la definizione di Noggle non starebbe manipolando nessuno, perché la credenza instillata è per lui *vera*. Ma questo sembra assurdo²⁴.

²³ Cfr. Noggle, "Manipulative Actions: A Conceptual and Moral Analysis", cit.; Noggle, "Ethics of Manipulation", cit., par. 2.2. Cfr. anche Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 88-89.

²⁴ Hanna, "Libertarian Paternalism, Manipulation, and the Shaping of Preferences", cit., pp. 631-633. Cfr. su questo punto Noggle, "Ethics of Manipulation", cit., par. 2.2 e A. Barnhill, "What Is Manipulation?", in Coons, Weber (eds.), *Manipulation. Theory and Practice*, cit., pp. 51-72, soprattutto pp. 65-68.

Al di là di queste divergenze, un'analisi più circostanziata è utile per comprendere in quale grado le singole spinte sono manipolatorie. In alcuni casi il *nudge* utilizzato fa un uso improprio di mezzi per fare in modo che gli individui scelgano in un certo modo. Noggle fa l'esempio di un medico che sfrutta le paure irrazionali di un paziente per indurlo a smettere di fumare; in questo caso è plausibile pensare che il medico stia manipolando il paziente, ma non sempre i contorni dell'intervento sono così netti. Si prenda ad esempio lo sfruttamento dell'effetto *framing* ottenuto comunicando al paziente i rischi relativi del fumo ("la probabilità di avere un infarto raddoppia nei fumatori") senza informarlo di quale sia il tasso di contrazione della patologia nella popolazione (raddoppia rispetto a quale cifra?). In questo modo chi presenta l'informazione attribuisce una maggiore salienza alla connessione tra stili di vita ed esiti potenzialmente mortali, attivando probabilmente alcune reazioni emotive che rendono più probabile una certa scelta, ma raggiunge questo scopo omettendo un pezzo di informazione. È questo un punto che anche Sunstein riconosce in *The Ethics of Influence*:

I manipolatori, fuori e dentro i governi, spesso descrivono le scelte in modo da rendere certi risultati vividi e attraenti (come l'acquisto di biglietti della lotteria, che può portare a una vita di agi e piaceri) o vividi e poco attraenti (come il mancato acquisto di un'assicurazione vita che può portare a una vita di povertà e disagio per chi sopravvive), anche se una formulazione più neutrale presenterebbe l'intero problema in termini meno tendenziosi, consentendo a chi sceglie di trovarsi in una posizione più oggettiva per soppesare le variabili rilevanti (e, in questo senso, di essere più libero)²⁵.

Prendiamo un altro esempio, in cui un agente tenta di indurre un cambiamento nel comportamento di un altro agente influenzando le sue emozioni:

Jane è una mangiatrice morbosa. La sua coinquilina è preoccupata sulla quantità di cibo spazzatura che mangia e decide di creare un ambiente di scelta che la spinga a fare scelte alimentari più sane. La coinquilina di Jane sostituisce gli specchi normali dell'appartamento con specchi deformanti che fanno sembrare Jane sovrappeso. La coinquilina di Jane

²⁵ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 84. Cfr. anche p. 91 per altre considerazioni sull'uso dell'effetto *framing*.

non si impegna ad argomentare razionalmente con lei, né la minaccia. Invece la manipola, ossia aggira il suo ragionamento sfruttando elementi non-razionali del processo psicologico e/o influenzando scelte in un modo che non è ovvio.

Secondo Blumenthal-Barby la coinquilina manipola Jane perché aggira le sue capacità razionali, pur non impedendo a Jane di scegliere altrimenti o imponendo un costo eccessivo all'alternativa (ossia continuare a mangiare cibo malsano); piuttosto interferisce con «la sua capacità di discernere le opzioni, considerarle e agire in accordo con le sue preferenze» e «la fa agire per ragioni di cui si dispiacerebbe». Se Jane lo venisse a sapere sicuramente obietterebbe, sulla base delle sue preferenze, a quello che ha fatto la coinquilina²⁶. Ma, come si è visto, il reale problema presentato dall'uso di specchi deformanti consiste nel fatto che Jane è ingannata perché le viene instillata una credenza falsa (è esageratamente grassa) e non nel fatto che vengono sfruttate le sue emozioni per bloccare le capacità deliberative e razionali. In questo modo ne risulta *peggiorato* il processo attraverso cui Jane giunge a scegliere di smettere di mangiare cibo spazzatura. La ragione per farlo non è una *sua* ragione, perché la credenza su cui si basa è frutto di un uso ingannevole, ambiguo, che ricorrere eccessivamente a informazioni o immagini per sollecitare certe emozioni.

In definitiva, una spinta è manipolatoria nel momento in cui chi la subisce è indotto, senza che ne sia consapevole, a scegliere e agire tramite un inganno che instilla credenze, desideri o emozioni “difettosi” o lo induce ad agire per ragioni che non riconosce. Probabilmente la domanda iniziale da cui siamo partiti è mal posta: le spinte gentili sono interventi manipolatori? Sono interventi che influenzano il comportamento, come lo influenzano gli atti coercitivi e quelli persuasivi, e possono essere manipolatori nella misura in cui amplificano, causano o attivano nel soggetto processi e stati mentali inappropriati per ottenere un certo scopo.

Alcuni autori, come ad esempio Jason Hanna, preferiscono parlare di «modellamento delle preferenze» (*shaping preferences*) e distinguono tra le spinte che intervengono direttamente per modifica-

²⁶ Cfr. J.S. Blumenthal-Barby, “Choice Architecture: A Mechanism for Improving Decisions while Preserving Liberty?”, in Coons, Weber (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, cit., pp. 190-191.

re le preferenze e quelle che invece si limitano a regolare il comportamento. Ad esempio, lo sfruttamento dell'effetto *framing*, alterando la salienza, rimodella le preferenze del soggetto; diversamente, la regola di default agisce in modo diverso. Prendiamo una delle proposte più ricorrenti nelle pagine di Sunstein e Thaler, ossia l'uso di regole prestabilite nella definizione dei piani pensionistici. Dal punto di vista degli architetti di sistema, la soluzione più ragionevole nella scelta dei fondi pensionistici è quella di prevedere un arruolamento automatico in un piano che prevede opzioni preimpostate per i tassi di risparmio e la distribuzione degli investimenti, da cui i soggetti possono liberamente uscire esercitando in qualunque momento la facoltà di *opting out*. La forza dell'inerzia e la distorsione dello status quo determinano una maggiore probabilità che gli individui non decidano di avvalersi dell'opzione di uscita e continuino ad aderire al piano preimpostato per loro più vantaggioso. In questo caso l'architettura della scelta non muta l'insieme delle preferenze individuali, ma interviene solo sul comportamento, garantendo in realtà una probabile astensione dalla scelta²⁷.

Il problema della manipolazione tocca in egual misura entrambi i tipi di spinte: anche quando la regola di default non interviene direttamente sugli stati mentali del soggetto, essa crea una maggiore salienza per un'opzione (rimanere fedeli alla scelta preimpostata) rispetto all'altra (esercitare un'opzione di uscita). Per alcuni soggetti questa maggiore salienza non sarà problematica, perché possono trovare di per sé approvabile (per svariati motivi) il piano già deciso dagli architetti del sistema, ma per altri ci sarà una sfasatura tra quello che *realmente* vogliono e quello che sono indotti a fare dalla maggiore salienza data dalla distorsione dello status quo. Il risultato è che la continua adesione al piano pensionistico potrebbe essere

²⁷ Per la distinzione, si veda Hanna, "Libertarian Paternalism, Manipulation, and the Shaping of Preferences", cit., pp. 622-623. Per una presentazione dell'esempio scelto per illustrare la regola di default, cfr. C.R. Sunstein, R.H. Thaler, "Preferences, Paternalism, and Liberty", in S. Olsaretti (ed.), *Preferences and Well-Being*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 240-243. Nel libro *La spinta gentile* (cit., p. 136) gli autori presentano un sistema più articolato, in cui a ogni dipendente viene concessa la possibilità di scegliere se aderire al fondo di default oppure avere un maggior grado di coinvolgimento nell'investimento del suo denaro. Cfr. anche *ivi*, pp. 151-160.

dettata per qualcuno da ragioni che non sono interamente le sue ragioni per scegliere in questo modo, anche se il comportamento dipende da aspetti della sua mente (un bias cognitivo).

La distinzione tra spinte che modellano le preferenze e spinte che modellano il comportamento è però insufficiente per ricomprendere tutti i casi. Si ripensi all'esempio di Carolyn e del suo ristorante. In questo caso si può sostenere che la disposizione degli alimenti crea le preferenze stesse, perché la scelta non dipende da quali desideri avessero i clienti prima di entrare nel ristorante. Può darsi che alcuni o molti di loro preferissero mangiare un piatto di fritto di carne ma, una volta iniziata la trafila per il self-service, influenzati dalla disposizione degli alimenti, abbiano mutato i loro desideri e scelgano alla fine un piatto di insalata. Oppure si può pensare che altri prima di entrare avessero semplicemente fame, senza coltivare alcuna idea su cosa scegliere una volta in fila davanti al bancone. In questi casi il contesto modella le preferenze degli agenti, tanto che Sunstein e Thaler sostengono che «ciò che i [clienti] scelgono di mangiare dipende dalla disposizione degli alimenti»²⁸. Si tratta d'altronde di un fenomeno ben noto in letteratura, a cui gli psicologi comportamentali hanno dato ampia attenzione. La formazione delle preferenze individuali è una procedura complessa e prevede una serie di adattamenti nel corso del processo decisionale che concorrono a creare le preferenze stesse. Come ha sostenuto lo psicologo Paul Slovic, soprattutto in contesti inusuali e complessi in cui le informazioni a disposizioni sono scarse, «le preferenze non sono semplicemente lette da una lista ma sono costruite sul momento da un decisore adattivo»²⁹. Questa adattabilità rende il contenuto delle preferenze esposto a molteplici influenze, tra cui anche i bias che caratterizzano il Sistema 1.

Nella nuova organizzazione del ristorante di Carolyn, secondo Noggle, la disposizione dei cibi attribuisce a certi piatti una salienza diversa e il carattere ingannevole di questa operazione è legato alla

²⁸ Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 8.

²⁹ P. Slovic, "The Construction of Preference", *American Psychologist*, 50, 1995, p. 369. Cfr. anche S. Lichtenstein, P. Slovic (eds.), *The Construction of Preference*, Cambridge University Press, New York, 2006.

rilevanza, per la scelta, degli aspetti dell'ambiente che sono in questo modo evidenziati.

[La spinta gentile] enfatizza una delle opzioni, senza attirare l'attenzione su qualsiasi fatto riguardo a questa opzione che sia vero e rilevante per la decisione del cliente su cosa mangiare. La salienza delle insalate è aumentata ma questo incremento non corrisponde ad alcunché che le renda maggiormente degne di scelta. In effetti, è aumentata la salienza della mera disponibilità dell'insalata. Certo, la diponibilità di un certo piatto può essere rilevante per la scelta, in quanto non ha senso scegliere qualcosa di indisponibile. Quindi, la disponibilità di un'opzione non è più rilevante per la scelta in discussione della disponibilità di altre portate. O, per usare parole diverse, la mera disponibilità delle insalate non è una considerazione rilevante per scegliere tra piatti ugualmente disponibili³⁰.

Quello che Noggle omette di dire, ma è ancora più rilevante, è che l'architetto della scelta (Carolyn, in questo caso) *sa* cos'è che rende maggiormente degna di scelta l'insalata rispetto al fritto di carne o ai dolci e cioè le sue proprietà nutritive maggiormente salutari e benefiche per chi sceglie; la spinta gentile utilizzata non contiene però alcuna trasmissione di informazioni rilevanti, che non possono quindi costituire una ragione genuina per scegliere l'insalata dal punto di vista del cliente. E questo accade sia per coloro che hanno già una motivazione per selezionare un'insalata invece di altri piatti (per gusto, per scelte etiche, salutiste o di dieta, o altre ancora), sia per coloro che non si sono ancora formati una preferenza, sia per coloro che, pur avendone una per altre opzioni, si trovano in qualche modo vinti dalla salienza presentata dalla disposizione degli alimenti.

La spinta gentile di Carolyn è quindi manipolatoria nella misura in cui altera la salienza senza migliorare la comprensione della situazione dei clienti; si tratta di una manipolazione minima, che non chiama in causa aree sensibili dell'esperienza e della vita delle persone e probabilmente esercita sui clienti un'influenza facilmente resistibile. Ma è nondimeno utile come esempio perché consente di

³⁰ Noggle, *Manipulation, Salience, and Nudges*, cit., p. 169. Per una risposta alle obiezioni della manipolazione su questo punto, cfr. T.R.V. Nys, B. Engelen, "Judging Nudging: Answering the Manipulation Objection", *Political Studies*, 65, 1, 2017, pp. 199-214, soprattutto pp. 204-208.

isolare due proprietà importanti: la trasparenza della spinta gentile e il grado in cui è possibile resistervi. Prima di discutere le condizioni associabili a questi due aspetti, cerchiamo di analizzare *per quali motivi* la manipolazione è considerata moralmente condannabile perché, come vedremo, trasparenza e resistibilità sono due fattori strettamente connessi alla dimensione etica delle spinte gentili.

5. Autonomia

Perché la manipolazione è moralmente sbagliata? La domanda sembra un *non-sense*, come si è prima accennato, perché nel linguaggio comune la manipolazione non è un termine neutrale ma evoca immediatamente una condanna morale. In filosofia c'è un ampio dibattito non solo sulla modalità in cui la manipolazione è moralmente sbagliata (in senso assoluto, *prima facie*, *pro tanto*), ma anche sul motivo per cui essa è sbagliata. Partiamo dalle considerazioni su questo problema che i paternalisti libertari stessi offrono. Nel suo ultimo libro Sunstein è sensibile all'obiezione della manipolazione e sostiene che gli architetti del sistema devono riporre grande cura per evitare che le spinte gentili utilizzate manipolino i cittadini. Sunstein riassume così le possibili ragioni per ritenere moralmente sbagliata la manipolazione: «Dal punto di vista dell'autonomia, l'obiezione è che la manipolazione può privare le persone dell'agentività; si basa su un continuum, il cui estremo finale è costituito dalla coercizione. (Se le persone sono manipolate nell'acquisto di un prodotto, potrebbero persino sentirsi costrette a comprarlo.)»³¹.

L'autonomia è il valore intuitivamente messo a repentaglio dalle manipolazioni. Poiché la manipolazione manca di rispetto ai cittadini, non riconoscendoli come agenti capaci di fare scelte e di governare la propria vita, Sunstein ha poi buon gioco a sostenere che non tutte le spinte gentili hanno questa conseguenza. Quelle che chiama "spinte educative", ad esempio, non violano l'autonomia dei soggetti ma la rafforzano, perché si limitano a richiamare la loro attenzione su particolari importanti, danno loro maggiori informazioni per prendere scelte informate, migliorano la loro comprensione della

³¹ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 96.

situazione o forniscono strategie di autocontrollo che gli individui possono adottare volontariamente per raggiungere alcuni obiettivi.

Altri tipi di spinte, come si è visto, non riescono a garantire la stessa forma di rispetto. In alcuni casi le spinte non-educative possono essere manipolatorie perché (1) non consentono ai soggetti di appropriarsi delle ragioni per fare una certa scelta; (2) sollecitano l'attenzione verso informazioni non rilevanti; (3) amplificano emozioni inadeguate rispetto al contesto. Nelle situazioni in cui le spinte agiscono in questo modo, si può sostenere che l'autonomia degli individui sia in qualche modo violata.

L'attenzione verso la qualità del *meccanismo* rischia di limitare eccessivamente l'analisi morale delle spinte gentili, perché le decontestualizza rispetto al quadro (moderatamente) paternalistico in cui sono inserite da Sunstein e altri. In che modo la cornice influisce sulla portata etica delle spinte gentili? In primo luogo, si noti che la questione generale più importante riguarda il rapporto tra l'impostazione dell'architettura di scelta e gli scopi verso cui si vogliono muovere gli individui: la definizione della natura debole della componente paternalistica è quindi fondamentale per chiarire in quali termini le spinte gentili possono avere conseguenze negative per l'autonomia degli individui.

Limitiamoci in questa sede a prendere in considerazione altre due proprietà che dovrebbero escludere, secondo i paternalisti libertari, un'azione manipolatoria delle spinte gentili. Si tratterà di un'analisi abbozzata, perché solo una disamina più completa del concetto di "benessere" usato dal paternalismo libertario consente di inquadrare adeguatamente il problema dell'autonomia, ma su questo punto rimandiamo al contenuto del prossimo capitolo.

Sunstein assume una concezione "leggera" dell'autonomia, identificata con il desiderio delle persone di scegliere da sé³², e si chiede se le spinte gentili violino questo legittimo desiderio. Alla domanda, Sunstein dà essenzialmente due risposte. Una è concepita in termini

³² La scelta di Sunstein di qualificare in modo leggero l'autonomia individuale non tiene conto della possibilità di declinare diversamente il concetto in ambito etico-politico, introducendo la nozione di "autodeterminazione". Su questo confronta il capitolo 5, paragrafo 2. Il problema è in realtà più complesso, perché Sunstein riconosce una gerarchia delle preferenze. Su questo cfr. invece il prossimo capitolo.

di *efficienza*: in molti casi è preferibile utilizzare una strategia che richiede ai soggetti di fare una scelta (regime di scelta attiva), ma in altri casi spinte del Sistema 1 possono garantire un risparmio notevole in termini di tempo. Soprattutto in contesti complessi e non familiari, dover scegliere può essere un peso che un'efficace architettura sistemica può alleviare, consentendo di investire energie e tempo in altre attività e in altre decisioni considerate importanti dai soggetti stessi.

La seconda risposta è però più interessante. Sunstein concede che le persone possano avvertire una *perdita* quando sono sotto l'effetto delle spinte gentili. Una regola di default può indurre i soggetti a sentirsi espropriati della loro libertà di scelta. Ma, sostiene Sunstein, questa perdita di valore è bilanciata dal guadagno in termini di benessere. Questo argomento, esplicitamente paternalista, ha due premesse tacite: che si possano dare conflitti tra il benessere e l'autonomia; che risolvere questi conflitti a favore del primo è la soluzione preferibile in alcuni casi, perché il saldo tra guadagni e perdite è positivo. Non è chiaro se questo segno positivo debba essere interpretato in senso oggettivo, applicando un calcolo utilitaristico, oppure coinvolge anche la valutazione dei diretti interessati, dato che Sunstein parla di «frustrazione» nel momento in cui la libertà di scelta viene violata, il che potrebbe far propendere per la seconda interpretazione³³.

Si intravede in questa risposta una concezione dell'autonomia che Sunstein rende ancora più esplicita in *The Ethics of Influence*. Il fulcro della tutela dell'autonomia non consiste nel permettere alle persone di fare le loro scelte, quanto nel non imporre costi eccessivi sulle scelte possibili. Il sistema di tassazione usato per scoraggiare comportamenti dannosi come il consumo di cibi insalubri altera il costo di queste scelte, senza vietare a qualcuno di compierle perché rende soltanto più difficile selezionare certe opzioni rispetto ad altre. Questa alterazione dei disincentivi potrebbe essere giustificata in alcune circostanze se questo aumento può indurre le persone a scegliere di andare nella direzione che realmente vorrebbero scegliere:

Se le persone non possiedono informazioni, questi costi potrebbero essere un modo per promuovere la loro autonomia, portandoli nella

³³ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 100-102.

direzione in cui andrebbero se fossero informati. Se le persone soffrono di distorsioni (*bias*) comportamentali, questi costi potrebbero essere ben accetti, o almeno potrebbero essere ben accetti in condizioni ideali. Se le persone sono ingannate o manipolate da venditori assai astuti che sfruttano la loro ignoranza e le loro distorsioni, questi costi potrebbero essere una soluzione e non un problema. L'imposizione dei costi potrebbe essere considerata un prodotto della delega che i cittadini concedono al governo. Ovviamente questa delega potrebbe rivelarsi una finzione: una razionalizzazione piuttosto che un fatto. Ma ci sono prove per cui le persone vogliono in realtà delegare almeno qualche potere agli ufficiali pubblici. Se è così l'obiezione dal punto di vista dell'autonomia è molto indebolita³⁴.

In questo brano Sunstein sostiene che le persone potrebbero accettare un'alterazione di costi che li dirige verso obiettivi che essi stessi vogliono realizzare e li sottrae alle manipolazioni del mercato. È però notevole che questa ipotesi sia formulata rispetto a condizioni ideali che potrebbero non realizzarsi e che sia una presunzione data a priori: non c'è garanzia che *effettivamente* le persone accolgano con benevolenza questi tipi di manipolazioni, né che questa accoglienza sia possibile alla luce degli effettivi meccanismi che regolano, anche sul piano psicologico, la relazione tra governanti e governati.

Ma, prosegue Sunstein, il problema non si pone in questi termini per le spinte gentili: esse non impongono costi. In primo luogo, il costo psichico che le spinte comportano è irrisorio, perché è sempre possibile sottrarsi alla loro influenza e in molti casi sono previste strategie che preservano la libertà di scelta, come la possibilità di "uscire" (*opt out*) dall'opzione preimpostata come nel caso delle regole di default.

In secondo luogo, anche se le spinte gentili operano senza che le persone riescano ad agire per ragioni, ciò non significa che l'autonomia sia compromessa. Sunstein suggerisce che non sempre i soggetti agiscono per ragioni o agiscono per ragioni che non sono completamente coerenti o integrabili nei loro standard valutativi³⁵. In questo caso Sunstein avanza una considerazione in parte condivisibile. Esistono ambiti in cui il ricorso a spinte gentili non compromette

³⁴ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 64.

³⁵ Ivi, p. 67.

in modo grave l'autonomia delle persone e, ad esempio, possiamo giudicare manipolatoria l'architettura della scelta nel ristorante e al tempo stesso sostenere che il danno inferto all'autonomia dei clienti sia così minimo da non ritenere eticamente biasimevole la decisione presa da Carolyn. Però per discriminare adeguatamente i casi in cui il danno morale è rilevante occorre assumere una concezione dell'autonomia più complessa rispetto a quella scelta da Sunstein e, soprattutto, occorre analizzare il rapporto esistente tra autonomia e scopi soggettivi. In sostanza, si tratta di comprendere se esistono strumenti che ci mettono in grado di distinguere le situazioni in cui una spinta gentile comprime scelte che sono rilevanti, dati gli scopi soggettivi dell'agente, e casi in cui l'intervento sull'architettura della scelta non influisce in modo rilevante sull'identità pratica del soggetto.

Se però ci atteniamo alla definizione minimale dell'autonomia qui considerata, assumono una certa rilevanza due aspetti. Una limitazione della compressione delle scelte può essere ottenuta eliminando una caratteristica della manipolazione, ossia la sua *segretezza*. Se gli architetti delle scelte intervengono con *trasparenza e pubblicità*, allora è possibile che gli effetti manipolatori del disegno del contesto saranno attenuati, consentendo agli individui di affrontare in modo consapevole la situazione. Inoltre, quanto più l'azione delle spinte gentili sarà *resistibile* tanto più il loro impiego sarà accettabile, perché i costi così imposti dall'architettura non saranno così ingenti da frustrare la libertà di scelta dei soggetti.

6. Trasparenza

La mancanza di trasparenza nell'uso delle spinte gentili può costituire un problema e renderle manipolatorie (o assimilabili a manipolazioni) anche se non alterano in modo decisivo l'insieme degli stati mentali delle persone a cui sono rivolte. Anche i paternalisti libertari sono consapevoli di questo aspetto (e non lo sottostimano) fin dalle prime elaborazioni della loro proposta.

L'uso di messaggi subliminali è il caso paradigmatico di riferimento. L'aspetto manipolatorio dei messaggi subliminali sembra risiedere nel fatto che il loro funzionamento si situa sotto il livello della coscienza. L'assenza di consapevolezza da parte del soggetto è

condizione necessaria perché il messaggio sia efficace ma al tempo stesso costituisce anche la sua problematicità e, in generale, evoca una condanna morale unanime. Secondo Sunstein e Thaler questo aspetto motiva l'adozione di un «principio di pubblicità» che metta al riparo le spinte gentili dall'accusa di essere manipolatorie: «questo principio vieta ai governi di scegliere una politica che non sarebbero disposti o capaci di difendere in pubblico davanti ai loro cittadini». L'approvazione di politiche non difendibili pubblicamente ha due conseguenze: può mettere in evidente imbarazzo il governo, soprattutto se queste politiche venissero rese note, e manca di rispetto ai cittadini, perché li inganna e li tratta come «strumenti da manipolare a piacimento. In questo senso, il principio di pubblicità è collegato al divieto di mentire: chi mente tratta gli individui come mezzi, non come fini»³⁶. Esistono quindi ragioni *pragmatiche* legate all'immagine pubblica del governo (e forse anche alla sua stabilità, anche se su questo effetto gli autori tacciono) e ragioni *etiche* connesse alle giuste relazioni che devono regolare il rapporto tra governanti e governati.

Mantenendosi sulla stessa strada, Sunstein ha poi ribadito che qualsiasi architettura della scelta deve essere resa trasparente ai cittadini, anche per evitare che sia utilizzata dai governanti per scopi illegittimi e antidemocratici. La trasparenza e la pubblicità consentono lo scrutinio pubblico e questo promuove il benessere delle persone. Così, anche le regole di default cessano di essere manipolatorie nel momento in cui gli architetti della scelta che le introducono «non nascondono o sopprimono alcunché». In generale, per Sunstein, nascondere un'informazione coincide con una grave mancanza di trasparenza e quindi con una vera e propria manipolazione. Questo non significa che in tutte le situazioni l'assenza di pubblicità sia moralmente condannabile. In circostanze estreme in cui adulti competenti possono rischiare di perdere la vita o di subire ingenti sofferenze, considerazioni legate al solo benessere possono giustificare una manipolazione con assenza di trasparenza. Analogamente, la presenza di trasparenza non mette al riparo dalla condanna morale: dire agli spettatori che il film che stanno per vedere contiene mes-

³⁶ Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 238.

saggi subliminali non rende la manipolazione giustificata, anche se le persone sono informate della sua presenza³⁷.

Sunstein riprende il principio di pubblicità da *Una teoria della giustizia* di Rawls, che a sua volta l'ha mutuato da Kant. Rawls elenca una serie di condizioni che impongono vincoli per stabilire l'accettabilità dei principi etici e la terza è quella della pubblicità: in un'ottica contrattualista le parti presuppongono di sapere dei principi tutto ciò che saprebbero se l'accettazione di questi principi fosse frutto di un accordo. Si può quindi seguire con regolarità un principio senza averne alcuna consapevolezza e questo è per Rawls inconcepibile in una società ben ordinata, in cui i cittadini devono valutare le concezioni della giustizia come pubblicamente riconosciute e in quanto «costituzioni morali pienamente efficaci nella vita sociale». La struttura fondamentale della società è un sistema pubblico di regole caratterizzato da una dinamica di reciproca consapevolezza tra i cittadini riguardo a quali sono le regole vigenti e cosa esse richiedono (*reciproca* perché ciascuno sa che gli altri sanno)³⁸. Esistono però delle differenze rilevanti tra il concetto di pubblicità introdotto da Rawls e quello utilizzato dai paternalisti libertari. Per Sunstein la condizione di pubblicità si applica in senso *verticale*, agendo come vincolo a ciò che i pubblici ufficiali possono decidere nel disegnare le architetture della scelta; in Rawls essa ha invece una portata *orizzontale*, perché regola l'accettazione dei principi e le aspettative dei cittadini non solo nei confronti delle istituzioni, ma anche tra i cittadini stessi. Il senso di reciprocità che la concezione contrattualistica della giustizia presuppone è del tutto assente nella prospettiva di Sunstein e questa differenza si può spiegare con l'interesse che a monte anima le due proposte politiche. In Rawls c'è l'esigenza di costruire una teoria della giustizia basata sui principi di equità che possono regolare una società ben ordinata in presenza di disaccordi ragionevoli e di concezioni sostantive plurali del bene; le pagine di Sunstein e Thaler sono invece percorse dalla ricerca di tecniche di regolamentazione politica che consentano di governare in modo più

³⁷ Sunstein, *The Ethics of Influence*, pp. 42, 102-104. Cfr. anche Id., *Effetto nudge*, cit., soprattutto pp. 121-123.

³⁸ Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1983, par. 23, pp. 122-123 e par. 10, p. 62.

efficiente il comportamento dei cittadini. Il tema del coinvolgimento dei cittadini nella costruzione dei fondamenti etico-politici della società è del tutto estraneo a questa riflessione, la cui finalità non è quella di cercare ragionevoli convergenze politiche nella regolazione dei rapporti, ma strumenti efficaci per indirizzare i cittadini verso certi scopi dati. E questa è già una spia di quanto l'elemento paternalistico cannibalizzi quello liberale nella proposta dei due autori. Le preoccupazioni che dopo *Una teoria della giustizia* portano Rawls all'elaborazione del liberalismo politico o sono aliene o sono marginali rispetto al disegno complessivo del paternalismo libertario. Su questo torneremo sia nel prossimo capitolo sia, più compiutamente, nella seconda parte di questo libro ma per il momento sia sufficiente notare che il principio di pubblicità non è altro che un altro tecnicismo di cui si dota il paternalismo libertario, e non una vera e propria condizione formale dell'accettazione di una concezione della giustizia.

È però possibile a partire da queste considerazioni distinguere due concezioni della trasparenza. In una prima accezione, più vicina allo spirito rawlsiano e kantiano, la trasparenza riguarda la giustificazione pubblica delle spinte: sono accettabili le influenze sostenute da ragioni che le persone razionali possono ragionevolmente accettare. Un requisito di questo tipo è apparentemente molto forte, ma non sarebbe complesso da soddisfare per il paternalismo libertario. I suoi fautori potrebbero infatti convocare la componente liberale della teoria per far fronte a questa condizione di pubblicità: mettere gli individui nella condizione di perseguire i fini che, *secondo loro*, realizzano il loro benessere può essere una ragione forte per giustificare le spinte gentili. Si noti però che una giustificazione completa dovrebbe coinvolgere non solo gli scopi dell'intervento, ma anche i mezzi utilizzati per poterlo mettere in atto e riguardare quindi anche la moralità dell'uso delle spinte gentili.

La seconda accezione riguarda invece la dichiarazione pubblica dei mezzi utilizzati. La pubblicità delle spinte gentili può essere declinata in due modi diversi. Secondo la distinzione introdotta da Luc Bovens, si possono individuare due tipi di trasparenza: la trasparenza del tipo di interferenza (*type interference transparency*) e la trasparenza dell'occasione dell'interferenza (*token interference transpa-*

rency). Nel primo caso il governo dichiara pubblicamente che farà uso di certi meccanismi psicologici, come i bias, per ottenere certi risultati; nel secondo caso l'architetto della scelta dichiara pubblicamente che in questa particolare occasione sta utilizzando una particolare spinta gentile per ottenere certi risultati. Si tratta di due modi diversi di rendere trasparenti le interferenze, che possono dare luogo a tre richieste diverse provenienti dal principio di pubblicità: (a) i cittadini devono essere consapevoli del fatto che il governo utilizza forme di influenza denominate "spinte gentili", che usano certi meccanismi; (b) i cittadini devono sapere in quali occasioni il governo utilizza queste forme di influenza; (c) i cittadini devono sapere che il governo utilizza in generale queste forme di influenza e quando queste forme sono utilizzate³⁹. Bovens sottolinea che la trasparenza nelle singole occasioni non richiede soltanto che venga svelata la presenza di una spinta, ma anche il meccanismo psicologico coinvolto dall'intervento (ad esempio, lo sfruttamento dell'inerzia e della sensibilità a formulazioni diverse).

Sunstein rimane sostanzialmente ambiguo rispetto a quale requisito accettare. Alcune di quelle che lui definisce spinte gentili, come gli avvertimenti, i promemoria o la richiesta di scelta sono così espliciti da rendere del tutto superflua una trasparenza relativa al meccanismo psicologico utilizzato. Per altre spinte, invece, questo non è ovvio. In genere, nota Sunstein, si accludono alle regole di default o alle formulazioni di informazioni messaggi come i seguenti: "Stiamo usando informazioni sul rischio relativo perché vogliamo che voi cambiate stile di vita e sappiamo che se diciamo che il vostro rischio di mortalità sarà triplicato è più probabile che lo facciate. È comunque vero che, anche se non cambiate stile di vita, il vostro rischio di mortalità rimarrà molto basso"; "Le regole di default sono efficaci in parte perché le persone tendono a procrastinare e soffrono di inerzia e facciamo affidamento alla vostra tendenza a procrastinare e rimanere inerti per realizzare più facilmente gli scopi delle

³⁹ Cfr. L. Bovens, "The Ethics of Nudge", in T. Grüne-Yanoff, S.O. Hansson (eds.), *Preference Change. Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 216-217. Cfr. anche C. Mills, "The Heteronomy of Choice Architecture", *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 500-502 e Hansen, Jespersen, "Nudge and the Manipulation of Choice", cit.

politiche che vi abbiamo riservato”. E tuttavia Sunstein riconosce che i governi sono tenuti a dare ragioni e a soddisfare le richieste di spiegazioni sui mezzi che utilizzano. Alla sfida della trasparenza Sunstein risponde essenzialmente in due modi. Il primo argomento riguarda l’efficacia delle spinte: in molti casi la dichiarazione del meccanismo psicologico usato da una spinta potrebbe non renderla meno efficace, anche se i dati empirici non sono ancora sufficienti a suffragare una conclusione del genere. In questo modo Sunstein risponde a Bovens, che sosteneva l’esigenza che le spinte “agiscano nel buio” per ottenere i risultati sperati. La seconda risposta dipende invece dalla teoria della manipolazione accettata: finché c’è un coinvolgimento sufficiente delle capacità deliberative, non si può parlare pienamente di manipolazione anche se la spinta non fosse del tutto trasparente⁴⁰.

Rispetto alle dichiarazioni iniziali, la condizione di trasparenza risulta qui indebolita. Dopo aver riflettuto meglio sulla natura della manipolazione, Sunstein è giunto a ritenere che non sempre l’assenza di trasparenza (un requisito che comunque riconosce come importante nelle democrazie liberali) è una condizione necessaria per decidere l’accettabilità dell’uso delle spinte. Una teoria della manipolazione come inganno può considerare in modo diverso la condizione di pubblicità (chi nasconde informazioni tende a ingannare il proprio interlocutore), ma anche se rimaniamo nell’ambito della teoria accettata da Sunstein l’assenza di trasparenza può essere problematica. Aggiungere informazioni sul mezzo utilizzato può infatti garantire un *maggiore coinvolgimento delle capacità deliberative e razionali*. Sapere che l’ambiente in cui sto per compiere una scelta è strutturato in modo tale da rendere più probabile che decida per un’opzione piuttosto che per un’altra, alla luce della costituzione della mia mente, mi mette nella condizione di far entrare questa considerazione nel processo decisionale. Posso ritenere che la presenza di una spinta sia per me indifferente o considerarla invece problematica e quindi strutturare la mia deliberazione contemplando anche questa valutazione. Ma così facendo il rischio è quello di sovraccaricare cognitivamente l’agente con una pletora eccessiva

⁴⁰ Cfr. Sunstein, *Effetto Nudge*, cit., pp. 95-96 e Id., *The Ethics of Influence*, cit., pp. 105 e pp. 152-157.

di informazioni. I paternalisti libertari devono decidere: o scelgono mezzi non manipolatori, a rischio di rendere più onerosa e costosa la scelta per l'individuo, o scelgono interventi più manipolatori che garantiscono maggiore efficienza ed economia ma corrono il rischio di essere moralmente discutibili⁴¹.

7. Evitabilità

Il tema della possibilità di evitare le spinte gentili si ritrova formulato in due modi diversi nelle pagine dei paternalisti libertari. La caratteristica dell'«evitabilità» può essere applicata o all'architettura della scelta nella sua globalità, oppure alle spinte gentili come interventi particolari. I paternalisti libertari sostengono che non esiste un ambiente di scelta che non sia strutturato in modo tale da influenzare il comportamento delle persone. Il ricorso al termine 'architettura' è sufficiente a introdurre una certa ambiguità: un'architettura può designare la trama, la forma, la struttura assunta da un determinato luogo o edificio e, ad esempio, è in questo significato che si parla di architettura romanica per indicare una serie particolare di caratteristiche che possiedono tutti gli edifici classificabili come romanici. Ma l'architettura è allo stesso tempo l'*attività intenzionale* di una determinata figura, l'architetto, che utilizza strumenti e materiali per ottenere un certo scopo (la costruzione di un edificio con determinate caratteristiche che assolvono certe funzioni). Sunstein sostiene che quando parliamo di architettura della scelta possiamo scegliere se parlare, in senso lato, di qualsiasi struttura che caratterizza gli ambienti in cui scegliamo oppure dell'opera intenzionale di particolari soggetti. In senso lato, qualsiasi contesto possiede *inevitabilmente* una conformazione che ha effetti sui modi in cui le persone pren-

⁴¹ Inoltre la trasparenza è funzionale alla possibilità di evitare l'azione della spinta. Se la completa trasparenza non incide sulla capacità di sottrarsi alla spinta, la condizione della pubblicità non riesce a garantire la moralità dell'architettura della scelta. Se una persona possiede un filtro d'amore che inevitabilmente fa innamorare chiunque a cui sia infuso nonostante la sua resistenza, il fatto che vi dia in dettaglio tutte le informazioni pertinenti prima di somministrarvelo non cambia il carattere morale della sua azione (a meno che ciò non sia una condizione perché diate o neghiate il consenso alla somministrazione). Cfr. C. Coons, M. Weber, "Introduction: Paternalism – Issues and Trends", cit. p. 20.

dono decisioni, ma la morfologia potrebbe essere il prodotto non-intenzionale di forze o elementi che operano indipendentemente dalle volontà umane. (Immaginiamo di inserire i prodotti del menù del ristorante di Carolyn in un computer che sceglierà un ordine casuale. La sequenza del menù sarà il prodotto non-intenzionale di un processo randomizzato eppure continuerà a costituire un'architettura della scelta.) In un senso più ristretto, l'architettura della scelta è un design intenzionale prodotto da esseri umani. Nel primo senso l'architettura influenza il comportamento pur non essendo un prodotto intenzionale; nel secondo caso, pur producendo gli stessi effetti, è deliberatamente scelta dagli architetti.

Sunstein sostiene che la distinzione non è rilevante quando viene considerata in senso valutativo, perché le spinte gentili che appartengono a un ordine preterintenzionale non possono essere considerate, in sé e per sé, moralmente più accettabili delle spinte gentili consapevolmente e intenzionalmente introdotte. L'origine della spinta non può condizionare la valutazione morale del suo contenuto, perché è la sua beneficialità che deve orientare il giudizio⁴². Ma, contrariamente a quanto sostiene Sunstein, sembra che la distinzione abbia un suo valore, soprattutto se si considera la prospettiva più ampia in cui l'oggetto del giudizio morale non è esclusivamente il contenuto e il meccanismo delle singole spinte gentili ma l'atteggiamento e le decisioni dei soggetti (pubblici o privati) che ricorrono a esse. In particolare modo, l'uso *intenzionale* di una spinta presuppone una scelta deliberata che non esiste nel primo caso e, quindi, la possibilità di un'alternativa (per esempio: ricorrere a *nudge* o a *boost*?). Questo giudizio non determina una assoluta asimmetria morale tra l'ordine spontaneo e l'ordine deliberatamente selezionato, ma considera rilevante l'atteggiamento con cui questa scelta viene fatta e i vincoli morali a cui è sottoposta l'azione dei soggetti, soprattutto se ricoprono certi ruoli. Una certa influenza che l'ambiente (per tradizione o per conformazione naturale) esercita sul comportamento di una certa popolazione può essere di per sé moralmente neutrale, ma può divenire manipolatoria e moralmente condannabile quando è impiegata, con intenzione e deliberazione, da un ufficiale pubblico che ha il dovere di non ingannare i propri cittadini.

⁴² Sunstein, *Effetto Nudge*, cit., pp. 36-41.

È quindi vero che le spinte gentili sono inevitabili nel senso che sono ubique ma: (1) ciò non significa che siano giustificate solo per questo motivo quando sono strumenti intenzionalmente scelti; (2) ciò non esime dal sottoporre ad analisi le spinte gentili introdotte intenzionalmente, a prescindere dal giudizio che possiamo avere delle loro equivalenti non intenzionali. Questo non equivale a «celebrare l'ordine spontaneo», come sostiene Sunstein, ma significa ritenere che il ricorso intenzionale a certi mezzi non può essere considerato di per sé morale o immorale quando questi sono comunque imposti dalla consuetudine o dalla natura⁴³.

Il secondo senso di evitabilità invocato è invece diverso e riguarda il fatto che, di fronte all'influenza di una spinta gentile, la persona abbia la possibilità di sottrarsi a questa forza e di scegliere in modo diverso da come orienta l'architettura della scelta. Questa proprietà è particolarmente importante soprattutto se le spinte gentili hanno caratteristiche manipolatorie. Come sostiene Sunstein, una persona manipolata può legittimamente lamentarsi del fatto che l'azione del manipolatore le ha impedito di avere un'equa opportunità di prendere una decisione personale e questo fenomeno si potrebbe rilevare anche in caso di *irresistibilità* delle spinte gentili⁴⁴. La questione dell'evitabilità, posta in questi termini, è strettamente connessa a quella della trasparenza, perché senza trasparenza è più complicato percepire che qualcosa ci sta portando in una determinata situazione e sicuramente è più difficile evitare influenze di cui non siamo consapevoli. Diversamente da quanto accade quando una forza fisica esercitata sul nostro corpo ci costringe a compiere movimenti che non vogliamo invece fare, l'influenza che promana dall'architettura della scelta sembra essere più sottile e meno percepibile se non accompagnata dalla salvaguardia della pubblicità. Ciò però non significa che la trasparenza sia sempre una condizione sufficiente per evitare un'influenza moralmente indebita, perché un'influenza troppo forte, ancorché trasparente, potrebbe assumere i contorni della coercizione invece che quelli della manipolazione.

⁴³ Cfr. anche D.M. Hausman, B. Welch, "To Nudge or Not to Nudge", cit., pp. 132-133; Wilkinson, "Nudging and Manipulation", cit., p. 343; Noggle, "Manipulation, Saliency, and Nudges", cit., p. 165.

⁴⁴ Sunstein, *Ethics of Influence*, cit., p. 83.

Prendiamo in considerazione un caso peculiare di coercizione, un'offerta che viene definita come irrinunciabile. Le offerte a cui si può rinunciare possono essere considerate espressioni genuine della propria agentività, perché garantiscono la possibilità di scegliere tra alternative autentiche. Invece un'offerta cui non si può rinunciare possiede una struttura che corrompe l'esercizio della scelta, perché azzerava o diminuisce considerevolmente la probabilità che il soggetto si sottragga all'offerta: le altre opzioni, infatti, sono escluse perché collegate a conseguenze che l'agente non può volere veramente. Scrive Onora O'Neill a proposito delle offerte a cui non si può rinunciare:

L'abilità di chi mette in atto una coercizione consiste nell'identificare il modo in cui cucire le "offerte" sulle incapacità delle vittime particolari e rendere l'azione che non si vuole far compiere non solo meno preferibile, ma insostenibile, in modo che le vittime sono spinte all'accettazione. Infatti un'"offerta" irrifutabile non è un'offerta che rende la mancata compiacenza logicamente o fisicamente impossibile per tutte le vittime; è quella che una particolare vittima non può rifiutare senza un profondo danno al senso di sé o alla propria identità⁴⁵.

Esistono certe differenze tra questo tipo di offerte e le spinte gentili. Con le offerte irrinunciabili, le opzioni diverse da quella favorita dall'offerente sono rese insostenibili; l'offerta arreca un danno al senso di sé, perché l'agente "perde" qualcosa sia che accetti sia che rifiuti l'offerta. Con le spinte gentili, le opzioni diverse non sono precluse, perché non c'è un'alterazione dei "costi" della scelta, né in alcuni casi decidere in un senso o nell'altro comporta perdite rilevanti per il proprio sé o la propria identità. Ad esempio, i clienti di Carolyn possono scegliere cibi grassi, senza che questa decisione comporti costi aggiuntivi imposti dal sistema, e assecondare l'offerta di Carolyn o scegliere diversamente non comporta alcun danno di quelli paventati da O'Neill. Altri particolari sembrano però accomunare i due casi. Sia nelle offerte irrinunciabili, sia nelle spinte gentili ciò che viene proposto è cucito sulle debolezze dei destinatari: nel primo caso andando a intervenire su ciò che sta a cuore delle vittime, nel secondo caso operando sui loro bias. In secondo luogo, pur contemplando danni diversi, sia le offerte irrinunciabili sia le spinte

⁴⁵ O'Neill, "Which Are the Offers You Can't Refuse?", cit., p. 91.

non rendono logicamente o fisicamente impossibile per i destinatari sottrarsi alla loro forza. Da questo paragone possiamo trarre la seguente conclusione: affinché le spinte non divengano simili a offerte irrinunciabili, e quindi a forme di coercizione, occorre che incorporino caratteristiche che consentono ai destinatari di sottrarsi alla loro influenza.

Chris Mills ha suggerito che il problema dell'evitabilità generi un vero e proprio trilemma per gli architetti della scelta⁴⁶. L'affidamento alle intuizioni è dettato spesso da ragioni di "economia mentale". Impegnarsi riflessivamente per monitorare e correggere le nostre reazioni comporta un consumo di energia e risorse. Dunque un modo per rendere più probabile l'affidamento alle intuizioni consiste nell'aumentare il «costo di frizione» del ricorso al sistema riflessivo, facendolo competere con il sistema intuitivo. Gli architetti della scelta si trovano quindi a dover scegliere tra due alternative: possono modellare le decisioni rendendo il giudizio riflessivo meno efficace e quello intuitivo più operativo; oppure devono modellare le decisioni rendendo il giudizio riflessivo più efficace e quello intuitivo meno operativo. Nel primo caso le spinte gentili sono meno evitabili (imporrebbero un costo, perché ricorrere al Sistema riflessivo richiederebbe il consumo di maggiori risorse); nel secondo caso sono meno efficaci. Ma hanno anche una terza opzione: rendere le spinte meno peculiari prevedendo una doppia azione. In un primo momento la spinta agirebbe sfruttando il sistema intuitivo e successivamente porterebbe il sistema riflessivo ad approvare la reazione. Spinte a doppia azione sarebbero quelle che, ad esempio, rendono più salienti certe informazioni; abbiamo già sostenuto che queste spinte sono del tutto legittime e non manipolatorie, quando le informazioni enfatizzate sono pertinenti e migliorano la comprensione della situazione. In generale sembra che si possa uscire dal trilemma di Mills solamente scartando la prima opzione, che rende il potere delle spinte non solo psicologicamente costoso ma anche potenzialmente inevitabile o difficilmente evitabile.

Abbiamo però bisogno di chiarire cosa si intenda per 'evitabilità'; Yashar Saghai ha forse tentato lo sforzo più compiuto di elabo-

⁴⁶ Cfr. C. Mills, "The Choice Architect's Trilemma", *Res Publica*, 24, 3, 2018, pp. 395-414.

rare questo concetto nell'ambito delle spinte gentili⁴⁷. Saghai riconosce che il problema della resistenza alla spinta gentile riguarda sia le influenze che agiscono esclusivamente su processi automatici, sia quelle che intervengono su fattori come la salienza e la pressione sociale per incanalare la deliberazione verso un certo obiettivo. Quando la deliberazione non è coinvolta la capacità di resistere può essere infatti completamente annullata, mentre può risultare indebolita quando sono coinvolti processi deliberativi che sono però guidati da altri fattori. L'obiettivo dell'analisi è formulare una condizione che stabilisca una soglia sotto la quale la capacità di resistere facilmente alla spinta gentile è preclusa:

B è in grado di resistere facilmente all'influenza di A se:

1. B ha la capacità di essere consapevole della pressione di A per fargli fare w (capacità di attenzione);
2. B ha la capacità di inibire la sua propensione innescata a fare w (capacità inibitoria);
3. B non è soggetto a un'influenza, o è messo in circostanze che pregiudicherebbero in modo significativo l'esercizio relativamente semplice delle capacità di attenzione e inibizione.

Le influenze non facilmente resistibili mettono il soggetto B nella condizione di essere controllato in modo sostanziale dal soggetto A perché annullano o indeboliscono le capacità descritte ai punti 1 e 2 e rendono quindi particolarmente difficile per B agire in modo diverso se non vuole fare ciò che A tenta di fargli fare. Saghai aggiunge che la capacità di attenzione può essere attivata anche nei casi in cui l'influenza non è esplicita, ossia non trasparente nel senso specificato dal principio di pubblicità. Quando ad esempio c'è un conflitto forte tra quello che preferiremmo fare e le scelte verso cui ci indirizza l'influenza, si attivano processi cognitivi inconsapevoli di monitoraggio e segnalazione delle anomalie tra scopi, preferenze e credenze possedute dal soggetto e l'*output* caratterizzato dalla risposta comportamentale. Per questo attriti tra gli scopi dell'influenza e gli scopi dell'agente oppure conflitti esistenti all'interno della mente dell'agente tra desideri di primo e di secondo livello possono attivare la capacità di attenzione e quindi rendere consapevole la presenza di

⁴⁷ Cfr. Y. Saghai, "Salvaging the Concept of Nudge", *Journal of Medical Ethics*, 39, 8, 2013, pp. 487-493.

un'influenza. Anche la capacità di inibizione è essenziale e richiede che il soggetto si possa sottrarre senza sforzo all'influenza.

La messa a punto dei concetti di «resistenza facile» e di «controllo non-sostanziale» permette a Saghai di rivedere la tassonomia delle influenze distinguendo tra le spinte gentili e i «pungoli comportamentali» (*behavioural prods*). Le prime sono interventi che attivano processi cognitivi “superficiali” (i processi automatici non-deliberativi e quelli deliberativi in modo incompleto) e sono caratterizzate da facile resistenza. Agli individui si richiede uno sforzo minimo di attenzione e inibizione per sottrarsi a esse. I pungoli utilizzano le stesse modalità delle spinte, ma non lasciano libertà di scelta perché esercitano un controllo sostanziale sull'agente. Saghai specifica che il suo intento è puramente classificatorio e che le distinzioni tracciabili non equivalgono *tout-court* a differenze in termini di giustificazione necessaria per implementare l'uno o l'altro intervento. Il fatto che i pungoli siano difficilmente evitabili non suggerisce che adottare spinte gentili non richieda una giustificazione altrettanto forte ma si può dire che, nel momento in cui un'influenza assume un controllo sostanziale sulle scelte dell'individuo, essa diventa terribilmente simile a un'offerta che non si può rifiutare.

Per quanto la proposta di Saghai sia interessante e abbia indubbi meriti chiarificatori, essa corre il rischio di non cogliere pienamente i problemi di evitabilità connessi al concetto di spinta gentile. L'obiezione più rilevante sembra connessa al modo in cui l'autore definisce la facilità della resistenza tramite la mancanza di uno sforzo rilevante. Saghai sostiene che «la possibilità di resistenza si distingue dalla possibilità di *facile* resistenza per la quantità di sforzo che chi è influenzato deve compiere per opporsi alla pressione che chi influenza esercita per rendere più probabile che compia w »⁴⁸. La quantità è stabilita dal termine ‘relativamente’, contenuto nel punto 3 della definizione della capacità di resistenza:

Per qualificarsi come “relativamente” facile, non ci si deve aspettare che chi è influenzato abbia acquisito abilità eccezionalmente elevate, che potenziano la sue capacità di attenzione o di inibizione. Nel contesto delle influenze esercitate su gruppi di individui, la facilità (*effortless*) è relativa a ciò che ci possiamo aspettare da individui normali

⁴⁸ Ivi, p. 489.

(all'interno di quel gruppo) con risorse inibitorie limitate da utilizzare. Esistono sempre più dati sulle circostanze che pregiudicano le capacità di attenzione e inibizione delle persone. I fattori principali sono normalmente la pressione temporale, lo stress (e carenze che inducono stress), la sottomissione ad autorità percepite, affaticamento, ansia, carichi cognitivi e distrazione⁴⁹.

La relatività è definita con misurazioni standard che riguardano una data popolazione ed è quindi calcolata in base a una norma statistica, con la conseguenza di escludere tutti gli individui che, per particolarità biografiche, non si conformano al modello ideale di persona capace di resistere alla spinte gentile. I destinatari delle spinte che ricadono in questo insieme saranno condannati (più o meno) inevitabilmente a subire l'influenza senza potersi sottrarre a essa. Questa osservazione si cela dietro l'esempio proposto da Gerald Dworkin a proposito dell'influenza esercitata da chi inganna. Poniamo che una persona debba andare a Chicago e si trovi di fronte a un bivio con una doppia indicazione: la strada a destra, contrassegnata con la C, porta a Chicago, quella a sinistra, contrassegnata con la D a Detroit. La persona chiede a un passante quale strada deve prendere e lo sconosciuto gli suggerisce quella indicata dalla D. In questo caso la libertà di scelta non è compromessa, perché la risposta del passante non altera la capacità della persona di prendere la strada indicata dalla C, se lo volesse. Inoltre potrebbe interrogarsi sulla veridicità della risposta dello sconosciuto, evitare di seguire l'indicazione e aspettare qualche altro passante a cui chiedere l'informazione. Probabilmente la terza condizione di Saghai potrebbe non essere soddisfatta ma appurare se l'inganno ha messo la persona in circostanze in cui sarebbe difficile per lei esercitare con relativa facilità le capacità rilevanti è una questione empirica che non può essere risolta per via concettuale. Saghai ritiene che un dato statistico sia più che sufficiente per stabilire la soglia sotto la quale l'individuo può esercitare con difficoltà le capacità di attenzione e inibizione, ma può darsi che l'individuo al bivio si discosti dalla media e per lui sia molto più difficile riuscire a sottrarsi all'influenza esercitata

⁴⁹ Ivi, p. 490.

dall'inganno⁵⁰. Il ragionamento può essere esteso ai casi in cui la persona subisce una spinta gentile: la possibilità di resistere non può essere determinata da un criterio ottenuto in base alla media delle performance di altre persone ma dipende dalla capacità individuale di quella persona di opporre effettiva resistenza grazie all'esercizio di attenzione e inibizione. Ciò non significa che i fattori elencati da Saghai non siano rilevanti per individuare alcuni situazioni prototipiche in cui l'esercizio delle capacità è compromesso; da questo punto di vista c'è un'ampia letteratura in psicologia sociale che mette in luce l'influenza che le circostanze hanno su scelte e comportamenti ed esistono buone probabilità che in alcuni ambienti sia più facile individuare certe pressioni (si pensi ad esempio al contesto sperimentale o medico, in cui si le persone interagiscono con autorità, oppure all'ambiente della prigione o della caserma). Ma se la facile resistenza alla spinta gentile è una condizione perché l'influenza non sia manipolatoria e non alteri la libertà di scelta, uno standard come quello proposto da Saghai corre il rischio di rendere le spinte gentili molto simili a offerte che non si possono rifiutare. E questa vicinanza solleva dubbi sulla loro accettabilità morale.

8. Fiducia

Sunstein sostiene che le preoccupazioni sulla qualità morale delle motivazioni degli architetti della scelta e sul condizionamento che le distorsioni cognitive attuano anche su di loro sono giustificate e devono ispirare cautela nella scelta delle spinte. Pur non essendo un argomento che mette in discussione *in toto* il ricorso a questi mezzi, la potenziale ferita inferta alla fiducia tra governanti e governati deve guidare una cauta valutazione degli strumenti scelti. Ma dobbiamo distinguere tra la fiducia come *prerequisito* dell'uso delle spinte e la fiducia come *valore* su cui l'uso delle spinte ha conseguenze. Nel primo caso la mancanza di fiducia negli architetti della scelta fa sì che

⁵⁰ Cfr. G. Dworkin, "Lying and Nudging", *Journal of Medical Ethics*, 39, 8, 2013, pp. 496-497 (l'articolo è una breve risposta al saggio di Saghai). Cfr. anche T. Ploug, S. Holm, "Doctors, Patients, and Nudging in the Clinical Context—Four Views on Nudging and Informed Consent", *The American Journal of Bioethics*, 15, 10, 2015, pp. 32-33. Cfr. anche Lemaire, "Nudges, information et manipulation", cit., pp. 187-188.

i destinatari delle spinte considerino con maggiore sospetto tutti gli interventi proposti e attuati. Un'applicazione scrupolosa del principio di pubblicità può ovviare almeno in parte secondo Sunstein a questo problema⁵¹. Se le spinte sono però manipolatorie, può darsi che la fiducia iniziale sia messa a repentaglio dall'uso di interventi che incidono sulla modalità e qualità delle scelte che si fanno.

Questo ragionamento non riguarda esclusivamente l'impiego di spinte da parte del governo, ma tocca qualsiasi relazione in cui la fiducia svolge un ruolo essenziale perché la relazione sussista. Esistono relazioni in cui la manipolazione e altre forme non trasparenti di interazione sono accettate perché contribuiscono a creare una parte del valore che è insito nel particolare rapporto che si instaura tra persone. Nel gioco iniziale della seduzione, i (potenziali) futuri amanti utilizzano ampiamente manipolazioni per riuscire a ottenere il loro scopo, anche quando le loro intenzioni non sono malevole. L'accettazione della manipolazione in questi casi dipende dal riconoscimento dell'importanza di avere approcci indiretti alla realtà, del piacere nell'essere mossi o trasportati dall'immaginazione dell'altro, della bellezza di un'esperienza in cui non si sceglie razionalmente cosa fare⁵². Per quanto queste considerazioni siano condivisibili e suggestive, esse non possono essere generalizzate a qualsiasi tipo di relazione. Prendiamo il seguente caso: Paolo mente al suo amico Francesco, dicendo che alla festa a cui sono invitati parteciperà anche Giulio, talmente invisibile a Francesco da indurre Paolo a credere che la sua sola presenza scoraggerà Francesco a partecipare alla festa. In realtà Paolo fa tutto ciò a fin di bene perché Francesco ha

⁵¹ Cfr. Sunstein, *Ethics of Influence*, cit., pp. 152-157, 169-170.

⁵² In questi termini si esprime Sarah Buss in un pregevole saggio in cui intende mostrare che il male morale insito nella manipolazione non consiste nel fatto che essa viola l'autonomia delle persone o non le rispetta in quanto agenti razionali, perché autonomia e razionalità sono comunque compatibili con la manipolazione. Invece, il manipolatore tratta il manipolato «come un oggetto (autonomo) in questo mondo, un personaggio nella sua narrazione, invece che come qualcuno con cui condividere il mondo, qualcuno la cui trama interagisce con la sua in modi che egli non ha escogitato» (S. Buss, "Valuing Autonomy and Respecting Persons: Manipulation, Seduction, and the Basis of Moral Constraints", *Ethics*, 115, 2, 2005, p. 229). Sulla tollerabilità della manipolazione in alcune interazioni e casi specifici cfr. anche Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 86 e 97.

problemi con l'alcol e tenerlo lontano dal party è l'unico modo per non farlo cadere in tentazione⁵³. Confrontiamo ciò che Paolo fa con l'azione della coinquilina dell'esempio del paragrafo 4, che sostituisce gli specchi del suo appartamento con specchi deformanti per indurre Jane a smettere di ingurgitare cibo spazzatura. Sia Paolo sia la coinquilina utilizzano mezzi manipolatori (menzogna e architettura della scelta) per realizzare un fine meritorio (seppure paternalistico), ma l'impatto delle loro azioni sulla fiducia dipende dal tipo di relazione che intrattengono, rispettivamente, con Francesco e con Jane. Sebbene generalmente l'inganno determini una rottura nella relazione soprattutto perché mina la fiducia reciproca, la tolleranza di manipolazioni a buon fine dipende dal modo in cui i soggetti vivono e definiscono la relazione. Se Francesco vuole realmente smettere di bere ed è consapevole delle sue debolezze oppure ha esplicitamente chiesto a Paolo di ricorrere a ogni mezzo pur di tenerlo lontano dall'alcol, la manipolazione potrebbe non costituire una ferita alla fiducia reciproca (e lo stesso può dirsi di Jane e la sua coinquilina), ma in assenza di eccezioni di questo tipo, manipolazioni e influenze non trasparenti possono compromettere e annichilire la relazione minandone le basi morali.

Quanto detto vale anche per relazioni più istituzionalizzate, come la relazione medico-paziente. C'è un'ampia letteratura critica sull'uso di spinte gentili per ottenere il consenso del paziente per determinati trattamenti diagnostici e terapeutici. Senza entrare nel dettaglio di una questione piuttosto complessa, il ricorso a manipolazioni per ottenere un certo comportamento da parte dei pazienti potrebbe correre il rischio di spezzare il legame di fiducia reciproca. Il paziente si affida al medico perché si aspetta che, grazie alle competenze e al ruolo che gli viene socialmente riconosciuto, il professionista sappia rispondere ai suoi problemi di salute; ma, soprattutto, quando si tratta di scelte cliniche importanti, che possono avere conseguenze rilevanti su sfere sensibili dell'esistenza della persona, l'aspettativa della cura si accompagna a quella del rispetto dell'autonomia personale. Ovvero, il paziente ha la ragionevole aspettativa che il medico agisca nel suo interesse e che, contemporaneamente, questa azione sia moralmente vincolata al rispetto della sua auto-

⁵³ Mutuo questo esempio da Baron, "Manipulativeness", cit., pp. 46-47.

nomia e il ricorso a mezzi manipolatori, per quanto orientati a fini benevoli, può essere percepito come una violazione di questa ragionevole aspettativa. Ottenere il consenso della persona grazie allo sfruttamento dell'effetto *framing* o l'introduzione di regole di default entra in conflitto con una componente importante che governa la fiducia nella relazione, perché in questo modo non si tenta di mettere il paziente nella condizione migliore per poter partecipare, secondo le sue capacità e potenzialità, al percorso decisionale. Come nel caso della manipolazione tra amici, sono certamente possibili eccezioni. Una di queste condizioni esimenti potrebbe essere rappresentata dall'espressione chiara da parte del paziente di un'opzione di delega, per cui l'affidamento (totale o parziale) al medico che lo ha preso in cura può autorizzare l'uso di spinte. Ma è solo la scelta del paziente che legittima il ricorso a questo strumento e non la presunzione che le spinte gentili siano comunque lecite quando l'architetto della scelta sia animato da buone intenzioni⁵⁴.

⁵⁴ Su questi punti, con accenti diversi, cfr. Blumenthal-Barby, "Between Reason and Coercion", cit. soprattutto pp. 362-363; S.D. Gelfand, "The Meta-Nudge – A Response to the Claim That the Use of Nudges During the Informed Consent Process is Unavoidable", *Bioethics*, 20, 8, 2016, pp. 601-608 (soprattutto pp. 607-608). Per altre considerazioni sull'uso delle spinte gentili per ottenere il consenso informato, cfr. S. Cohen, "Nudging and Informed Consent", *The American Journal of Bioethics*, 13, 6, 2013, pp. 3-11; Ploug, Holm, "Doctors, Patients, and Nudging in the Clinical Context", cit.; M. Galletti, "Spinte gentili e consenso informato. Qual è il 'bene' del paziente?", *Mefisto. Rivista di medicina, filosofia, storia*, 2, 1, 2018, pp. 75-89.

CAPITOLO 4

PREFERENZE E BENESSERE

1. Fini, mezzi e valori

Gran parte della plausibilità del paternalismo libertario si basa sull'assunto fondamentale secondo cui le spinte gentili non fanno altro che assistere gli individui nel perseguire i fini che essi scelgono liberamente e autonomamente. La frase chiave è ripetuta a oltranza e viene identificata come il fulcro della particolare forma di paternalismo proposta: «un provvedimento è “paternalistico” se cerca di influenzare le scelte in modo da migliorare il benessere di coloro che scelgono, *secondo il giudizio di questi ultimi*»¹. Una definizione di questo tipo consente infatti di qualificare l'intervento politico proposto come mite e diretto ai mezzi, in quanto il paternalismo libertario non è interessato a suggerire alle persone quali fini adottare ma intende solo fornire strumenti efficaci affinché esse riescano a perseguire gli scopi autonomamente scelti. Controbilanciando o utilizzando il potere delle distorsioni cognitive, gli architetti della scelta *potenziano* i mezzi, lasciando intoccati i fini.

Occorre allora analizzare quali sia il significato della clausola «secondo il loro giudizio», intendendo per 'loro' quello degli agenti stessi, e successivamente se essa sia sufficiente per smorzare l'intrusività del paternalismo nei percorsi di scelta delle persone.

Una prima tensione, in realtà, si affaccia già nella pagina de *La spinta gentile* da cui abbiamo preso la definizione di paternalismo. Come abbiamo già avuto modo di notare nel capitolo precedente, subito dopo la riga citata, Thaler e Sunstein aggiungono che le scienze sociali, i cui risultati costituiscono la base delle spinte gentili, hanno mostrato che le persone prendono «cattive decisioni», definite come «decisioni che non avrebbero preso se avessero prestato piena attenzione e se avessero posseduto informazioni complete,

¹ Thaler, Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, cit., p. 11.

capacità cognitive illimitate e totale autocontrollo»². La presenza di distorsioni comportamentali sembra quindi impedire la genesi di due tipi di scelta: una scelta in linea con il benessere così come viene giudicato dall'agente stesso e una scelta in linea con uno standard ideale, rappresentato dalla decisione che prenderebbero gli agenti se si trovassero in condizioni ideali (sostanzialmente, la decisione che prenderebbe un econo). Niente suggerisce che la prima e la seconda scelta siano coincidenti; si potrebbe anzi pensare che, anche quando fossero eliminate o depotenziate le distorsioni cognitive e comportamentali, gli agenti potrebbero scegliere secondo la propria concezione del benessere senza che la decisione presa fosse quella che avrebbero preso in condizioni ideali, poiché le spinte gentili non creano una situazione in cui è possibile attingere a informazioni complete, capacità cognitive illimitate e totale autocontrollo. Come ripetono più volte i paternalisti libertari, una delle virtù del loro approccio è di riuscire a preservare la libertà di scelta perché l'agente non è costretto a subire costi aggiuntivi, qualora prenda una decisione diversa da quella verso cui orienta la spinta gentile, e non è meccanicamente costretto a comportarsi in un dato modo. Le spinte gentili si limitano a rendere più probabile che l'agente si comporti effettivamente così: la probabilità indica un'incertezza (in principio addirittura misurabile) e quindi un persistere di condizioni che possono rendere imprevedibile l'esito del processo decisionale. Diversamente dagli esseri umani, gli econo godono di condizioni in cui difetti, distorsioni, influenze non possono intaccare la "purezza" della decisione. Per questo in una certa situazione la scelta di un essere umano sottoposto a una spinta gentile che funziona a dovere potrebbe essere molto diversa dalla scelta di un econo che gode di risorse informative, cognitive e volizionali perfette.

Il problema è ben noto e consiste nella differenza esistente tra le preferenze reali che le persone hanno e le preferenze ideali che dovrebbero avere. Definire il benessere nei termini delle prime o delle seconde comporta una notevole differenza, perché implica adottare una concezione descrittiva o prescrittiva delle preferenze. Nel primo caso il benessere delle persone è realizzato quando le loro preferenze sono soddisfatte, a prescindere dalla natura e dalle carat-

² *Ibidem.*

teristiche che queste preferenze hanno, mentre nel secondo caso il benessere dipende da preferenze che le persone dovrebbero avere a prescindere da quelle che effettivamente contemplan. Per fare un esempio banale, se ho una preferenza adesso per mangiare una vaschetta di gelato, l'incremento o la realizzazione del mio benessere dipenderebbe dalla disponibilità di risorse necessarie perché possa fare una scelta in linea con questa preferenza: fondamentalmente la presenza di un gelataio nelle vicinanze e nel portafoglio i soldi sufficienti per acquistare una vaschetta di gelato. Potrei però sostenere che se prestassi effettivamente attenzione alle conseguenze di una tale scorpiata di gelato, allora capirei che mangiarsi una vaschetta mi farebbe stare male. Poiché in generale amo essere in buona salute ed evitare indigestioni e altri fastidi, dovrei idealmente preferire la rinuncia all'acquisto per tutelare la mia salute e il mio benessere sarebbe quindi realizzato dall'esaudire questa preferenza. In questo caso l'idealità è concepita in modo più accettabile, in quanto non è definita facendo riferimento a capacità irrealizzabili dagli agenti umani ma a condizioni che prevedono l'acquisizione di informazioni *rilevanti*. Sunstein sottolinea bene questo punto quando afferma che «se siamo genuinamente interessati a far sì che le persone stiano meglio secondo il loro giudizio, potremmo voler vedere cosa fanno quando sono ben informati, quando scelgono in modo attivo, quando i loro giudizi sono ponderati (nel senso che stanno riflettendo su tutte le proprietà rilevanti di un prodotto o di un'attività) e quando non sono impulsive o imprudenti»³.

La riconciliazione tra la formula “secondo il loro giudizio” e le condizioni ideali viene ottenuta abbandonando la prima formulazione, che attribuiva all'idealità caratteristiche sovraumane. In questa prospettiva è intellegibile il confronto riproposto più volte tra l'azione della spinta gentile e un navigatore GPS. Il GPS non stabilisce la meta del viaggio, ma ha il compito di individuare il tragitto più breve e conveniente per arrivarci. Così le spinte gentili non influiscono sui fini ma agiscono soltanto sui mezzi: migliorano la “navigabilità sociale ed esistenziale” senza dettare quale obiettivo valga maggiormente la pena di essere raggiunto, ma orientando i soggetti verso le scelte che meglio realizzano le loro preferenze ideali.

³ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 44.

L'idealità delle preferenze viene sempre definita in riferimento a due variabili: l'informazione e il controllo. Per essere ideale, una preferenza necessita di essere supportata da un'adeguata informazione che consente di fare scelte genuinamente autonome. Da questo punto di vista, in alcuni casi l'utilizzo di spinte educative ha un effetto positivo sulle decisioni delle persone. Quando, ad esempio, gli architetti della scelta inseriscono un promemoria che attrae l'attenzione sul momento in cui è giunto il momento di fare un pagamento non fanno altro che allineare le scelte con le preferenze; oppure quando introducono etichette alimentari che specificano i contenuti calorici danno informazioni utili perché gli agenti scelgano secondo le loro preferenze. Un problema nasce quando si riflette su quale tipo di informazione comunicare.

Come ben mostra lo stesso effetto *framing*, utilizzare una formula o un'altra può avere un impatto sulle decisioni e orientare gli agenti verso comportamenti diversi. Scelte di diverso tipo incarnano fini o valori tra loro differenti, per cui la dicotomia tra preferenze reali e preferenze informate non è sufficiente per risolvere il problema sollevato dal paternalismo. Una preferenza informata potrebbe non rispecchiare pienamente i *valori* o i *fini* che la persona considera come importanti e realizzare invece i fini e i valori che gli architetti della scelta considerano importanti. Occorre pertanto distinguere due preoccupazioni che sono comunque correlate tra loro:

- (1) Le scelte devono essere informate. Perché esse lo siano gli architetti della scelta devono comunicare le informazioni pertinenti e farlo in un certo modo.
- (2) Le scelte devono essere autentiche. Perché esse lo siano devono dipendere dai valori di chi sceglie e non da quelli degli architetti della scelta.

Il paternalismo libertario si gioca la sua credibilità sull'effettiva capacità di garantire sia (1) sia (2), o meglio di assicurare che le scelte informate siano rispondenti ai valori dell'agente. Scrive Sunstein:

In alcuni casi, l'assenza di evidenze affidabili su cosa i decisori informati farebbero solleva seri problemi. Nondimeno, i giudizi informati di chi sceglie sono la stella polare e impongono una disciplina reale. Certamente gli architetti della scelta dovrebbero concentrarsi sul benes-

sere di chi sceglie piuttosto che sul proprio (in un sistema di mercato ben funzionante, questa attenzione è promossa da forze competitive, almeno secondo alcune premesse ottimistiche)⁴.

Secondo Sunstein il problema della riconciliazione tra (1) e (2) si presenta in realtà solo in alcuni casi, quando non esistono prove decisive che permettono una ricostruzione affidabile di quali siano i giudizi ponderati (ossia, le preferenze informate) delle persone. Come vedremo, tuttavia, le difficoltà della ricostruzione sono endemiche al paternalismo libertario.

Il secondo tipo di preferenze ideali riguarda invece la capacità di controllo delle persone. Sunstein sostiene che le preferenze ponderate sono quelle che scaturiscono dal giudizio delle persone quando sono libere dai fattori che inibiscono la loro capacità di auto-controllo. Questo significa che le preferenze ideali sono quelle formate precedentemente al momento in cui l'agente si trova nella condizione di non riuscire a controllare il proprio comportamento. Mi metto in testa di dimagrire, ma nel momento in cui dovrei iniziare la dieta cedo alla tentazione e alle mie debolezze e ingurgito cibi grassi. In questi casi la preferenza ideale è l'impegno insito nel mio proposito di perdere peso, non la preferenza della torta che si manifesta nella mia scelta di prendere l'ennesima fetta di dolce. Anche in questo caso, molte spinte possono essere utili, come i sistemi che consentono di tenere fede ai propri impegni affidando una somma di denaro a terzi che non sarà restituita qualora gli obiettivi non siano raggiunti⁵. Ma, ancora una volta, ci sono limiti alla capacità degli architetti della scelta di ricostruire le preferenze ponderate delle persone e potrebbero indulgere in un'attribuzione di giudizi ponderati che rispecchia i *loro* valori e non quelli delle persone.

Il paternalismo libertario non è perfezionista, perché rinuncia a realizzare forme di vita oggettivamente buone, come attestato dall'adozione della formula "secondo il loro giudizio". Il giudizio sul benessere delle persone non dipende dai valori abbracciati dagli architetti della scelta ma è rispettoso di quelli che le persone scelgono

⁴ Ivi, p. 46.

⁵ Ivi, pp. 46-48. Sunstein riprende una divisione gerarchica delle preferenze sul modello introdotto da H. Frankfurt. Cfr. anche C.R. Sunstein, E. Ullmann-Margalit, "Second-Order Decisions", *Ethics*, 110, 1, 1999, pp. 1-31.

autonomamente⁶. Su questo punto i paternalisti libertari concordano con alcuni paternalisti coercitivi. Sarah Conly, ad esempio, difende una forma di paternalismo che considera il vincolo della legge il mezzo più efficace per fare in modo che le persone scelgano in accordo con i loro fini. Tra Conly e Sunstein c'è una totale sintonia sugli obiettivi generali del paternalismo e un totale disaccordo sui mezzi per realizzarli: in entrambi i casi, il paternalista non è interessato a costringere o indurre le persone ad agire secondo scopi oggettivamente buoni o desiderabili, ma a massimizzare il loro benessere rendendo più facile il perseguimento dei fini che essi si scelgono⁷. Le convergenze però finiscono qui, perché Conly ritiene che le spinte gentili siano manipolatorie e inefficaci nell'ottenere i risultati ricordati.

Sulla distinzione mezzi/fini e sulle sue implicazioni assiologiche vorremo limitarci, in questo capitolo, a sottolineare che il paternalismo libertario non coglie in generale alcune sfumature importanti, rimandando alla seconda parte del volume una più accurata discussione del modo in cui la dicotomia viene impiegata dai paternalisti libertari.

Conly presenta alcune riflessioni sui limiti dello strumento della coercizione (quando usata con fini perfezionistici) che potrebbero valere anche per l'uso delle spinte:

Si potrebbe pensare che, se leggere poesie è oggettivamente migliore di giocare con le puntine da disegno, allora possiamo proibire il gioco con le puntine da disegno e rendere obbligatorie le letture di poesie nelle piazze ma, ancora, è apparentemente improbabile che questa scelta dia i risultati voluti. Non è sufficiente che le nostre orecchie ascoltino il suono delle poesie; dobbiamo goderne realmente e trarne visioni. Chi è predisposto ad amare la poesia potrebbe goderne se le letture di poesie fossero obbligatorie e questa è una ragione per dare alle persone l'occasione di partecipare a simili attività, cosicché chi le apprezza possa goderne. Altri, tuttavia, proveranno indifferenza verso la poesia o lo odieranno del tutto. Costringere tutti a impegnarsi in quell'attività non raggiunge il fine desiderato. Così, dal punto di vista pratico, provare a imporre valori non ha i risultati voluti: potrebbe produrre certi

⁶ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., pp. 51-52.

⁷ Cfr. Conly, *Against Autonomy*, cit., pp. 29-32, 102-103.

comportamenti ma, se ciò che vogliamo sono gli stati interni tipici del coinvolgimento, l'attività forzata non li produce⁸.

La conformità esteriore del comportamento non è sufficiente affinché una scelta possa incrementare genuinamente il benessere delle persone. Se il comportamento non è conforme ai gusti e ai desideri della persona, allora non sarà possibile un reale coinvolgimento nell'attività imposta. Alcune persone godranno della lettura della poesia, perché predisposte ad amare questa attività, ma chi prova indifferenza o odio sarà penalizzato dall'imposizione pubblica. Essi non potranno goderne realmente e resteranno spettatori passivi della lettura pubblica. L'aspetto della passività ha una certa assonanza con il funzionamento di alcune spinte gentili. Abbiamo già avuto modo di sottolineare che l'uso di bias e di limiti cognitivi, soprattutto quando viene impiegato senza rispettare condizioni esigenti di pubblicità e trasparenza, induce certi comportamenti senza che gli agenti siano messi nella condizione di apprezzare le ragioni per agire in quel modo. Regole di default e altri mezzi sortiscono lo stesso effetto del paternalismo perfezionista, anche se il mancato coinvolgimento non riguarda i fini ma i mezzi utilizzati. Questo problema nasce sia per la concezione ristretta delle ragioni per agire del paternalismo libertario, sia per il meccanismo in base a cui funzionano alcune spinte gentili⁹.

Infine il perfezionismo non riguarda soltanto il dominio dei fini. Come è stato fatto notare, la scelta dei mezzi (la dimensione strumentale) non è, per sua natura, completamente esente dalla valutazione e sostenere che un dato sistema non prevede un'intrusione del dominio dei fini non esclude automaticamente che sia presente un intento comunque perfezionistico. Anche se il paternalismo libertario non prevede un'imposizione di valori come fini potrebbe implementare mezzi carichi di valore. Questo rischio è particolarmente ricorrente soprattutto quando l'intervento preveda la comunicazione di informazioni, la cui formulazione può (anche velatamente) contenere giudizi di valore. Scrive ad esempio Conly:

⁸ Ivi, p. 112.

⁹ Per ulteriori riflessioni in merito, vedi il secondo capitolo 2, par. 7, e il terzo capitolo, par. 4.

Non è sempre semplice evitare di imporre valori. Dan Wikler sottolinea che, anche riguardo alla salute, potremmo essere moralisti invece che genuinamente interessati al benessere: se parliamo di leggi riguardo alla salute che scoraggino la “gola” e l’“accidia”, stiamo usando concetti moralmente carichi. Il nostro giudizio su ciò che si dovrebbe fare potrebbe riflettere valori molto personali: potrei dire che ovviamente le persone dovrebbero smettere di mangiare patatine fritte e cibo spazzatura, ma allo stesso tempo sostenere che l’apprezzamento del vino è realmente costitutivo del benessere, a prescindere dai costi che può avere per il corpo. Così, dobbiamo sospettare della presenza di un pregiudizio culturale anche quando stiamo formulando giudizi che, secondo la nostra opinione, riguardano i mezzi e non ciò che ha valore come fine in sé¹⁰.

La razionalità strumentale non è *value-free* e sostenere che una forma di influenza riguarda esclusivamente i mezzi non mette al riparo dall’accusa di perfezionismo. Però, anche ammettendo che il paternalismo libertario riesca a mantenersi neutrale dal punto di vista assiologico riguardo ai mezzi scelti, occorre valutare se effettivamente riesca a vincere la sfida anti-perfezionistica riguardo ai fini.

2. L’argomento epistemico

Uno dei presupposti dell’approccio liberale classico è il cosiddetto ‘argomento epistemico’. Secondo J.S. Mill l’uomo e la donna ordinari hanno i mezzi cognitivi sufficienti per conoscere le proprie condizioni e i propri sentimenti meglio di chiunque altro. La premessa per cui ogni individuo è il miglior giudice del proprio benessere serve come parziale giustificazione del rifiuto dell’interferenza statale con azioni che non provocano un danno a terzi. Quando sono in gioco questioni che attengono al benessere personale, i funzionari pubblici non possono vantare una conoscenza migliore dell’individuo considerato riguardo a cosa costituisca questo benessere e un loro intervento paternalistico corre il rischio di basarsi su una conoscenza incerta e lacunosa¹¹. Ma l’altro pilastro dell’impianto milliano consiste nell’idea che gli individui, se lasciati liberi di prosperare,

¹⁰ Conly, *Against Autonomy*, cit., p. 122.

¹¹ Mill, *La libertà*, cit., pp. 149-151.

sono in grado di trovare la strada migliore per sviluppare il proprio sé e, quindi, per aumentare il proprio benessere. Scrive Mill:

Essere tenuti a rispettare rigide regole di giustizia per riguardo degli altri, è qualcosa che sviluppa i sentimenti e le capacità che hanno per loro oggetto il bene altrui. Mentre invece, subire restrizioni su cose che non toccano il bene altrui e dovute solo alla loro disapprovazione non sviluppa assolutamente nulla che abbia valore, se non quella forza di carattere che potrà magari rinvigorirsi, lottando contro quelle restrizioni; se invece ci sottomettiamo tutta la nostra natura si intorpidisce e si ottunde. Affinché la natura di ogni essere umano abbia l'opportunità di entrare in gioco, è indispensabile che alle diverse persone sia consentito condurre vite diverse¹².

La possibilità che ogni individuo si sviluppi, vincolata da norme di giustizia che impediscono di danneggiare gli altri, costituisce il contenuto della nozione di 'benessere' in Mill. Prosperare significa auto-realizzarsi, portando a compimento le facoltà di cui naturalmente le persone sono dotate. Il benessere umano, secondo Mill, coincide con una nozione di utilità concepita in senso ampio, in modo da ricomprendere «gli interessi permanenti dell'uomo in quanto essere capace di progredire»¹³.

Secondo Sunstein le scoperte della psicologia empirica e dell'economia comportamentale mettono in discussione l'argomento epistemico e, con esso, anche il principio dello sviluppo di sé. Non è vero che gli esseri umani sono i migliori giudici di se stessi e non è vero che, se lasciati liberi di scegliere e agire, troveranno la strada per sviluppare al meglio le proprie facoltà. Il benessere individuale non può essere realizzabile in modo pieno senza vincoli adeguati al comportamento umano, perché le distorsioni e i bias non consentono alle persone di realizzare efficacemente i propri fini. Come già detto, i paternalisti libertari rifiutano il perfezionismo e quindi rinunciano a pensare che i vincoli più adeguati riguardino la selezione dei fini da

¹² Ivi, p. 151.

¹³ Ivi, p. 77. Su questi aspetti del pensiero di Mill, con letture parzialmente diverse, cfr. J. Skorupski, *Why Read Mill Today?*, Routledge, London, 2006, pp. 24-31, 52-53; D.O. Brink, *Mill's Progressive Principles*, Clarendon Press, Oxford, 2013, pp. 60-73. Cfr. anche W. Donner, *The Liberal Self: John Stuart Mill's Moral and Political Philosophy*, Cornell University Press, Ithaca, 1991, capp. 6-8.

raggiungere. Il loro impegno liberale non è compatibile né con il paternalismo classico, che impone costi a scelte ritenute indesiderabili, né con il moralismo giuridico o politico, che identifica dei fini dotati di valore oggettivo che gli esseri umani devono perseguire anche nelle sfere più personali dell'esistenza (dove, cioè, non sono in gioco danni a terzi). I problemi che affliggono gli esseri umani riguardano essenzialmente il giudizio sui mezzi da raggiungere e la capacità di controllare il proprio comportamento¹⁴.

Anche Mill, del resto, concede che l'intervento di terzi per orientare le nostre azioni sia giustificato nei casi in cui le nostre scelte sono distorte dall'ignoranza delle circostanze. È la famosa eccezione del ponte, a cui abbiamo già accennato nel primo capitolo. Nel saggio sulla libertà, Mill descrive la situazione di una persona che voglia attraversare un ponte senza sapere che esso è pericolante.

Ancora: all'autorità pubblica spetta il compito di prevenire gli incidenti. Se un agente in servizio, o chiunque altro, si accorgesse che una persona sta per attraversare un ponte dichiarato pericolante, e non ci fosse abbastanza tempo per avvertirla del pericolo, potrebbe agguantarla e tirarla indietro a forza senza ledere realmente la sua libertà, dato che la libertà consiste nel fare ciò che si desidera e, quella persona non desidera certo cascare nel fiume. Quando invece non c'è la certezza, ma c'è sempre il rischio di un male, è soltanto il diretto interessato l'unico che può giudicar se il motivo che lo spinge a correre il rischio è sufficiente o no; in questo caso, quindi (a meno che non si tratti un bambino, o di uno che è in tale stato di delirio o di eccitazione o di distrazione da non avere il pieno uso delle sue facoltà di riflessione), secondo me ci si dovrebbe limitare ad avvertire la persona del pericolo, senza usare la forza per impedirle di esporvisi¹⁵.

In questi casi il ricorso alla forza è giustificato se si danno tre condizioni: il pubblico ufficiale sa con certezza che il ponte è insicuro; non c'è il tempo materiale per avvisare la persona; la persona, in conseguenza dell'intervento paternalistico, ottiene ciò che vuole. Sunstein sostiene che l'eccezione del ponte e di casi analoghi giustifica l'uso

¹⁴ Brink sottolinea che l'approccio delle spinte gentili è compatibile con l'anti-paternalismo di Mill o che perlomeno non si ritrovano nella sua teoria indizi sufficienti per decretare un'incompatibilità con l'uso di alcune architetture della scelta. Cfr. Brink, *Mill's Progressive Principles*, cit., p. 194.

¹⁵ Mill, *La libertà*, cit., p. 200.

di spinte gentili. Anche quando il tempo non è un fattore essenziale, e quindi la seconda condizione non è soddisfatta, un intervento paternalistico potrebbe essere giustificato sulla base dell'ignoranza del soggetto rispetto alla situazione e sulla base delle conseguenze positive dell'intervento sul benessere del soggetto, inteso in senso soggettivistico¹⁶. La fallibilità della mente umana implica che la clausola dell'ignoranza è soddisfatta in molte delle situazioni in cui gli individui scelgono; la clausola liberale del paternalismo libertario autorizza solo gli interventi che soddisfano la condizione "secondo il loro giudizio". La congiunzione di questi due elementi consente a Sunstein di estendere la portata dell'eccezione del ponte fino a renderla valida per la maggior parte delle situazioni di scelta.

Il liberalismo milliano è di fondo compatibile con alcune architetture della scelta che Sunstein annovera tra le spinte, ma che invece andrebbero considerate nella categoria separata dei *boost*. Subito dopo il brano sull'eccezione del ponte, Mill indica la legittimità di etichette che specificano le proprietà venefiche di certi prodotti, in modo da rendere consapevoli gli acquirenti dei rischi in cui possono incorrere con l'acquisto di quella merce. Questa situazione non sembra così dissimile dall'aggiunta di informazioni rilevanti per i consumatori, come l'uso di etichette che indicano i contenuti calorici di un cibo o una bevanda o maggiori dettagli su piani energetici. Ciò non significa però che l'eccezione del ponte può essere generalizzata fino a includere tutte le spinte gentili.

Nell'eccezione di Mill, la "certezza" gioca un duplice ruolo. In primo luogo, il pericolo a cui è esposto il soggetto è *certo*. Il ponte è pericolante e passarci sopra significherebbe mettere sicuramente a repentaglio l'incolumità e la vita della persona. Inoltre, il pubblico ufficiale che ha il dovere di intervenire ha la *certezza* che la persona, se sapesse del pericolo, si asterebbe dal compiere il gesto. L'indebolimento della prima premessa implica anche un indebolimento dell'intervento giustificato. Qualora vi sia solo il pericolo di danno, allora anche la reazione del pubblico ufficiale dovrà essere commisurata e un semplice avvertimento è più adeguato alla situazione.

¹⁶ Cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 86-87. Sarah Conly estende invece la coercizione legittima nel caso del ponte a tutti i casi in cui i soggetti difettano nella scelta: cfr. Conly, *Against Autonomy*, cit., pp. 18 e 34-36.

Si noti che nel brano di Mill c'è appunto una comparazione tra due situazioni (danno certo contro pericolo di danno) in cui il fattore tempo sembra rilevante per la prima ma non per la seconda (non è chiaro cosa Mill ritenga giustificato fare quando c'è pericolo di danno ma non c'è tempo di avvertire la persona). L'avvertimento previsto nel caso in cui vi sia un intervallo temporale sufficiente non è però equiparabile a tutte le architetture della scelta: una regola di default non ha lo stesso impatto di un avvertimento; la comunicazione di informazioni secondo particolari formulazioni non mette in moto gli stessi meccanismi di un avviso di un pericolo eminente. La natura potenzialmente manipolatoria di questo tipo di spinte fa sì che la soddisfazione di due delle tre condizioni enunciate nell'eccezione del ponte sia insufficiente per giustificare un intervento paternalistico-liberale.

Esistono altre asimmetrie tra il caso del ponte e le scelte ordinarie oggetto di attenzione dei paternalisti libertari. Nell'esempio di Mill sappiamo con certezza che l'avventore è ignaro della situazione di pericolo e il pubblico ufficiale ha l'obbligo di proteggerlo da eventuali azioni che mettano a rischio la sua incolumità. Un osservatore ha buon gioco a inferire dal comportamento che non ci siano particolari ragioni per stabilire che la persona non desideri (come generalmente accade) precipitare in un burrone rischiando salute e vita. In una situazione di emergenza di questo tipo, che richiede un intervento tempestivo in un lasso di tempo talmente limitato da non lasciare molte alternative, le tacite assunzioni ordinarie sulla razionalità delle persone e dei loro desideri possono funzionare egregiamente e possono indurre a prendere decisioni moralmente giuste. Nel momento in cui si deve organizzare un'architettura della scelta queste assunzioni potrebbero non essere più sufficienti e la semplice osservazione esterna del comportamento o delle conseguenze prodotte da certe scelte degli agenti potrebbe dimostrarsi un criterio inadeguato a giustificare l'introduzione di una spinta gentile. In questi casi anche la procedura attraverso cui si matura una scelta è importante non solo per la funzione motivazionale, ma anche per il suo ruolo giustificatorio ed esplicativo dal punto di vista dell'agente. Nota White:

Si prenda l'esempio delle basse percentuali di iscrizione ai programmi pensionistici 401(k) a cui le spinte gentili diseguate da Sunstein e Thaler dovrebbero porre rimedio. Essi non hanno valutato il processo riflessivo di ciascun impiegato quando ha scelto se iscriversi a un programma 401(k). Hanno semplicemente giudicato che il tasso di iscrizione era basso rispetto a quello che credevano fosse il livello razionale e da ciò hanno deciso che le persone non stavano prendendo decisioni sensate. Se i nuovi lavoratori hanno preso decisioni *nei loro interessi*, prosegua la riflessione, si sono iscritti e, se non si sono iscritti, allora devono essere confusi, in errore o pigri; in altre parole le loro decisioni non sono completamente volontarie, nel senso di informate e razionali¹⁷.

Il meccanismo di questa regola di default è paradigmatico rispetto al funzionamento di altre spinte gentili. Il giudizio di cosa rientri nell'interesse delle persone è modulato lungo una direttrice che ignora completamente il campo più ampio degli interessi delle persone, nel senso peculiare che White usa e che abbiamo delineato nel secondo capitolo (par. 7), e assume invece un paradigma di razionalità potenzialmente avulso dalle ragioni per agire che le persone hanno.

Se la procedura sostitutiva del punto di vista interno con un punto di vista esterno può essere comunque giustificata nel caso del ponte, dove l'urgenza e la mancanza di tempo autorizzano in qualche modo a considerare l'ignoranza dell'agente come unica proprietà saliente della sua prospettiva agenziale, ben diverso è il caso dell'elaborazione di politiche pubbliche di ampio respiro e lungo termine, in cui la valutazione degli scopi soggettivi è, per stessa ammissione dei paternalisti libertari, un fattore fondamentale¹⁸.

Mettiamo il caso che l'intervento coercitivo messo in atto nell'esempio del ponte vada a buon fine e qualcuno intervenga con la forza riuscendo a impedire alla persona di attraversare il ponte. Poniamo che la persona, piuttosto che essere grata, protesti o si mostri indifferente a quanto successo: non sapeva certo che il ponte fosse pericolante ma alla fine non è cosa che gli interessi molto. Egli ama

¹⁷ White, *The Manipulation of Choice*, cit., p. 89.

¹⁸ Per una lettura di questo tipo cfr. K. Grill, "Respect for What? Choices, Actual Preferences, and True Preferences", *Social Theory and Practice*, 41, 4, 2015, p. 702.

il brivido e l'avventura e un ponte traballante è proprio il rischio che andava cercando. Non segue necessariamente che adesso la scelta di attraversare il ponte gli dovrebbe essere concessa; magari chi gli ha impedito di passare è un ufficiale pubblico, un agente di polizia sul posto per far rispettare l'ordinanza del sindaco che vieta ai cittadini di passare sul ponte. Ma se mettiamo per un momento tra parentesi queste variabili possiamo dire che, dopo aver esplicitato meglio le motivazioni che ha per passare il ponte, la persona può perlomeno protestare contro l'intervento coercitivo e magari anche contro la disposizione di legge che lo ha giustificato. Chi invece è sottoposto a una regola di default implicita, che non soddisfa i requisiti di trasparenza e pubblicità che abbiamo introdotto, non può usufruire di questa possibilità. Il parallelismo tra spinte gentili e ponte è fuorviante anche per questa asimmetria. Se non ci sono rigide garanzie che la libertà di sottrarsi alla spinta è assicurata da un effettivo potere soggettivo di farlo, si priva le persone di un diritto di resistenza che invece un atto coercitivo esplicito lascia intatto anche nei casi in cui la coercizione è giustificata.

3. Quali preferenze?

Al passante di Mill può essere attribuito il desiderio specifico di non cadere nel vuoto o, per lo meno, un desiderio generale di conservare l'integrità fisica e la vita. Come accennato, questa operazione è del tutto plausibile in interazioni in cui non è possibile accertare quale siano le reali intenzioni della persona e manca il tempo per avvertirla del pericolo e/o per accertare quali siano le sue preferenze in merito. La clausola "secondo il loro giudizio" rimanda a una dimensione dei desideri e delle preferenze dei soggetti che sono soddisfatti nei casi in cui non si verificano le condizioni di urgenza dell'esempio del ponte e ci si trova nelle situazioni ordinarie in cui il comportamento è orientato in una certa direzione da un'architettura della scelta.

Lo stesso Mill nel brano del ponte sottolinea che l'uso della forza è autorizzato in due casi: quando l'intervento previene un male che sappiamo o ragionevolmente possiamo pensare che non sia desiderato dalla persona interessata o quando il soggetto su cui si interviene è bambino o un essere umano che, per effetto di agenti

esterni o interni, non è più in grado di esercitare le sue capacità di riflessione. In un altro passo indica chiaramente un ideale di società in cui gli individui possono sviluppare liberamente se stessi e ricercano la propria strada in modo libero, senza sottostare all'uniformità convenzionale della maggioranza. In una società in cui si respira un'«atmosfera di libertà», le persone sono messe nella condizione di pensare di poter avere inclinazioni diverse da quelle date per natura o tradizione e riescono a riflettere sulle proprie preferenze e su quali desideri sono più consoni al loro carattere¹⁹. Si potrebbe quindi cogliere l'indicazione che quanto più un desiderio o una preferenza è il frutto di un processo riflessivo che mette a confronto il contenuto di quello stato mentale con la gamma di interessi posseduti dal soggetto, tanto più esso acquista centralità per la vita dell'individuo.

Nella filosofia contemporanea questa idea è stata sviluppata in modi diversi per individuare insiemi di desideri o preferenze considerati razionali perché sottoposti a forme di vaglio riflessivo, che li depurano dai difetti irrazionali che possono affliggere le nostre tendenze più immediate. Ad esempio, Richard B. Brandt ha sottolineato che Hume si sbagliava quando sosteneva che le passioni possono essere irragionevoli in soli due modi, quando sono rivolte a oggetti inesistenti o fondate su supposizioni false oppure quando ci muovono a scegliere mezzi inefficienti per i fini che ci poniamo. Per Hume, tolti questi due casi, non c'è nessuna traccia di irrazionalità nelle passioni, anche quando preferissimo la distruzione dell'intero mondo a un grafio sul dito. Brandt è invece convinto che desideri e avversioni possono essere *sbagliati* ed è possibile intraprendere un processo di emendamento che porta alla correzione dei desideri o alla loro espulsione dall'economia della mente. Questo risultato è subordinato alla capacità di acquisire informazioni rilevanti che, grazie ai fatti e alla logica, riescono a mostrare l'inconsistenza di alcuni stati conativi: «l'obiettivo è di mostrare che alcuni desideri e avversioni intrinseci [sc. non strumentali] sarebbero presenti in qualche persona se fossero registrate in modo pieno le informazioni rilevanti disponibili, ovvero se le persone si rappresentassero in modo ripetuto e in un modo idealmente vivido e nel tempo appropriato le informazioni disponibili che sono relevan-

¹⁹ Mill, *La libertà*, cit., p. 148. Il concetto di «atmosfera di libertà» compare a p. 153.

ti, nel senso che farebbero la differenza per i desideri e le avversioni se le persone ci pensassero». Il modo «idealmente vivido» in cui queste informazioni dovrebbero essere recepite fa riferimento alla necessaria attenzione e ricerca del dettaglio e alla disponibilità ad accoglierle senza esitazioni o scetticismi; la 'disponibilità' indica invece il fatto che le informazioni devono essere giustificate in termini di evidenze pubbliche, in accordo con i canoni della logica induttiva o deduttiva, o comunque giustificabili con metodi e procedure scientificamente attendibili; infine la 'rilevanza' è relativa al contenuto proprio del desiderio, ad esempio agli effetti prevedibili, alla natura dell'oggetto, all'apprezzabilità della realizzazione di quel desiderio, ecc.²⁰ L'essenza della procedura che Brandt chiama «psicoterapia cognitiva» è quindi il confronto continuo tra desideri e informazioni, in un processo di riflessione libero da valori, ossia non distorto da considerazioni su premi o punizioni estrinseci o da influenze legate al prestigio sociale. Un desiderio è razionale solo se il suo contenuto riesce a passare il test rispetto alle informazioni disponibili e le azioni pienamente razionali sono quelle che «una persona compirebbe se i suoi desideri fossero razionali e se al momento della decisione avesse tutte le informazioni rilevanti vividamente presenti alla sua mente»²¹.

Successivamente Brandt passa a distinguere l'azione razionale, che consiste nell'evitare errori o difetti cognitivi al momento della decisione in modo da soddisfare il proprio sistema di desideri, e i desideri razionali, ossia l'insieme di atteggiamenti favorevoli che sopravvivono alla psicoterapia cognitiva²². Si tratta di due concetti distinti, perché il primo riguarda il momento della scelta e quindi attiene alla razionalità strumentale (quale azione riesce meglio a soddisfare i miei desideri?) mentre il secondo riguarda la predisposizione di un sistema di stati conativi che sia il frutto di un'«interazione sensibile con il mondo»²³,

²⁰ R. Brandt, *A Theory of the Good and the Right*, Oxford University Press, Oxford, 1979, pp. 110-115.

²¹ Ivi, p. 149.

²² Ivi, pp. 153-155.

²³ Ivi, pp. 156. Cfr. J.C. Harsanyi, "Moralità e teoria del comportamento razionale", in A. Sen, B. Williams (a cura di), *Utilitarismo e oltre*, Il Saggiatore, Milano, 1984, p. 71: «le preferenze vere di un individuo sono le preferenze che egli *avrebbe* se disponesse di tutta l'informazione fattuale rilevante, sempre

attraverso la procedura di psicoterapia cognitiva. Il concetto di azione razionale è rivolto unicamente alla massimizzazione della realizzazione dei desideri, così come essi sono e non come dovrebbero essere alla luce di qualche modello di razionalità.

Questi due concetti talvolta convivono nelle intenzioni dei paternalisti libertari e possono dare luogo a due forme diverse di architettura della scelta: se si assume il concetto di azione razionale, la finalità dell'intervento paternalista mite è di orientare il comportamento verso la realizzazione dei fini delle persone, qualunque essi siano; dal punto di vista del concetto di desiderio razionale, invece, l'obiettivo dell'architettura è di spingere le persone a comportarsi secondo i desideri che dovrebbero avere, cioè i desideri che sopravviverebbero a una procedura di psicoterapia cognitiva. La formula "secondo il loro giudizio" oscilla tra queste due nozioni. Da una parte sembra sostenere che la leggerezza dell'intervento paternalistico è garantita dal fatto che vuole unicamente aiutare gli agenti a realizzare i propri fini così come essi sono; dall'altra parte sembra sostenere che l'obiettivo è di spingere invece le persone a prendere scelte razionali, che rispecchiano scopi razionali (a prescindere dal fatto che essi siano realmente i loro scopi reali). È pur vero che nelle diverse formulazioni del paternalismo libertario, soprattutto Sunstein sembra assestarsi sempre di più sul primo senso di 'secondo il loro giudizio', ma si noti che spinte diverse agiscono in modo diverso. Una maggiore ricchezza di informazioni stampata sulle informative delle assicurazioni o sulle etichette degli alimenti contribuisce a rendere maggiormente razionali le proprie preferenze, ma l'uso di regole di default o di effetto *framing* non va in questa direzione, ma tenta di spingere il comportamento verso una

elaborata con la maggiore cura possibile, e fosse in uno stato mentale molto favorevole alla scelta razionale». James Griffin propone una teoria del desiderio informato che utilizza un concetto di informazione più ampio di quello introdotto da Brandt: «I fatti e la logica non bastano per formulare questi problemi: si ha bisogno di qualcosa di più, ossia intuizione e concetti sottili e perspicui. E, riguardo all'informazione, di più non è sempre meglio. Sapere cosa penso di me le persone potrebbe paralizzarmi e potrei preferire sensatamente di rimanere all'oscuro. [...] L'informazione è ciò che fa avanzare piani di vita; l'informazione è piena quando una maggiore quantità di informazioni, sebbene disponibile, non farebbe avanzarli ulteriormente». Griffin, *Well-Being. Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*, cit., pp. 13-14, ma cfr. anche p. 314, nota 11.

piena razionalità strumentale. Per sapere se questo esito ha successo, occorrerebbe però avere una conoscenza di quali sono i fini delle persone ed è proprio questo che sembra mancare: per sapere se per te è più utile avere un martello o una sega devo sapere anche quali sono le tue intenzioni. Se vuoi attaccare un quadro, anche se riesco a convincerti dell'utilità di avere una sega invece di un martello, il mio intervento non realizzerà minimamente la razionalità strumentale necessaria.

Inoltre, se prendiamo alla lettera la clausola 'secondo il loro giudizio' e quindi assumiamo un concetto lato di giudizio che non coincide necessariamente con una valutazione razionale, allora la gamma di preferenze e desideri contemplata risulta molto più ampia rispetto a quella che i paternalisti libertari generalmente considerano.

Si è già sottolineato che la concezione classica di 'preferenza', a cui si attengono anche i paternalisti libertari, non cattura tutti i tipi di ragioni per agire che le persone possono avere per fare una scelta piuttosto che un'altra. Del resto, i paternalisti libertari talvolta sembrano perdere di vista la prospettiva deliberativa interna dell'agente, perché assumono come punto di riferimento l'osservazione esterna delle conseguenze, valutate in base alla prospettiva imparziale esterna degli architetti della scelta. Lo stesso Sunstein afferma più volte che uno dei motivi per mettere in crisi l'argomento epistemico consiste nel tenere separate l'«utilità decisionale», ossia ciò che speriamo di ottenere da una data decisione, e l'«utilità sperimentata», cioè il valore che sperimentiamo realmente una volta che quella decisione è stata presa. Il divario esistente tra le due forme di utilità è il metro che consente di estendere, secondo Sunstein, l'eccezione del ponte a molte delle nostre scelte quotidiane. Impostare così il discorso comporta però assumere come centrale una nozione prevalentemente utilizzata dagli economisti per rappresentare le preferenze, ma non per determinarle. La teoria dell'utilità attesa non serve a illuminare quali siano realmente gli interessi e le motivazioni di una persona per prendere una determinata scelta in tutte le situazioni ma solo a descrivere le preferenze che soddisfano gli assiomi della stessa teoria. Generalizzarla significa perdere

di vista, in molte situazioni, le effettive ragioni che muovono alcune persone a fare una scelta piuttosto che un'altra²⁴.

Anche rimanendo all'interno di un quadro che considera centrale la nozione di 'preferenza', si può fare riferimento a tipologie diverse di atteggiamenti soggettivi che indicano una comparazione tra alternative. Ad esempio, il criterio attraverso cui si opera il confronto e si sceglie un'alternativa, per cui si può dire che il soggetto A preferisce x a y, potrebbe assumere varie forme: un principio morale, un interesse prudenziale, un impegno personale, secondo il concetto ampio di interesse già utilizzato in questo libro. Si può poi procedere a distinguere le preferenze che il soggetto ha a prescindere dalla loro natura razionale o non razionale e le preferenze che invece rispettano criteri di informazione e coerenza. Questa è la distinzione che individua ad esempio Kalle Grill, il quale definisce le prime preferenze «reali» (*actual*) e le seconde preferenze «vere» (*true*)²⁵. Le preferenze vere non sono idealizzate secondo canoni di razionalità che fanno leva sui criteri irrealizzabili di massima informazione e massima coerenza; sono invece le preferenze che riflettono «il sé più alto di una persona particolare». Quindi, rispettare le preferenze vere non significa rispettare le preferenze che il soggetto avrebbe se fosse pienamente informato, razionale e coerente, ma quelle che presentano alcuni tratti di coerenza e realizzabilità²⁶. Il problema

²⁴ Cfr. ad esempio Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 87-88. Cfr. anche D.M. Hausman, "Consequentialism and Preference Formation in Economics and Game Theory", in S. Olsaretti (ed.), *Preferences and Well-Being*, cit., pp. 111-129.

²⁵ Grill, "Respect for What? Choices, Actual Preferences, and True Preferences", cit.

²⁶ Ivi, p. 708. Secondo Grill una teoria delle preferenze vere deve contenere: (1) una nozione di coerenza: le preferenze sono coerenti tra loro se è sempre possibile, almeno in teoria, la contemporanea soddisfazione di tutte (cioè non funziona nel caso delle preferenze cicliche: preferisco x a y, preferisco z a x, preferisco y a z); (2) una nozione di informazione: sono vere anche le preferenze basate su false credenze, purché sia possibile soddisfarle: se preferisco stare in casa per ripararmi da una tempesta immaginaria, questa preferenza può essere soddisfatta, perché stando in casa sarò al sicuro ma se preferisco curarmi con il farmaco X piuttosto che con il farmaco Y perché credo che possa guarirmi anche se è inefficace, allora non siamo in presenza di una preferenza vera, perché il farmaco X non cura e quindi la mia malattia non guarirà; (3) una nozione di rilevanza: contano come preferenze degne di rispetto solo quelle che riguarda-

che si pone è a quale preferenze dobbiamo dare la precedenza. I paternalisti libertari sostengono che le spinte gentili consentono alle persone di soddisfare le proprie preferenze con maggiore efficienza. Ma quale tipo di preferenze? Quelle reali o quelle vere? Sunstein non sembra avere dubbi:

Quando esiste una divergenza [tra preferenze di primo e secondo ordine], gli architetti della scelta devono seguire i giudizi riflessivi delle persone. In realtà, molte architetture della scelta possono essere interpretate come sensibili a giudizi di questo tipo o come sforzi di dare loro il beneficio del dubbio. Un'architettura di questo tipo rende più facile per le persone prendere decisioni salutari e più difficili prendere decisioni malsane o pericolose²⁷.

In questo brano Sunstein indica con «giudizio riflessivo» un giudizio elaborato in base al Sistema 2 su un desiderio o una preferenza, secondo il modello gerarchico difeso da H. Frankfurt e altri. L'idea è che solo questi giudizi meritano rispetto, perché sono quelli che più rispecchiano la personalità dell'individuo e in parte anche Grill concede questa conclusione quando appunto sostiene che le preferenze vere sono quelle che maggiormente esprimono il sé. Ma Grill associa a questa distinzione una teoria pluralista, secondo cui sono meritevoli di rispetto *tutte* le preferenze, a prescindere dalla loro natura, e anche le scelte che non presuppongono alcuna valutazione comparativa tra alternative, perché anch'esse costituiscono espressioni della capacità di agire del soggetto. Quando si realizza un conflitto, occorrerà trovare un bilancio nella singola situazione, dando la precedenza a quelle preferenze più intense, che possono essere soddisfatte e che non sono incoerenti con altre preferenze. Una situazione in cui un rispetto totale è possibile prevede un allineamento tra scelte, preferenze reali e preferenze vere, con l'eliminazione di conflitti o incoerenze. Grill suggerisce che la via percorsa dai paternalisti libertari è lecita perché prova ad allineare scelte con preferenze, in-

no o situazioni su cui possiamo intervenire per soddisfarle; (4): una nozione di trasformazione: si possono trasformare preferenze reali in preferenze vere solo quando si può raggiungere una coerenza tra esse con una minima perdita, in termini di numero e intensità delle preferenze. Cfr. anche R. Nozick, *La natura della razionalità*, Feltrinelli, Milano, 1995, pp. 189-202.

²⁷ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 48.

tervenendo sul comportamento ma è anche lecito perseguire questo obiettivo promuovendo capacità e virtù negli agenti²⁸.

La proposta di Grill è più complessa e pluralista di quella dei paternalisti libertari ma è compatibile con essa perché sceglie una metrica delle preferenze che prescinde dal punto di vista personale degli agenti. Non prende davvero sul serio il valore di una preferenza alla luce della significatività del suo contenuto all'interno della biografia e delle scelte complessive di un soggetto; non può farlo perché aspira a modellare uno strumento oggettivo che può essere usato soprattutto da altre persone per ottenere un certo comportamento da quel soggetto. Questo non vuol dire che l'allineamento tra scelte e preferenze o quello tra preferenze di ordine diverso non sia mai positivo per il soggetto perché può darsi che nella maggior parte dei casi sia proprio questo ciò che la persona ricerca e a cui aspira. L'errore consiste nel generalizzare a tutti i casi le considerazioni che sono valide per la maggior parte di essi: l'allineamento complessivo può essere un valore ma quando un desiderio rispecchia un insieme di valori significativi per l'agente, è il rispetto di questo desiderio che diviene centrale e non la coerenza e la compattezza della filiera che porta all'azione. In definitiva, la ricchezza delle motivazioni che i soggetti hanno per comportarsi in certi modi sfugge sia alla griglia del paternalismo libertario sia alla proposta più variegata di Grill.

4. Preferenze autentiche

Per suffragare quanto detto nel precedente paragrafo vorremmo commentare un ulteriore esempio, tratto dalla vasta letteratura che tenta di applicare la metodica delle spinte gentili in vari ambiti. Si tratta di uno studio piuttosto recente, condotto da David Halpern e colleghi, sull'efficacia dell'uso di regole di default nelle direttive anticipate²⁹. Lo scopo dello studio era di valutare quanto un'opzione preimpostata influenzi scelte importanti come le decisioni sui trat-

²⁸ Sull'obiettivo dell'allineamento si esprime in termini critici W. Glod, "How Nudges Often Fail to Treat People According to Their Own Preferences", *Social Theory and Practice*, 41, 4, 2015, pp. 599-617, soprattutto p. 602.

²⁹ Scott D. Halpern *et al.*, "Default Options in Advance Directives Influence How Patients Set Goals for End-Of-Life Care", *Health Affairs*, 32, 2, 2013, pp. 408-415.

tamenti alla fine della vita, partendo dalla premessa che molte volte le persone non affrontano certe situazioni con preferenze stabili e strutturate, ma compiono scelte costruendole sul momento:

In realtà, le intuizioni dell'economia comportamentale suggeriscono che probabilmente le preferenze per le cure di fine vita sono "costruite" nel momento in cui si chiede alle persone di esprimerle e non riflettono preferenze profondamente radicate, perché scelte di questo tipo non sono prese di frequente e spesso non è possibile avere un riscontro riguardo al fatto che le scelte promuovano gli interessi dei pazienti³⁰.

Si tratta di un fenomeno ampiamente studiato dallo psicologo Paul Slovic e che abbiamo già commentato in connessione all'uso di spinte gentili (cfr. il terzo capitolo, par. 4).

Lo studio prevedeva tre gruppi di pazienti affetti da patologie polmonari incurabili e non candidabili a un trapianto; ciascun gruppo era assegnato casualmente a ricevere e completare tre diverse versioni di testamento biologico. Tutte contenevano una lista di possibili trattamenti tra cui i pazienti dovevano scegliere quali ricevere una volta che non sarebbero stati più in grado di esprimere una preferenza. Un gruppo ricevette una dichiarazione anticipata in cui la prima opzione della lista era rappresentata da un piano di cure che prevedeva trattamenti medici di prolungamento della vita (nutrizione artificiale, dialisi, respirazione assistita, ricovero in terapia intensiva, rianimazione cardiopolmonare) ed era contrassegnata come scelta di default (con il segno di una X riportato a fianco). Un secondo gruppo ricevette una direttiva anticipata in cui la prima opzione della lista impostata come scelta di default era un piano di trattamento che prevedeva principalmente l'alleviamento delle sofferenze senza trattamenti di prolungamento della vita. Infine il terzo gruppo ricevette una dichiarazione anticipata in cui nessuna opzione era stata scelta in precedenza. I pazienti dei primi due gruppi potevano esercitare la facoltà di cancellare la scelta preimpostata (depennandola) e quindi optare per un'altra soluzione di maggiore gradimento. Tutti ricevettero istruzioni e informazioni su come riempire i documenti proposti e, dopo la compilazione, seguiva un debriefing in cui era spiegato loro lo scopo dello studio, le differenze

³⁰ Ivi, p. 409.

tra le direttive anticipate presentate ai tre gruppi e il funzionamento della regola di default. Infine, era consentito ai soggetti di cambiare le scelte fatte sui trattamenti futuri.

Il 77% dei pazienti che avevano ricevuto una direttiva anticipata con le cure palliative come opzione preimpostata non cambiarono la regola di default; il 43% dei pazienti che avevano ricevuto una direttiva anticipata con l'opzione dei trattamenti di prolungamento della vita come default avevano confermato questa scelta preliminare; infine, tra i pazienti che avevano ricevuto una direttiva anticipata standard, la decisione di chiedere solo cure palliative era predominante (61%) rispetto alla scelta di trattamenti di prolungamento della vita (12%; il resto dei rispondenti non aveva selezionato alcuna opzione).

La conclusione degli autori è che l'effetto di opzioni preimpostate è particolarmente influente anche, e soprattutto, nel caso di decisioni così sensibili come la scelta dei trattamenti di fine vita e che raramente le persone hanno preferenze stabili, definite e radicate riguardo a questi temi. È probabile che certe preferenze si strutturino nel momento in cui il paziente si trova a dover compilare una direttiva anticipata. Un altro dato dello studio sembra suffragare questa tesi: anche dopo il debriefing pochi pazienti (il 2,1%) si sono mostrati allarmati dalla presenza di una regola di default e nessuno di essi ha poi cambiato idea rispetto alla scelta fatta. Gli argomenti degli autori non sono dissimili da quelli dei paternalisti libertari: è spesso difficile evitare di usare regole preimpostate, per cui i clinici dovrebbero assumersi la responsabilità di scegliere l'opzione di default che meglio realizza il bene dei pazienti:

Dato che molti pazienti danno un grande valore al peso che rappresentano per i loro cari e dato che molti pazienti dello studio hanno selezionato piani di cura orientati al conforto anche nel gruppo a cui erano assegnate direttive anticipate standard, c'è ragione di credere che la regola di default sistematica attuale che prevede trattamenti di prolungamento della vita non promuova in modo ottimale le volontà e i valori dei pazienti³¹.

³¹ Ivi, p. 413. Gli autori fanno riferimento al fatto che molti modelli americani di direttive anticipate sono strutturati in modo da dare rilievo o priorità alle scelte che favoriscono trattamenti di prolungamento della vita.

Per questo motivo non si può parlare di genuine *preferenze autentiche*. Qui ci troviamo di fronte a un concetto potenzialmente distinto rispetto a quello di preferenza informata e a quello di preferenza vera. La proprietà centrale delle preferenze autentiche è il fatto di essere radicate nella biografia del soggetto, a prescindere dal loro rapporto con i fatti o dalla loro coerenza³². I soggetti dello studio di Halpern e colleghi possiedono valori indeterminati rispetto alle opzioni disponibili e per questo non hanno punti di riferimento stabili che li possano guidare nelle scelte particolari. Da queste premesse, c'è chi ha tratto in modo ancora più netto e chiaro conclusioni di stampo paternalistico. Un paziente senza preferenze autentiche è equiparabile a un paziente incapace di scegliere perché incompetente, come accade a persone che si trovano in stato vegetativo permanente oppure neonati o bambini molto piccoli. L'unica differenza è che un paziente incompetente non è in grado di fare *alcuna* scelta, mentre un paziente senza preferenze autentiche prende decisioni non giustificate né motivate da un insieme radicato e stabile di interessi. Seppure per ragioni diverse, in entrambi i casi non è possibile parlare di rispetto per l'autonomia del paziente e pertanto si può prevedere un'applicazione estensiva di strumenti di decisione surrogata che utilizzano la nozione di 'miglior interesse'. Nel caso di assenza di preferenze autentiche non si potrà ovviamente privare i pazienti competenti dall'opportunità di prendere decisioni in modo autonomo, ma sarà lecito ricorrere a strumenti poco invasivi come le spinte gentili, in modo da orientarli verso la scelta che realizza il loro migliore interesse. Gli effetti generali dell'introduzione di regole di default, ad esempio, sono positivi per tutti i pazienti. Un'opzione preimpostata per le cure palliative orienta i pazienti senza preferenze autentiche verso la scelta per loro migliore, accontenta coloro che hanno invece un desiderio precedente per questa opzione di cura e consente a chi invece ha una preferenza radicata per trattamenti di

³² Questo non significa che non si possano considerare verità, coerenza e realizzabilità proprietà necessarie di questo tipo di preferenze, ad esempio perché sia particolarmente difficile o impossibile per preferenze incoerenti, irrealizzabili o basate su credenze false essere particolarmente radicate nella vita mentale del soggetto. Lasciamo però da parte questo punto.

prolungamento della vita di annullare la scelta di default ed esprimere liberamente la loro volontà³³.

Ancora una volta, queste proposte non prendono in debita considerazione la complessità con cui si possono strutturare gli interessi delle persone. In primo luogo, l'indeterminatezza dei valori potrebbe implicare solo in alcuni casi l'inesistenza di un legame diretto tra preferenze specifiche e opzioni, mentre in altri potrebbe sussistere una connessione indiretta tra le opzioni presentate e preferenze più generali. Ad esempio, può darsi che molti pazienti non abbiano ragionato a sufficienza sui loro desideri in merito ai trattamenti clinici quando arrivano per la prima volta a compilare una direttiva anticipata ed è possibile che quindi non abbiano alcuna preferenza autentica per le cure palliative rispetto a interventi aggressivi di prolungamento della vita. Questo non significa che, in assenza di preferenze di questo tipo, alcuni pazienti non abbiano convinzioni più generali, ad esempio una concezione della dignità della vita che è incompatibile con la sopravvivenza per mesi e anni in una condizione di stato vegetativo. In questi casi occorre uno sforzo immaginativo oppure l'aiuto di una persona di fiducia per stabilire un collegamento tra questa concezione generale del significato della vita e le opzioni presentate ma è evidente che una regola di default non può fornire né l'uno né l'altro³⁴.

L'idea che le preferenze autentiche, quando preesistono alla situazione di scelta, hanno il potere di contrastare le regole di default è intuitivamente plausibile ma non è del tutto chiara se si considera le preferenze secondo dimensioni non esclusivamente quantitative. Il riferimento alla "forza" è suggestivo ma corre il rischio di assegnare alle preferenze una consistenza esclusivamente fisica. In un certo senso, le preferenze possono avere una maggiore forza rispetto alle spinte perché si tratta di fenomeni psicologici così radicati nella mente del soggetto da risultare immuni dall'influenza di difetti cognitivi e volizionali e quindi capaci di respingere qualsiasi pressione che spinga il soggetto verso obiettivi diversi da quelli che

³³ M. Gorin, S. Joffe, N. Dickert, S. Halpern, "Justifying Clinical Nudges", *Hastings Center Report*, 47, 2, 2017, pp. 32-38.

³⁴ Cfr. per osservazioni analoghe, S. Holm, "Authenticity, Best Interest, and Clinical Nudging", *Hastings Center Report*, 47, 2, pp. 39-40.

sono realmente suoi. In un altro senso le preferenze sono forti perché rispecchiano valori e interessi che stanno a cuore del soggetto, perché sono significativi e centrali per strutturare la propria vita e identità. Le preferenze possono essere assiologicamente forti, ma psicologicamente incapaci di resistere alle azioni delle spinte, dati i limiti cognitivi degli agenti umani, ossia possono essere *quantitativamente* più deboli dei difetti cognitivi o delle pressioni esterne, ma *qualitativamente* più forti perché più centrali per la biografia della persona. In questo secondo caso, una spinta gentile potrebbe silenziare la preferenza che sarebbe comunque autentica in virtù del fatto che rispecchia valori importanti e significativi. Come ha sottolineato Griffin un «desiderio globale» (desidero quella forma di vita piuttosto che un'altra) può essere concepito come una sommatoria di desideri "locali" ma la preferenza espressa è qualcosa che prescinde da questa aggregazione quantitativa perché esprime non la forza motivazionale, ma il suo apprezzamento della natura degli oggetti considerati³⁵.

Con l'introduzione del concetto di 'preferenze autentiche' si profila un'esigenza indifferibile. Un limite più volte ribadito del paternalismo libertario è la distanza che si frappone tra l'intenzione di orientare il comportamento degli individui secondo il benessere così come loro stessi lo giudicano e la possibilità di accertare quali sono le preferenze autentiche, gli impegni, i desideri, gli interessi in senso lato che gli individui hanno per compiere certe scelte. Alcune volte le ragioni sono semplicemente inesistenti e si tratta di decisioni prese per influenza di distorsioni e limiti cognitivi e volitivi. In altri casi, le persone hanno ragioni ben specifiche per scegliere come scelgono e i paternalisti libertari hanno il problema di individuare un metodo per capire quali siano queste ragioni (se vogliono davvero rispettarle). Inoltre sembra che anche loro condividano l'idea che gli interessi nel senso ampio che si è introdotto siano rilevanti e significativi per il *benessere* delle persone. È su questo punto che ora converrà dire qualcosa di più.

³⁵ Cfr. Griffin, *Well-Being*, cit., p. 15.

5. Benessere

In certe situazioni le scelte, anche quelle apparentemente più irragionevoli, potrebbero essere motivate da interessi che una concezione angusta delle preferenze non riesce a cogliere. Il paternalista potrebbe sostenere, però, che questo non basta a mostrare l'ingiustificabilità dell'intervento che propone. Il fatto di avere interessi ben precisi che portano l'agente ad agire in un certo modo non è sufficiente per bloccare l'iniziativa paternalista, nella misura in cui si può giudicare che quel comportamento diminuisce il benessere dell'individuo. Un difensore del paternalismo debole come Trout, ad esempio, è molto esplicito: una regolamentazione che sfrutta i *bias* è del tutto lecita quando la persona non sceglie secondo uno standard controfattuale, simile a quello già individuato nelle prime formulazioni del paternalismo libertario. Le preferenze informate sono quelle preferenze che l'agente avrebbe preso se fosse stato pienamente informato secondo uno standard imparziale. Secondo Trout sono queste le uniche preferenze che promuovono gli interessi degli agenti sul lungo periodo; anche se le pone in contrasto unicamente con «i desideri spontanei», si può estendere la sua considerazione a quelle preferenze stabili e radicate che tuttavia non sono pienamente informate³⁶. L'ipotesi è che certi desideri o attitudini del soggetto, pur rivestendo un ruolo centrale all'interno della sua identità pratica, non realizzino i suoi interessi sul lungo periodo e quindi non costituiscano elementi rilevanti per determinare il suo benessere.

Il problema consiste quindi nella definizione della nozione di benessere, una questione di notevole importanza nella filosofia morale e politica contemporanea. Volendo schematizzare un dibattito ampio, si possono individuare per lo meno tre concezioni del benessere.

Concezione soggettivistica. Il benessere consiste fondamentalmente nella soddisfazione dei desideri e delle preferenze individuali, a prescindere dalla loro natura.

³⁶ Cfr. J.D. Trout, "Paternalism and Cognitive Bias", cit., soprattutto pp. 394, 413-414. Su Trout cfr. White, *The Manipulation of Choice*, cit., p. 66.

Concezione soggettivistica qualificata. Non tutti i desideri e le preferenze sono così rilevanti da costituire elementi del benessere quando soddisfatti. Ad esempio, solo quelli che superano un certo test (ad esempio di coerenza) o coincidono con i desideri che la persona avrebbe se fosse totalmente informata sono rilevanti³⁷.

Concezione oggettivistica. Il benessere non è definito secondo criteri soggettivi, ma in base a parametri che prescindono dagli atteggiamenti personali. Nel momento in cui una preferenza contrasta con questi parametri è la prima a essere difettosa e, poiché non realizza pienamente il benessere individuale, può essere contrastata con misure paternalistiche (più o meno dure)³⁸.

Il paternalismo libertario si professa anti-perfezionista e rifiuta una concezione oggettivistica: sono i desideri e le preferenze delle persone a governare l'impostazione delle architetture della scelta, perché solo questi concorrono a definire in modo compiuto il benessere dei cittadini. Si è visto che, talvolta, i paternalisti libertari oscillano tra una concezione idealizzata delle preferenze e una concezione meno rigida delle ragioni per agire. In alcuni punti però, Sustain sembra concedere molto all'idea di varietà che pervade le ragioni per agire degli agenti. Scrive ad esempio:

È vero, le persone imparano, ed è pure vero che il piacere non è affatto l'unica cosa di cui la gente si preoccupa o dovrebbe preoccuparsi. Scegliamo certe attività non perché divertenti o danno gioia, ma perché è giusto sceglierle, forse per la loro significatività. Le persone vogliono che le loro vite abbiano uno scopo; non vogliono che le loro vite siano semplicemente felici. Sensatamente, e persino virtuosamente, le persone non scelgono le cose soltanto in base a una semplicistico "mi piace". Per esempio, possono voler aiutare gli altri anche quando non c'è niente di divertente nel farlo. Possono voler fare ciò che si sentono moralmente obbligati a fare, anche se non ricavano alcun piacere. Un'importante indagine indica che le scelte programmate degli individui sono *generalmente* basate su ciò che essi credono promuova il loro benessere soggettivo, ma che talvolta sono disposti a compiere scelte che sacrificerebbero la loro felicità a favore di un assortimento di altri obiettivi che comprendono: 1) promuovere la felicità della propria famiglia; 2) accrescere

³⁷ Cfr. Griffin, *Well-Being*, cit.

³⁸ Cfr. ad esempio, R.J. Arneson, "Nudge and Shove", *Social Theory and Practice*, 41, 4, 2015, pp. 668-691.

il controllo sulla propria vita; 3) elevare la propria condizione sociale, o 4) rafforzare la sensazione di avere uno scopo nella vita³⁹.

Sunstein costruisce una tendenza oppositiva tra le scelte che si fanno per convinzione morale e il piacere individuale all'inizio e il benessere soggettivo nelle ultime righe. Una concezione del benessere che aspira a non essere semplicisticamente edonistica, pur rimanendo soggettiva, non dovrebbe però incorrere nell'errore di considerare come sfere separate il benessere individuale e certe scelte motivate da impegni morali, atteggiamenti di cura, propositi di miglioramento personale. In molti casi riuscire a realizzare questi scopi è una parte importante (seppure non esaustiva) del proprio benessere proprio perché quegli scopi hanno per l'agente un significato particolare alla luce della sua concezione della vita riuscita.

In teoria questi casi non dovrebbero interessare il paternalismo libertario. L'interesse degli architetti della scelta è rivolto a quelle situazioni in cui lo scarto tra utilità attesa e reale è particolarmente pronunciato per i difetti cognitivi e volzionale da cui gli agenti sono afflitti. Se però quelle che abbiamo chiamato 'preferenze autentiche' sono aspetti integranti del benessere, nel caso in cui una spinta gentile orienti il soggetto verso scelte diverse si pone un problema non indifferente e abbiamo già visto nel paragrafo precedente l'impatto dell'architettura della scelta in situazioni in cui sono in gioco valori importanti per l'esistenza individuale.

Se gli interessi in senso ampio contribuiscono a definire il benessere individuale, la formula 'secondo il loro giudizio' deve coprire un'estensione molto maggiore rispetto al dominio ristretto delle preferenze. Ma come possono i paternalisti libertari sapere quali sono le ragioni per agire degli individui, in modo da tenere fede alla condizione 'secondo il loro giudizio'? Molti critici hanno sostenuto che su questo punto il paternalismo libertario mostra un limite epistemico difficilmente superabile.

Lo sforzo del paternalismo libertario per ricostruire le preferenze delle persone è infatti contraddistinto dall'idea che sia possibile ricostruirle utilizzando metodi statistici, come traspare anche dal riferimento all'indagine di Daniel Benjamin sulle concezioni della

³⁹ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 88.

felicità delle persone e su cosa ritengono meritevole di scelta presente nella citazione precedente del brano di Sunstein⁴⁰. Potremmo definire ‘doxastica’ questa concezione del benessere, perché basata principalmente su un elenco di beni (principalmente: salute e ricchezza) a cui «la vasta maggioranza delle persone dà priorità»⁴¹. La clausola ‘secondo il loro giudizio’ non è però rispettata a fondo se la meta verso cui vengono spinti gli agenti è questa. In realtà i paternalisti libertari «non stanno dirigendo l’“individuo x” verso ciò che l’“individuo x” sceglie indipendentemente, stanno dirigendo l’“individuo x” verso i beni che tendono a rendere le persone più felici o migliori come giudicato dalle persone che li possiedono»⁴².

Si potrebbe sospettare che questo criterio quantitativo non assicura che la ricerca di questi beni da parte dei più non sia afflitta da bias e falle razionali; se però i paternalisti libertari sostenessero che questi dati riguardano in realtà preferenze dettate dal Sistema 2, allora un’architettura incentrata sui *boost* è quella più coerente con questi presupposti (a prescindere dalla sua efficacia a lungo termine). Ma anche mettendo da parte queste preoccupazioni, rimane il fatto che una concezione del benessere di questo tipo non prende adeguatamente in considerazione la varietà degli interessi umani e del significato che quei beni possono assumere in condizioni particolari. Si prenda l’esempio del bene ‘salute’. Sarebbe un’ingenuità negare che la salute sia qualcosa che le persone generalmente perseguono e che costituisce realmente un bene per le nostre vite; c’è qualcosa di

⁴⁰ D.J. Benjamin *et al.*, “What Do You Think Would Make you Happier? What Do You Think You Would Choose?”, *American Economic Review*, 102, 5, 2012, pp. 2083-2110.

⁴¹ Blumenthal-Barby, “Choice Architecture: A Mechanism for Improving Decisions while Preserving Liberty?”, *cit.*, p. 180. W. Glod definisce questa visione del benessere «concezione socialdemocratica della razionalità», in quanto il modello ideale e normativo di benessere è ricavabile da «osservazioni su ciò che una maggioranza di persone tende a ritenere dotato di valore», *cfr.* Glod, “How Nudges Often Fail to Treat People According to Their Own Preferences”, *cit.*, p. 614. Pur non rifacendosi a indagini empiriche, anche Conly suggerisce che abbiamo preferenze stabili e concezioni chiare di cosa in generale vogliamo, come il desiderio che molti di noi hanno di essere in salute e di prosperare. *Cfr.* Conly, *Against Autonomy*, *cit.*, p. 124.

⁴² Blumenthal-Barby, “Choice Architecture: A Mechanism for Improving Decisions while Preserving Liberty?”, *cit.*, p. 181.

condivisibile anche in una concezione oggettivistica secondo cui la salute è un bene oggettivamente vitale per raggiungere obiettivi che altrimenti sarebbero preclusi in situazioni di malattia. In alcuni casi, però, l'assenza di malattia potrebbe non essere il bene che più conta o l'idea di salute che si persegue potrebbe essere permeata da considerazioni sulla possibilità di realizzare fini e aspirazioni personali. Se le spinte gentili orientano verso scelte che massimizzano la salute in termini di astensione da comportamenti dannosi che potrebbero generare stati di malattia, di principio non si contemplanò i significati plurimi che il termine 'salute' può assumere né il valore che può avere rispetto ad altre priorità in particolari situazioni esistenziali⁴³.

A questo punto il principio epistemico milliano sembra riabilitato. È complesso avere accesso ai desideri reali e autentici delle persone, per cui solo chi compie la scelta è, di principio, il miglior giudice ultimo delle bontà di queste scelte. Solo lui può sapere in quale grado una particolare scelta è davvero "cattiva" perché incoerente con i suoi interessi complessivi. White fa l'esempio di Sally, una fumatrice combattuta che ha deciso di smettere con il suo vizio. Dopo tre giorni di completa astinenza non resiste e si accende una sigaretta, rammaricandosi subito dopo averla finita di quello che aveva fatto. Sally può dire che ha fatto una scelta sciocca, alla luce dei suoi interessi complessivi. Ma lo stesso giudizio può essere formulato con convinzione da un architetto della scelta? Sally sa che la scelta era incoerente con i suoi interessi e che non esistevano altri motivi che potevano darle una ragione per fumare di nuovo. Ma di tutto ciò gli architetti della scelta sono all'oscuro⁴⁴. E se non lo fossero, si profilerebbe un'inquietante capacità dei tecnici di invadere la "privacy mentale" degli individui...

Come si può intuire, il limite epistemico del paternalismo libertario si scontra con l'eterogeneità potenziale delle idee individuali del benessere. Questo problema è particolarmente sentito dai paternalisti libertari, che questa volta riconoscono il contributo di Mill su questo punto. Nel saggio sulla libertà Mill ha scritto pagine molto

⁴³ Per alcuni accenni, cfr. White, *Manipulation of Choice*, p. 73.

⁴⁴ Ivi, p. 69. Cfr. anche Till Grüne-Yanoff, "Old Wine in New Casks: Libertarian Paternalism Still Violates Liberal Principles", *Social Choice and Welfare*, 38, 4, 2012, pp. 635-645, soprattutto pp. 643-644.

limpide non solo sull'esistenza di fatto di un pluralismo dei modi di vita ma anche sul suo valore:

Gli esseri umani non sono come le pecore: e neanche le pecore sono poi davvero tutte identiche l'una all'altra. Se un uomo vuole un cappotto o un paio di scarpe che gli stiano bene, a meno di non farseli fare su misura, dovrà avere a disposizione un intero magazzino dove andarseli a scegliere: e trovare un modo di vivere che gli si addica è forse più facile che trovare un cappotto su misura, o forse il profilo fisico e spirituale di un esser umano rassomiglia a quello degli altri più della forma dei piedi? Il solo fatto che gli uomini hanno gusti diversi è già una ragione sufficiente per non cercare di uniformarli tutti a uno stesso modello. Ma, per giunta, lo sviluppo spirituale delle diverse persone ha bisogno di condizioni diverse; e come le varie specie di piante non possono vivere nella stessa atmosfera e nello stesso clima fisico, così le persone non possono prosperare nella stessa atmosfera e nello stesso clima morale. Gli stessi fattori che aiutano una persona a coltivare le facoltà più alte della sua natura, sono di intralcio ad altre. Uno stesso modo di vivere sarà per qualcuno uno stimolo che manterrà nella massima efficienza tutte le sue facoltà di azione e di godimento, per qualcun altro sarà invece un fardello insopportabile, che ottunde o schiaccia tutta la sua vita interiore. Le fonti di piacere, la sensibilità al dolore, gli effetti provocati da agenti fisici e morali, sono tutte cose diversissime da uomo a uomo: per cui, a meno di non seguire modi di vivere altrettanto diversi, gli uomini non possono né ottenere la quota di felicità che a ciascuno spetta, né elevarsi a quella statura intellettuale, morale ed estetica di cui la loro natura è capace⁴⁵.

La lunga citazione riassume efficacemente un aspetto importante della filosofia progressiva di Mill: per prosperare gli esseri umani hanno bisogno di ambienti diversi, perché diverse sono le loro attitudini e necessariamente diversi devono essere i modi di vita che possono realizzare il benessere individuale. Sunstein risponde all'indicazione di Mill in due modi. In primo luogo, l'idea di 'una stessa taglia per tutti' pone dei problemi che non sono risolti dall'idea che una certa taglia non vada bene per nessuno. Anche se i critici riuscissero a mostrare che il paternalismo libertario non riesce a soddisfare l'eterogeneità dei modi di vita, una forma di paternalismo "personalizzato" potrebbe invece rispondere a questo tipo di preoccupazio-

⁴⁵ Mill, *La libertà*, cit., pp. 157-158.

ne. Per rispondere però in modo adeguato alla sfida della pluralità, la personalizzazione dovrebbe avere caratteristiche ben precise. Un modello basato demograficamente su fasce d'età, come immaginato da Sunstein, non coglierebbe il senso della diversità degli interessi; più adeguato sarebbe un paternalismo personalizzato che riuscisse a modellarsi sull'individualità specifica ma, oltre che difficilmente realizzabile, i mezzi di cui si avvarrebbe potrebbero essere discutibili. Infatti gli architetti della scelta avrebbero bisogno di un'immensa mole di dati sensibili e biografici relativi a ogni singolo individuo e si dovrebbero preliminarmente risolvere molte questioni relative alla liceità dell'accesso e alle garanzie nel trattamento delle informazioni⁴⁶. Ma Sunstein adombra anche l'idea che possano esistere «accordi teorizzati in modo incompleto» (*incompletely theorized agreement*) tra persone che sono in disaccordo su principi e questioni di filosofia morale e politica ma possono trovare una convergenza su casi particolari. La diversità di opinioni e preferenze riguarderebbe quindi questioni generali ma potrebbe essere ricomposta sul particolare, ad esempio sul valore di diete sane, di risparmi per la pensione e dei danni causati dall'abuso di alcol. Le persone possono trovarsi d'accordo sullo status assiologico di tutti questi comportamenti pur mantenendo un disaccordo sul perché lo possiedono. Questo punto giustifica l'introduzione di spinte gentili, che agiscono su scelte particolari e mirate⁴⁷. Il concetto di accordi intermedi che non toccano i principi fondamentali è interessante e anima molte altre proposte nel campo dell'etica (si pensi al principialismo di T.L. Beauchamp e J.F. Childress) ma alla fine non riesce a soddisfare le esigenze del pluralismo, quando applicato in concomitanza a interventi paternalistici deboli. Valgono infatti le considerazioni già avanzate sul paternalismo libertario e sui limiti della concezione doxastica del benessere: anche se in molti casi gli accordi teorizzati in modo incompleto possono funzionare, esisteranno sempre eccezioni in cui le spinte gentili entrano in contrasto con le preferenze autentiche

⁴⁶ Sunstein, *Effetto nudge*, pp. 79-81, 92-93.

⁴⁷ Cfr. Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 52. Per il concetto di 'accordo teorizzato in modo incompleto' (*incompletely theorized agreement*) cfr. anche Id., "Incompletely Theorized Agreements", *Harvard Law Review*, 108, 7, 1995, pp. 1733-1772.

delle persone, risultando così manipolatorie e non rispettose dei fini individuali.

6. Meta-scelte. Virtù e limiti di un approccio deliberativo

Sia una definizione concettuale sia una definizione empirica dei beni la cui realizzazione contribuisce al benessere individuale non riescono a far fronte alla sfida dell'eterogeneità di Mill; si possono trovare altri modi di salvare il paternalismo libertario? Alcuni autori hanno suggerito che una prospettiva deliberativa potrebbe essere più adeguata del paternalismo libertario nel disegnare ambienti di scelta⁴⁸. Un approccio deliberativo non ha l'obiettivo di individuare le preferenze degli individui sui singoli beni, ma di chiarire, attraverso una discussione pubblica, informata dalla migliore conoscenza disponibile e basata solo su argomenti razionali, le preferenze sulle 'meta-scelte', ossia sulle architetture che i funzionari pubblici possono legittimamente predisporre. La decisione finale non assumerebbe alcuna premessa tacita sulle concezioni del benessere delle persone.

Non è nostra intenzione discutere qui, in generale, i meriti e i demeriti dell'approccio deliberativo. Se riuscisse realmente a raggiungere gli scopi che si prefigge, costituirebbe sicuramente un passo avanti rispetto alle generalizzazioni, concettuali o empiriche, del paternalismo libertario riguardo alle preferenze delle persone. La scelta delle spinte sarebbe, per lo meno in questo caso, autorizzata da un coinvolgimento attivo degli individui. La prospettiva deliberativa, tuttavia, non prevede la mobilitazione di qualsiasi cittadino, ma solo di gruppi selezionati per consentire una conduzione ottimale della discussione e ciò significa che la popolazione coinvolta nel processo deliberativo non coinciderà, numericamente, con quella destinataria delle spinte gentili. Sicuramente i due gruppi presenteranno zone di sovrapposizione più estese rispetto a quelle garantite da altre forme politiche, incluso il paternalismo libertario.

Questo aspetto sembra suggerire che, comunque sia, anche l'adozione della proposta deliberativa sul piano politico non può pre-

⁴⁸ G. Schiavone *et al.*, "Libertarian Paternalism and Health Care Policy: A Deliberative Proposal", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 17, 1, 2014, pp. 103-113.

scindere dall'accettazione, sul piano etico, di un principio esigente di trasparenza e pubblicità delle spinte gentili. Un percorso deliberativo può rendere più esplicite le meta-scelte in generale, ma nelle situazioni specifiche l'agente che si confronta con un'architettura che prevede una regola di default o una formulazione che aumenta la salienza di certe informazioni deve essere messo nelle condizioni di sapere quali sono i fattori, deliberatamente selezionati, che potrebbero influenzare la sua decisione. Anche quando le spinte fossero finalizzate a ottenere un allineamento tra scelte e preferenze, è opportuno che la persona sia consapevole del mezzo utilizzato per ottenere questo effetto, a prescindere dal fatto che la meta-decisione sia il frutto di un percorso deliberativo (a cui non si è partecipato) o di un consenso di esperti in economia comportamentale. L'approccio deliberativo può offrire una trasparenza dei tipi d'intervento, ma non una trasparenza delle loro occorrenze (cfr. il par. 6 del terzo capitolo per questa distinzione). Solo in questo modo si può ottenere un rispetto reale della condizione 'secondo il loro giudizio', perché il comportamento, di principio, sarà governato dagli interessi delle persone e perché, nell'eventualità, le persone potranno affidarsi all'architettura qualora giudichino che essa riesca meglio di loro a realizzare quegli obiettivi che si sono prefissi. Questo principio di "discrezionalità"⁴⁹, necessario per preservare la fiducia in alcune relazioni di affidamento come abbiamo già visto, è però applicabile solo se c'è una perfetta trasparenza tra chi fa le meta-scelte e chi ne è il destinatario.

7. Dignità

Vorremo chiudere questo capitolo con alcune considerazioni del modo in cui Sunstein affronta il problema della compatibilità tra l'uso delle spinte gentili e il rispetto della dignità umana. Spesso si ritiene che il rispetto della dignità degli individui costituisca il primo passo, se non quello principale, per realizzare il loro benessere. La dignità è spesso presentata da Sunstein in una sorta di endiadi

⁴⁹ Per considerazioni che vanno in questa direzione, cfr. Glod, "How Nudges Often Fail to Treat People According to Their Own Preferences", cit., pp. 605-608.

con il concetto di autonomia, quasi costituissero una coppia così intrecciata da essere difficilmente districabile. Ne discute in modo specifico e circostanziato rispondendo all'obiezione di Jeremy Waldron, secondo cui la manipolazione delle scelte influisce sul senso di sé come autori delle proprie decisioni e, quindi, contrasta con la dignità intesa come senso di rispetto di sé⁵⁰. Sunstein distingue tra una concezione soggettivistica della dignità, collegata al fatto che un trattamento che viola la dignità *personale* implica una perdita in termini di benessere, e una concezione oggettivistica, più in linea con la critica kantiana di Waldron, secondo cui alcune azioni costituiscono un insulto alla dignità *umana*, a prescindere dalla percezione soggettiva in termini di benessere. Nel primo senso la dignità è un bene che può essere bilanciato con altri beni, per cui una perdita di benessere causata da un affronto alla dignità può essere giustificata se serve a realizzare un altro bene per la persona. Nel secondo senso, la dignità è percepita come un bene la cui violazione non può essere giustificata da alcuna considerazione, perché la mancanza di rispetto non tollera alcuna compensazione. Un discorso complessivo sulla dignità richiederebbe una lunga digressione, sia perché è un concetto altamente frequentato nell'ambito della filosofia, sia perché è suscettibile di molteplici interpretazioni, che vanno dall'assegnazione di un ruolo centrale nell'etica, alla maniera kantiana, fino a decretarne l'assoluta inutilità nella soluzione di questioni pratiche.

Per queste difficoltà ci concentriamo soltanto su un peculiare effetto che Sunstein collega alla violazione della dignità. L'uso di spinge gentili, anche quelle meno manipolatorie come i promemoria, potrebbero essere percepiti dai cittadini come forme di "infantilizzazione":

Se il governo ricorda costantemente alle persone cose che già sanno, questa azione potrebbe essere considerata un insulto alla dignità, e una forma di infantilizzazione. Ogni bambino, e chiunque sia stato una volta un bambino, può ricordare questa forma di infantilizzazione e non sempre essa è assente nella vita adulta. Se le persone vengono informate della stessa cosa ogni ora o anche ogni giorno (per esempio,

⁵⁰ J. Waldron, "It's All for Your Own Good", *The New York Review of Books*, 9 ottobre 2014, <https://www.nybooks.com/articles/2014/10/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good>.

dal loro partner, dal loro medico o da qualche ufficiale pubblico), potrebbero legittimamente avvertire che la loro dignità non è rispettata⁵¹.

La ripetizione (di avvertimenti, di promemoria e di usi delle norme sociali) sfrutta l'euristica della disponibilità: la ripetizione rende certi più messaggi disponibili di altri. Ma anche le regole di default possono essere percepite come mezzi che ottengono gli stessi effetti. Qui Sunstein cita Mill, insistendo sul fatto che la conformità e il costume possono impedire agli esseri umani di sviluppare le loro qualità peculiari, perché solo l'esercizio ripetuto della libertà di scelta consente di far prosperare le loro facoltà. Mill tracciava un paragone istruttivo tra la natura umana, che come un albero è bisognoso di cura e attenzione ma anche di crescere e svilupparsi in ogni direzione, e la macchina, il cui agire è sospinto soltanto dalla programmazione che ha ricevuto. La natura umana non è una macchina e per questo la libertà è il carburante fondamentale per alimentare il benessere dell'individuo⁵². La citazione da Mill serve a Sunstein per concludere che si possono immaginare situazioni tanto estreme da rendere le regole di default un affronto alla dignità umana, perché prevengono il libero sviluppo individuale, ma, in generale, l'uso di queste e di altre spinte non ha effetti così devastanti sulla dignità e sull'auto-percezione degli individui. Inoltre, poiché le spinte gentili non pregiudicano la libertà di scelta per definizione, non rappresentano di per sé un pericolo sotto questo punto di vista. L'obiezione della dignità può funzionare molto bene in astratto, per stabilire eventualmente i limiti oltre i quali l'azione del governo non può legittimamente spingersi ma non costituisce un affidabile metro di valutazione per giudicare lo status morale delle spinte nelle situazioni concrete.

L'obiezione in astratto mantiene però la sua forza se diretta verso un programma politico che sistematicamente fa uso di spinte gentili e altri strumenti manipolatori per orientare le scelte dei cittadini. Ammesso che le singole spinte non siano lesive della dignità umana perché non pregiudicano l'agentività, un programma politico che incardini questi strumenti come mezzi da impiegare su vasta scala per ottenere certi scopi potrebbe essere, nel complesso, giudica-

⁵¹ Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., p. 70.

⁵² Ivi, pp. 71-72. Cfr. anche Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 76-78. Per il rimando a Mill, cfr. Mill, *La libertà*, cit., pp. 145-146.

to moralmente sospetto. Luc Bovens ha sottolineato questo aspetto paragonando il *nudging* al *nannying*, cioè l'atteggiamento da balia, da sorvegliante benevolo che alcuni governi hanno nei confronti dei loro cittadini (Sunstein si interroga se le decisioni del sindaco di New York Bloomberg di limitare la vendita di bibite gassate rispecchiassero un intento paternalistico di questo tipo). Scrive Bovens:

Un effetto collaterale che merita particolare attenzione è il problema dell'infantilizzazione e dell'ostacolo allo sviluppo morale. Sia il *nannying* sia il *nudging* potrebbero avere questo effetto. Sia la regolamentazione sia le spinte ambientali per scoraggiare o incoraggiare certi comportamenti potrebbero deprivere l'agente di forza morale per implementare il comportamento desiderato, una volta che la regolamentazione o le spinte ambientali non sono più presenti⁵³.

Sebbene nei singoli casi questo effetto potrebbe non realizzarsi, su un piano più generale e di lungo periodo il ricorso ripetuto all'architettura della scelta in aree sensibili della vita umana potrebbe avere l'effetto non desiderato di "indebolire" la capacità delle persone di sostenere nel lungo periodo e in assenza di spinte il comportamento verso cui l'intervento mite del paternalismo libertario le ha sospinte. Sarah Conly tenta di arginare questa critica sostenendo che il paternalismo (in qualunque forma) non mortifica le capacità agentive degli individui. È vero che il soggetto sottoposto a spinte potrebbe tendere a ripetere le azioni imposte o suggerite dalle leggi o dall'architettura della scelta ma nella misura in cui esse sono buone o benefiche non si snatura completamente l'agire umano. È l'aristotelismo d'altronde a insegnare che per prendere decisioni buone occorre sottoporsi a processi di abituazione e ripetizione, in modo da acquisire con la pratica, con l'insegnamento o con qualche altro aiuto esterno un orientamento al bene⁵⁴. Questo tentativo di respingere l'accusa

⁵³ L. Bovens, "Real Nudge", *European Journal of Risk Regulation*, 3, 1, 2012, pp. 43-46, p. 44.

⁵⁴ Cfr. S. Conly, *Against Autonomy*, cit., pp. 67-69. Kamtekar ha sottolineato che l'interpretazione delle risposte automatiche sostenuta dai fautori della teoria del *nudge* si distingue da quella aristotelica proprio per lo spazio concesso alla possibilità di "educare" consapevolmente le reazioni spontanee. Cfr. R. Kamtekar, "Becoming Good: Narrow Dispositions and the Stability of Virtue",

di infantilizzazione non è efficace. In primo luogo, un'abituazione inconsapevole, che non coinvolge in nessun modo l'attenzione del soggetto, può produrre tendenze comportamentali e istintive ma non perfeziona le capacità che Mill aveva in mente. Quello che Conly presenta è più un tipo di "addestramento" (in senso lato) che può funzionare per soggetti non ancora maturi, ma che non sembra compatibile con il senso di autonomia che contraddistingue le scelte di persone adulte. Inoltre, il processo di abituazione è finalizzato a formare un "carattere" ed è curioso che l'autrice sfrutti questa idea aristotelica nell'ambito di una proposta paternalistica che, come lei stessa sostiene, non ha mire perfezionistiche (come abbiamo detto a inizio capitolo).

In generale è però la stessa assunzione che anima l'approccio delle spinte a presupporre la natura dei soggetti destinatari in un certo modo. Nessun contrasto è più netto di quella che potremmo definire una 'differenza antropologica' tra il liberalismo classico e il paternalismo libertario. I paternalisti libertari accettano l'idea che gli agenti umani siano talmente limitati dal punto di vista cognitivo nella loro costituzione naturale da continuare a compiere scelte irrazionali anche in contesti per loro importanti; sono quindi bisognosi di una guida strutturata e proveniente dall'alto che li orienti costantemente e sopperisca a questa carenza naturale, consentendo loro di selezionare i mezzi più idonei per realizzare i propri fini. A rigore, l'accusa di infantilizzazione non riesce a catturare il vero limite del paternalismo libertario. Se gli individui fossero considerati in questo modo, essi ricadrebbero a buon diritto nella categoria dei bambini dipendenti e passivi a cui Kant assimila i cittadini di uno stato che paternalisticamente impone il giudizio di quale debba essere la loro felicità, perché essi *non* sono in grado di porsi fini e quindi di individuare quali obiettivi contribuiscono a realizzare il loro benessere. Per continuare a usare un linguaggio kantiano⁵⁵, i loro deficit

in J. Annas, D. Narvaez, N.E. Snow (eds.), *Developing the Virtues. Integrating Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 185-186. Cfr. anche quanto abbiamo detto sulle possibilità di "educare" il Sistema 1 nel par. 5 del secondo capitolo.

⁵⁵ Cfr. I. Kant, *Risposta alla domanda: Cos'è l'Illuminismo?*, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp.

cronici sotto l'aspetto della razionalità strumentale non consentono di annoverarli nemmeno nella categoria delle persone capaci, illuministicamente, di sottrarsi allo stato di minorità e di sbarazzarsi di tutori che decidano al loro posto o li orientino nella vita quotidiana. La creatura antropologica del paternalismo libertario è un essere "neotenico"⁵⁶, un ibrido che è abbastanza cresciuto da poter scegliere liberamente tra le opzioni che si presentano, ma costitutivamente incapace di esercitare questa libertà in modo consono. In questo modo si aprono diversi problemi. Alcuni di carattere meramente descrittivo, visti nel secondo capitolo, sulla presunta carenza di razionalità nelle strutture psicologiche che caratterizzano l'agente umano; altre perplessità riguardano invece il modo in cui è possibile definire 'il modo consono' in cui la libertà deve essere esercitata.

Il paternalismo libertario non è un progetto che ha come fine il tentativo di superare lo stadio di "dipendenza" degli agenti, non cerca di fornire i mezzi più idonei perché gli individui riescano, nei limiti del possibile e certamente con variazioni individuali forti, ad affrancarsi e migliorare, perché più consapevoli dei propri limiti e delle sfide che gli ambienti di scelta pongono. Quando il paternalismo libertario rinuncia a ricorrere alle spinte educative e prova a orientare il comportamento individuale verso certe mete sfruttando le debolezze e le distorsioni cognitive, manifesta la sua difficoltà nel trovare un equilibrio tra la componente paternalistica e la componente libertaria e, al tempo stesso, il bisogno di mantenere viva questa difficoltà. Dietro la facciata rappresentata da architetti della scelta che, seppure in assenza di intenzioni patentemente inaccettabili, si sforzano di garantire un'effettiva libertà di autodeterminazione alle persone si cela in realtà il tentativo di occultare con la maschera "libertaria" un volto dispotico che cerca di manipolare gli individui verso fini più razionali, ma probabilmente in alcuni casi eteronomi rispetto alla volontà degli individui. Se così fosse, la rappresentazione neotenica svolgerebbe la funzione di premessa

45-52; Id., *Sul detto comune: Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la prassi*, ivi, pp. 123-161.

⁵⁶ Riprendo il concetto da alcune conferenze di Marco Mazzeo, che ringrazio per avere attirato la mia attenzione su un impiego "politico" e critico del termine.

necessaria all'attuazione di un programma politico che, complessivamente, non può che produrre attrito con una certa declinazione della dignità.

SECONDA PARTE

POLITICA, DIRITTO E PATERNALISMO LIBERTARIO

CAPITOLO 5
TUTTA COLPA DEL PATERNALISMO

1. Paternalismo post-ideologico

Per Sunstein e Thaler il neopaternalismo del *nudge* è perfettamente conciliabile con la libertà e la democrazia. Il pensiero liberale classico (Locke, Kant, Constant e Mill, per esempio) può dirsi invece, con una certa approssimazione, antipaternalistico. L'antipaternalismo liberale e il paternalismo libertario hanno in comune il tendenziale disinteresse per il contenuto delle norme e la considerazione per i vincoli di autorizzazione e legittimazione dell'intervento pubblico; entrambe le posizioni concepiscono questo limite come garanzia contro forme di dispotismo autocratico e si giustificano in nome del "bene" dei cittadini¹.

Ciò che rende stupefacente il paternalismo libertario, una forma neopaternalistica *soft* di epoca tardo-liberale, è la sua capacità di affermarsi in un contesto giuridico e politico che continua a caratterizzarsi per l'unanime consenso attorno alle forme di governo democratico-liberali, e di assecondare, al tempo stesso, la tendenza a vedere il limite dell'intrusione autoritaria nelle scelte dei singoli sempre più indebolito da complessi calcoli di utilità sociale. Difendendo questa forma di neopaternalismo Sunstein e Thaler rivelano che la benevolenza verso i cittadini e la preoccupazione per il loro benessere sono argomenti di legittimazione del potere tutt'altro che superati dalla politica liberaldemocratica. Il *nudge* è, per così dire, il sintomo del diffondersi di un certo clima di distensione tra liberalismo e paternalismo, quello di cui parlava qualche anno fa Flavio Baroncelli: «dappertutto si fanno inni al libero mercato, e dappertutto gli stati intervengono sempre più invasivamente nella vita privata

¹ M. Cuono, R. Sau, "Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale", *Meridiana*, 79, 2014, pp. 29-46, in part. p. 29.

[...] il tutto grazie a dati inoppugnabili»²; quasi a sottolineare che la recente apertura nei confronti di forme aggiornate di paternalismo si spiega con la rivendicazione del carattere post-ideologico di dati empirici di per sé irrefutabili³. Gli appelli alla neutralità delle evidenze sperimentali e all'efficienza⁴, l'interesse per l'azione e l'azionabilità dei dispositivi regolativi, più che per i sofismi delle teorie e degli ideali, e la dichiarata supremazia dei mezzi sui fini paternalistici, rendono superfluo un paternalismo vecchio stile (e illiberale) e legittimano il paternalismo *soft* anticoercitivo. In questo clima post-ideologico non sorprende che si sia parlato del paternalismo come di una «malattia senile del liberalismo»⁵.

Sunstein e Thaler difendono una forma di paternalismo mite basata sul *nudging*⁶, e, soprattutto, sulla scienza. Indagare i limiti di questo esercizio neopaternalistico consentirà di dimostrare perché il *nudge* ha a che fare non solo e non tanto con le regole del diritto ma con una specifica *modalità* di regolazione, mostrando, al tempo stesso, che questa modalità è senza dubbio paternalistica, ma che l'obiettivo libertario è ancora da definire. Occorre inoltre capire il motivo per cui insistono a più riprese che promuovere le spinte gentili significa, da un lato, gettare le basi di una nuova filosofia delle politiche pubbliche – che è appunto il neopaternalismo del *nudge* –, e, dall'altro, indagare i mezzi (giuridici o non propriamente tali) di

² F. Baroncelli, “Lo stile parascientifico è la retorica più efficace”, in Id., *Mi manda Platone*, Il Melangolo, Genova, 2009, p. 130.

³ Per una rassegna bibliografica delle più recenti pubblicazioni sul neopaternalismo, si veda F. Zappino, “Il paternalismo tra ‘proibizione’ e ‘disciplinamento’”, cit.

⁴ Per una storia della modernità politica ed economica attraverso la nozione di efficienza, si veda J.K. Alexander, *The Mantra of Efficiency. From Waterwheel to Social Control*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2008.

⁵ J.-M. Donegani, “Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme?”, *Raisons Politiques*, 44, 2011, pp. 5-13.

⁶ A riprova, Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 47: «Il paternalismo debole, così concepito, include le spinte gentili o *nudge*, e [...] userò le due espressioni in maniera intercambiabile», essendo il paternalismo debole (*soft*) definibile come «libertario nella misura in cui non impone costi materiali sulle scelte degli individui» (ivi, pp. 48-47).

questa forma di regolazione, destinata, secondo Sunstein, a diventare il governo del futuro⁷.

Il nesso tra *nudge* e paternalismo, come abbiamo visto, è problematico ed è oggetto di molte critiche⁸; in questa sezione, però, lo si assumerà come un nesso valido (ma non certo a-problematico) assecondando la volontà dei fautori del *nudge* di concepirlo come *necessario*⁹. Un motivo per adottare questa prospettiva è la natura insoddisfacente della letteratura critica del paternalismo libertario incapace di spingersi oltre il seguente interrogativo: in che sen-

⁷ È quanto si evince dalla lettura di Sunstein, *Semplice*, cit., *passim*, dove a ogni piè sospinto si viene messi di fronte ai vantaggi sociali, economici, politici della semplificazione normativa attraverso il *nudging* e ai successi conseguiti dall'OIRA in questo campo. Cfr. A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring th Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016; P. John, *How Far to Nudge? Assessing Behavioural Public Policy*, Elgar, Cheltenham, 2018.

⁸ Cfr., ad esempio, R. Calo, "Code, Nudge, or Notice", *Iowa Law Review*, 99, 2, 2014, pp. 773-803; H. Farrell, C. Shalizi, "'Nudge' Policies Are Another Name for Coercion", *New Scientist*, 26 novembre 2011, http://www.slate.com/articles/health_and_science/new_scientist/2011; P. Lunn, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD Publishing, Paris, 2014; T. Ploug, S. Holm, J. Brodersen, "To Nudge or Not To Nudge: Cancer Screening Programmes and the Limits of Libertarian Paternalism", *Journal of Epidemiology and Community Health*, 66, 12, 2012, pp. 1193-1196; A. Randazzo, "The Case Against Libertarian Paternalism", *Reason*, 23 aprile 2013, <http://reason.com/archives/2013/04/23/the-case-against-libertarian-paternalism>; White, *The Manipulation of Choice*, cit.; M.D. White, "The Richness of Personal Interests: A Neglected Aspect of the Nudge Debate", LSE Blogs, 23 ottobre 2013, <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/the-richness-of-personal-interests-a-neglected-aspect-of-the-nudge-debate/>; P. Zoido-Oses, "The Problem with Nudge Policies Is That They Threaten Our Freedom to Choose to Act Well", 9 luglio 2014, LSE Blogs, <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/the-problem-with-nudge-policies-freedom-to-choose/>.

⁹ Certamente non ci sfugge la rilevanza di analisi come quella di P.G. Hansen, "The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?", cit., p. 156, che intende problematizzare il nesso tra *nudge* e paternalismo libertario a partire da posizioni (come quella dello stesso Sunstein) che vedono le due nozioni come interscambiabili o sinonimiche. Discuteremo tali questioni teoriche nel capitolo finale, finalizzandole alle necessità di quest'analisi; ma rimane il fatto che, dal punto di vista della portata politica e normativa del paternalismo libertario, è più importante capire *perché* questo nesso è assunto a cardine della teoria, molto meno *se* sia stato creato correttamente.

so questa filosofia è “paternalista”? C'è da chiedersi se questo sia il modo migliore per rappresentare le implicazioni normative del vasto e ambizioso programma di ricerca dell'economia comportamentale, o se invece non sia tale da esporre Sunstein e Thaler a critiche forse decisive. La domanda è d'obbligo, se non altro perché Sunstein ha ammesso di recente che concepire le politiche pubbliche in termini di *nudge* permette di spingere l'analisi classica dei fallimenti del mercato a un livello più elevato¹⁰. Ma se questo è il fine, perché attirare l'attenzione sulla dimensione paternalistica del loro approccio, prestando il fianco, oltre che alle critiche del liberalismo anti-paternalistico, a quelle di chi ritiene che il *nudge* non incarni un paternalismo autentico?

Insomma, dopo avere illustrato le obiezioni che entrambi i fronti rivolgono al neopaternalismo del *nudge*¹¹, sarà il caso di chiedersi, a un livello che riteniamo più profondo, perché si è scelto di concepire il *nudge* come paternalistico. Solo rispondendo a questa domanda è possibile formulare un ulteriore interrogativo, cui questa parte del libro punta a rispondere: *cos'è il nudge* impiegato nelle politiche pubbliche di uno stato liberale? Qual è il suo statuto normativo, e quali rapporti intrattiene con il diritto?

2. Paternalismo *soft* e autonomia

Nella letteratura più recente, soprattutto bioetica, quando si parla di paternalismo *soft* o “*autonomy-oriented*” ci si riferisce all'idea di un paternalismo che non entra in conflitto con la capacità di autode-

¹⁰ Come fa per esempio in *Why Nudge?*, cit. e in “Behavioral Economics and Paternalism”, cit.

¹¹ A titolo di esempio, e al di fuori della letteratura che verrà richiamata nel seguito, ci sono quelli che criticano il paternalismo, per quanto *soft*, del *nudge* perché a esso dovrebbe essere preferito il potenziamento della democrazia deliberativa: cfr. P. Anand, A. Grey, “Obesity as Market Failure”, *Kyklos*, 62, 2, 2009, pp. 182-190; quelli che considerano il paternalismo *soft* e il *nudge* come insufficienti e ne invocano uno più “dirigista”: cfr. A.R. Salazar, “Libertarian Paternalism and the Danger of Nudging Consumers”, cit.; e chi ha sostenuto che il paternalismo *soft* favorisce la continuità delle norme sociali e quindi la conservazione della struttura sociale: cfr. J. Schnellenbach, “Nudges and Norms. On the political Economy of Soft Paternalism”, *European Journal of Political Economy*, 28, 2, 2012, pp. 266-277.

terminazione. La teoria liberale vede il paternalismo mite come fondamentalmente legittimo, anche se non mancano le voci critiche, ad esempio quelle che sostengono che i problemi di legittimità sorgono nei contesti concreti in cui i confini tra *soft*, *hard*, e tra paternalismo morale e giuridico diventano incerti, e la determinazione del *range* di applicazione del paternalismo *soft* si rivela problematica¹². Quando nel capitolo introduttivo abbiamo parlato di una visione polarizzata, più che dicotomica, delle diverse nozioni di paternalismo alludevamo a qualcosa di simile. Nel momento in cui i dispositivi si traducono in interventi di *nudging*, dobbiamo aspettarci che il mantenimento del carattere non coercitivo di tali dispositivi possa essere minacciato, soprattutto perché il paternalismo *soft* richiede, per essere tale, il rispetto delle decisioni autonome di persone *competenti*, cioè di comprovata autonomia. Se il paternalismo del *nudge* si applica a soggetti di limitata razionalità è dubbio che basti il carattere non coercitivo del dispositivo a garantire la sua mitezza.

Il discorso si complica se pensiamo che nei diversi contesti applicativi il concetto di autonomia (morale o giuridica) acquista caratteri normativi contingenti. Non è impossibile immaginare che interventi dichiaratamente *soft* possano “travestire” interventi *hard*, o possano essere reinterpretati come *hard* dai destinatari, mostrandone il carattere coercitivo, per quanto non esplicito. Anche il concetto di ‘persona autonoma’, che conosce molti differenti usi, si presta a specificazioni problematiche: di solito designa un ideale che le persone reali possono solo attingere – l’autonomia, in questo senso, è qualcosa di graduale, una persona può essere più o meno autonoma; ma può essere intesa anche come la capacità di secondo livello che una persona usa per riflettere criticamente su preferenze e desideri propri, cioè come la capacità di confermare o cambiare preferenze e desideri alla luce di preferenze, desideri e valori di livello superiore. Una persona è autonoma quando è in grado di fornire ragioni per le sue scelte¹³; oppure è capace di interpretare autenticamente i pro-

¹² Cfr. B. Fateh-Moghadam, T. Gutmann, “Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of ‘Soft Paternalism’”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 17, 3, 2014, pp. 383-397.

¹³ B. Berofsky, *Liberation from Self. A Theory of Personal Autonomy*, Cambridge University Press, New York, 1995, pp. 182 ss., p. 199; J. Christman, *The*

pri obiettivi reali e valutarli rispetto ai propri conseguimenti e alla propria identità morale complessiva¹⁴; oppure di formarsi desideri di secondo livello (desiderare di desiderare X) o di identificarsi con i propri desideri¹⁵. Una “vita autonoma” è quella dotata di un alto grado di coerenza biografica e in grado di seguire un “rational life plan” scelto con razionalità pienamente deliberativa, cioè con piena consapevolezza dei fattori rilevanti e dopo attenta considerazione delle conseguenze¹⁶. ‘Autonomia’ può essere intesa come la libertà da poteri eteronomi¹⁷, o da poteri motivazionali esercitati da altri¹⁸; come capacità di formarsi desideri¹⁹, o come emancipazione dai limiti cognitivi²⁰.

Col significato di ‘autodeterminazione’ cioè un diritto morale o giuridico da esercitare nella sfera protetta della libertà individuale²¹,

Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 133 ss.

¹⁴ S.I. Benn, “Freedom, Autonomy and the Concept of a Person”, *Proceedings of the Aristotelian Society - New Series*, 76, 1975-1976, pp. 109-130, in part. pp. 125 ss.; S.I. Benn, *A Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 9, 178 ss.; C. Taylor, “Self-Interpreting Animals”, in Id., *Philosophical Papers. Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 45-76; Taylor, “What’s Wrong with Negative Liberty”, in Id., *Philosophical Papers. Vol. 2*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 211-229.

¹⁵ H.G. Frankfurt, *The Importance of What We Care about. Philosophical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., pp. 14-18.

¹⁶ Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., par. 63; si veda anche M. Bratman, “Planning Agency, Autonomous Agency”, in J. Taylor (ed.), *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 33-57.

¹⁷ Benn, *A Theory of Freedom*, cit., pp. 164 ss.

¹⁸ P. Baumann, “Handlung, Willensbildung und Macht”, *Conceptus*, 72, 1995, pp. 21-42.

¹⁹ J. Elster, *Uva acerba: versioni non ortodosse della razionalità*, Feltrinelli, Milano, 1989, pp. 109 ss.

²⁰ Berofsky, *Liberation from Self*, cit.

²¹ Poiché nel seguito non ci occuperemo di questo aspetto, segnaliamo la possibilità di approfondire il discorso del *nudge* rispetto al rapporto che esso intrattiene con la prospettiva dei diritti umani attraverso un articolo di Peter G. Kirchsclaeger: «dal punto di vista dei diritti umani, c’è la necessità di ri-

L'autonomia acquista il senso di un *concetto-soglia*²². Agli individui si attribuisce cioè una certa competenza normativa da esercitare nelle decisioni private, indipendentemente dalla effettiva capacità di tutelare i propri interessi in maniera ottimale, o di soddisfare requisiti minimi in fatto di razionalità, autoriflessione e autocontrollo. Per questa ragione, il primo compito di una teoria paternalistica *soft* è stabilire quando e in che misura la soglia deve essere innalzata, determinando così il confine tra intervento *hard* e *soft*. Se la soglia è mantenuta bassa, si garantisce un concetto di autonomia fondamentalmente egualitario e inclusivo. Ma, come scrive Joel Anderson, i vincoli dettati dalla soglia bassa non sono in grado di proteggere i soggetti meno dotati, dal momento che il nucleo del concetto di autonomia ruota attorno alla definizione dei limiti delle competenze della maggior parte delle persone in una società. I benefici derivanti da interventi paternalisti sono cioè determinati almeno in parte dalla *autonomy-competence* che i soggetti sviluppano “naturalmente”²³, ossia in maniera differenziale. Detto altrimenti, anche se la soglia è bassa, gli effetti delle azioni paternalistiche continueranno ad avvantaggiare coloro i quali quelle misure potrebbero persino ignorarle, e aggraveranno la posizione dei più vulnerabili. Innalzando la soglia, coloro che possono beneficiarne diminuiranno significativamente, e l'intervento paternalistico, per quanto mite, sarà maggiormente sospettabile di essere discriminatorio.

Se in questa sofisticata analisi della controversa nozione di paternalismo *soft* leggiamo la già nota critica all'antropologia differenziale del *nudge*, siamo sulla buona strada per comprendere come mai

spettare l'autonomia di un individuo per rimanere coerenti con il nucleo del concetto di “diritti umani”; in estrema sintesi, la questione è «in quale misura lo stato dovrebbe proteggere gli esseri umani da se stessi»: P.G. Kirchsclaeger, “To What Extent Should the State Protect Human Beings from Themselves? An Analysis from a Human Rights Perspective”, in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 59-67, in part. p. 59. Il tema verrà in parte ripreso nel cap. 7, par. 8, *infra*.

²² Feinberg, *Harm to Self*, cit., p. 29; Benn, *A Theory of Freedom*, cit., p. 10; Van De Veer, *Paternalistic Interventions*, cit., p. 351.

²³ J. Anderson, “Regimes of Autonomy”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 17, 3, 2014, pp. 355-368.

il paternalismo libertario in quanto *soft* non piace ai liberali perché intrusivo e non egualitario; non piace ai teorici del paternalismo *soft* perché vi vedono una pericolosa tendenza a nascondere un presupposto morale/antropologico tipico di un paternalismo vecchio stile, tutt'altro che *soft* e sostanzialmente incontrollabile; e perché anche i paternalisti *hard*, come vedremo tra poco, ritengono abbia più senso perseguire, senza troppi infingimenti, un paternalismo di stampo coercitivo. Il *nudge* "agita troppo le acque": deve prima convincerci di lasciarci liberi di scegliere, di esprimere l'*autonomy-competence* di cui siamo mediamente dotati, mettendo in campo molti sforzi per argomentare qualcosa che l'ideologia liberale rifiuta per partito preso; e poi finisce per non soddisfare le aspettative, cioè per non conseguire i risultati su cui è costretto a scommettere. L'economista E. Glaeser scrive, ad esempio, che il paternalismo *hard* comporta in genere l'impiego di strumenti misurabili, mentre un paternalismo *soft* efficace deve essere orientato verso un obiettivo specifico e mostrarsi piuttosto creativo nella concezione del suo messaggio. Ciò fa del paternalismo *soft* uno strumento intrinsecamente difficile da controllare e più esposto del paternalismo *hard* all'abuso²⁴.

L'idea di autonomia come concetto-soglia si trova riformulata in Sunstein. Egli scrive a più riprese che tale nozione va ridimensionata: 'autonomia' non coincide con una capacità di scelta esercitata sempre e comunque. Se le persone dovessero decidere cosa fare in ogni circostanza, in maniera perfettamente deliberata, l'autonomia sarebbe ridotta dagli sforzi stessi della decisione, che impedirebbero loro di concentrarsi su azioni e attività che sembrano (a loro) più degne di attenzione²⁵. Sembra che qui si ammetta l'esistenza di due differenti sfere etiche ed esistenziali, un'autonomia di primo livello e una di secondo livello. Il *nudger* si occupa del primo livello cercando di sollevare ciascuno dagli oneri derivanti da una impraticabile libertà di scelta senza vincoli. Il paternalismo è mite perché non interferisce con l'autonomia di secondo livello che guarda a fini più

²⁴ Glaeser, "Paternalism and Psychology", cit., p. 133.

²⁵ Sunstein, "Foreword. The Ethics of Nudging", cit., p. xi. Non è dato capire se egli metta in campo un'autonomia di primo livello, come capacità di scelta, e una di secondo livello, come dimensione morale e valore di questa stessa capacità.

alti, il che sembra implicare che essa sia appannaggio esclusivo di alcuni. Non si dice mai, però, *se e a quali* condizioni chi è sollevato dalle fatiche del primo livello possa conquistare autonomamente un dominio su quelle di secondo livello.

L'autonomia di primo livello va limitata perché gli studi empirici delle scienze comportamentali hanno mostrato che le persone non agiscono razionalmente nel senso teorizzato dalla teoria classica della scelta razionale²⁶. Questo produce la transizione tacita dal piano dell'autonomia a quello della razionalità come giustificazione del paternalismo *soft*. L'autonomia giuridica definisce un concetto soglia che assicura le condizioni minime sotto le quali gli individui hanno la libertà di compiere scelte irragionevoli, ma Sunstein e Thaler considerano inevitabile che il governo modifichi i *frameworks* esistenti, per esempio predisponendo *standard legal regulations* al fine di favorire determinate decisioni e promuovere la buona salute dei decisori²⁷. Secondo alcuni, ciò produce un inevitabile effetto manipolatorio attraverso un paternalismo che non è neutrale (almeno) rispetto alla libertà²⁸, e che, come si è visto, sfrutta sistematicamente i fattori non razionali che influenzano la decisione²⁹. Ma quello che, per i difensori dell'autonomia come autodeterminazione, costituisce un problema, per il neopaternalista *soft* è la base su cui costruire la propria strategia argomentativa. Essa consiste nel mettere in discussione il caposaldo della cultura politica liberale e democratica, ossia «il binomio libertà-ragione». Lo scopo è «affievolirne la portata in modo da depotenziarne la carica emancipatrice,

²⁶ Cioè, come sappiamo, secondo la «utility-maximizing orientation on clear, stable, and well-ordered preferences»: Kahnemann, Slovic, Tversky (eds.), *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit.; Kahnemann, Tversky (eds.), *Choices, Values and Frames*, cit.

²⁷ Sunstein, Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, cit., pp. 1164, 1171, 1182; Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., pp. 89 ss.; cfr. C.R. Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 180.

²⁸ J. Anderson, «Review: *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*», *Economics and Philosophy*, 26, 3, 2010, pp. 369-376, in part. pp. 370, 374.

²⁹ Cfr. Hausman, Welch, «To Nudge or Not To Nudge», cit., p. 136. Cfr. Anderson, «Review: *Nudge*», cit.

sottoponendo l'esercizio dell'autonomia individuale a tali vincoli e condizioni da giustificare l'interferenza "benevola" dello stato in moltissimi casi³⁰. L'ipotesi di partenza, cioè che le persone *di fatto* sbagliano, è un impoverimento strategico dell'assunto liberale che razionalità ed esercizio della libertà debbano essere tenute insieme. Ma per i neopaternalisti è una leva potentissima e permette di rafforzare la convinzione che se le persone non compiono le scelte migliori per se stesse minacciano il benessere della collettività. In questo modo, essi introducono un'importante correzione dell'*harm principle* mostrando che il danno che si infligge a se stessi è un male per l'intera società. Lo spazio sottratto all'autonomia individuale si amplia strategicamente, e qualunque intervento dello stato volto a evitare decisioni autolesionistiche è potenzialmente legittimato.

Il paternalismo *soft* è un problema enorme per il *nudge*, a meno che non si guardi il nesso tra *nudge* e paternalismo libertario sotto una luce diversa.

3. Paternalismo necessario

Mentre la letteratura critica si preoccupa di chiarire se il modo più corretto di qualificare il *nudge* sia il riferimento al paternalismo libertario, in *Why Nudge?* e nelle *Storrs Lectures* Sunstein sostiene, per contro, che l'unica giustificazione per il paternalismo è proprio il suo essere libertario, chiarendo definitivamente il nesso tra *nudge* e paternalismo *soft*³¹. In pratica, i bias cognitivi e comportamentali costituiscono una ragione per predisporre i *nudge*, ma in presenza dei primi i *nudge* devono essere necessariamente paternalistici³². A causa di questi difetti della razionalità le persone non riescono ad agire razionalmente, cioè coerentemente coi propri interessi – quali sarebbero identificabili da loro stessi se fossero nelle condizioni ottimali per farlo –; il *nudger* li identifica al posto loro e predispone un

³⁰ Cfr. Mura, "Paternalismo e democrazia liberale", cit., p. 55.

³¹ C.R. Sunstein, "The Ethics of Nudging", *Yale Journal on Regulation*, 32, 2015, pp. 413-450. Cfr. il draft di questo articolo dal titolo *Nudging and Choice Architecture: Ethical Considerations*, Discussion Paper No. 809 01/2015, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business.

³² Per riprendere un'espressione usata nel primo capitolo, il nesso tra *nudge* e paternalismo libertario non è concettuale ma "stipulativo".

intervento paternalistico nell'interesse del soggetto "a capacità limitata", sollecitandolo ad agire in un certo modo (o in base al giudizio del *nudger* o del *nudgee* stesso).

La posizione di Sunstein in *Why Nudge?* si può in effetti sintetizzare così. Ma se osserviamo l'uso che egli fa in questa stessa opera di una clausola già nota, cioè che «Fornire informazioni è certamente una spinta gentile, ma non sempre è qualificabile come paternalistico»³³, emerge con chiarezza che i *nudge* che cadono fuori dal perimetro del paternalismo libertario esistono. Il riferimento in senso tecnico è ai pungoli predisposti dal marketing, delle vere e proprie insidie del mercato usate per ingannare i consumatori. Tecnicamente, è possibile usare *nudge* "for profit", "for bad" e "for good", ma solo quest'ultimo è il pungolo paternalistico.

Sunstein ha quindi buon gioco, dopo alcuni anni dalla pubblicazione di *Nudge*, a rispondere all'accusa di manipolazione degli agenti della scelta³⁴. La replica consiste nell'affermare una sorta di truismo, cioè che ognuno di noi prende le proprie decisioni muovendosi in un contesto della scelta inevitabilmente già orientato, cioè già caratterizzato – che lo riconosciamo oppure no – da un'architettura che contempla default che non sono destinati a mantenersi "neutrali", come vorrebbe l'ideologia liberista del mercato, ma sono tali da spingerci verso decisioni talvolta positive ma più spesso nocive. Non esiste una ragione per mantenere l'opzione di default predisposta da agenti che non si comportano paternalisticamente, mentre ce ne sarebbero se il dato dell'inevitabile condizionamento delle scelte venisse utilizzato da politiche pubbliche benintenzionate e interessate al benessere degli individui. La "necessità" del paternalismo si motiva perciò con la difficoltà di ognuno di scegliere, tra le opzioni a disposizione, quella più "giusta", sia per ragioni *interne* inerenti al normale uso della razionalità, sia per ragioni *esterne* dovute al contesto in cui la scelta si compie. Il paternalismo è "inevitabile".

La giustificazione del nesso tra paternalismo e *nudge* si potrebbe forse motivare anche col carattere falsamente univoco della nozione di "paternalismo". Infatti, la risposta di Sunstein all'accusa di pro-

³³ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 55.

³⁴ Si veda Bovens, "The Ethics of Nudge", cit.; cfr. Hansen, Jespersen, "Nudge and the Manipulation of Choice", cit..

porre, in definitiva, un paternalismo autoritario è duplice: si tratta, da un lato, di ammettere la natura paternalista del *nudge*, dall'altro, di negare il carattere problematico della forma di paternalismo che difende, cioè quello libertario. Questa duplice strategia gli consente di sostenere una visione delle politiche pubbliche come sintesi, in una formula teoricamente inedita, di due correnti di pensiero contraddittorie a priori (la famosa «Terza Via»³⁵): il paternalismo, che presuppone un decisore politico che conosce meglio di ogni altro cosa sia bene per il destinatario delle politiche, e il libertarismo, inteso come dottrina del primato della libertà individuale e dell'ostilità verso l'intervento dell'autorità pubblica nella vita degli individui. Il paternalismo libertario sarebbe così assolto da ogni condanna preventiva per la possibilità che lascia all'agente di scegliere un'altra opzione rispetto a quella che i *nudger* lo invitano a prendere; e poiché il paternalista libertario promette il benessere conservando – nonostante questo – un sano scetticismo nei confronti dell'intervento pubblico, egli utilizzerà intelligentemente tutta la gamma degli strumenti che gli permettano di modificare i comportamenti individuali, una gamma che va dalla persuasione alla coercizione, lasciando fuori gli estremi (questo, almeno, sembra implicare la difesa del neopaternalismo del *nudge*)³⁶. Capita infatti di imbattersi in affermazioni apparentemente rassicuranti sul carattere non coercitivo del *nudge* e assolutorie del paternalismo libertario, come questa:

è importante riconoscere che l'economia comportamentale e i cosiddetti “pungoli” (*nudges*) sono cose distinte. La prima è una sotto-disciplina scientifica, i secondi un particolare modo di applicare le sue scoperte in ambito politico secondo il quale i *policymaker* dovrebbero evitare la regolazione che limita le scelte (divieti, sanzioni, ecc.) ma possono usare la scienza comportamentale per guidare le persone verso le scelte migliori.³⁷

³⁵ Cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 100 ss.; «La vera terza via» di cui Thaler e Sunstein parlano in *Nudge*, cit., pp. 246 ss.

³⁶ È più o meno quanto viene argomentato in Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit.

³⁷ P. Lunn, *Regulatory Policy and Behavioral Economics*, cit. Un'altra reazione positiva si trova in B. Schwartz, “Why not Nudge? A Review of Cass Sunstein's *Why Nudge?*”, *The Psych Report*, 17 aprile 2014, <http://thepsychreport.com/essays-discussion/nudge-review-cass-sunsteins-why-nudge/>.

Appoggiarsi agli esiti sperimentali delle scienze sociali sarebbe dunque la ragione per parlare del paternalismo del *nudge* come di un paternalismo neutrale rispetto ai fini e interessato solo all'efficacia dei mezzi. Tuttavia, questa tesi può implicare ben altre conseguenze. Infatti, in che senso la tendenza naturale a sbagliare quando si tratta di decidere su salute e benessere economico rende necessario il paternalismo? Di quale necessità si tratta? In attesa di una risposta, che non risulta sia mai pervenuta³⁸, e che evidentemente non scuote le coscienze dei fautori del neopaternalismo, conviene concentrarsi sul suo carattere non coercitivo.

La peculiarità del *nudge* non è comportare una legislazione intelligente o intelligibile che renda coercibili le azioni finalizzate al benessere, ma assomigliare a una foucaultiana "arte del governo" fondata sulla progressiva deregolamentazione, o semplificazione che, a detta di Sunstein, dovrebbe essere una funzione permanente di ogni governo³⁹. Nel seguito faremo emergere la rilevanza del connubio tra comportamentismo economico e paternalismo libertario, espressione, a sua volta, del collegamento tra *nudge* e *deregulation*. Su questa strada dovremmo arrivare a stabilire meglio i nessi tra *nudge* e neoliberalismo.

4. *Hard è meglio di soft?*

La critica di Sarah Conly⁴⁰, che giudica inefficace il paternalismo libertario, parte da qui, e assume un carattere per così dire paradigmatico. Secondo Conly, se gli argomenti a favore di un paternalismo *soft* sono validi, e se i bias cognitivi che inficiano i nostri giudizi sono onnipresenti e prevedibili, si dovrebbe difendere una qualche forma di paternalismo coercitivo, riconoscendone, senza ipocrisia ideologica, gli aspetti per così dire "umanitari", incentrati sul reciproco aiuto⁴¹. Lo sforzo di costruire architetture della scelta che mantengano la trasparenza sulle diverse opzioni e indirizzino i decisori verso

³⁸ Cfr. Kelly, "Libertarian Paternalism, Utilitarianism, and Justice", cit.

³⁹ Lo afferma Sunstein in particolare in *Semplice*, cit., p. 20 e *passim*.

⁴⁰ Conly, *Against Autonomy*, cit., in part. p. 29.

⁴¹ Ivi, p.194; Conly, "When Freedom of Choice Doesn't Matter", *The Toqueville Review*», 73, 1, 2016, pp. 58-59.

L'opzione di default, sul presupposto che la libertà di scelta trasformi un paternalismo "di stato" in uno libertario, è secondo Conly uno sforzo senza senso:

qualcuno preferisce il paternalismo libertario perché, mentre cambia l'architettura della scelta, non limita realmente le opzioni (di scelta) dell'individuo. Qui io sostengo, ciò nonostante, che la mera conservazione delle opzioni di per sé non è un bene significativo. Nei casi in cui misure meramente coercitive (che limitino le opzioni) fossero più efficaci per promuovere i nostri fini e, in particolare, ci lasciassero disponibili le opzioni alle quali teniamo veramente, quelle che sono davvero significative per noi, in questi casi queste misure sarebbero preferibili e non comporterebbero alcuna perdita per l'individuo. La coercizione ci priva della libertà, ma questo non è sempre sbagliato (*bad thing*).⁴²

Sunstein nega, all'opposto, la necessità di optare per un paternalismo coercitivo, preferendo la parte di chi cerca di neutralizzare paure e dubbi rispetto all'approccio paternalistico in quanto tale. Da *Why Nudge?* in poi, la sua strategia è dare rilievo allo studio comportamentistico dei *market failures*. Esso permette di identificare le condizioni nelle quali i mercati realizzerebbero una allocazione delle risorse ottimale, ovvero, nei termini del paternalismo libertario, una situazione in cui non si possa pensare di migliorare il benessere di qualcuno riducendo quello di un altro. Il mercato ideale e l'*homo oeconomicus* (Econe) che lo integra sono infatti condizioni ideali, per non dire idealizzate, che conseguono al soddisfacimento di alcuni criteri (irrealistici) come la concorrenza pura e perfetta, l'informazione completa sulle condizioni del gioco del mercato, un'efficace razionalità mezzo-fine, e così via. Lo studio classico dei *market failures*, quello che precede l'intervento salvifico dell'economia comportamentale, ci ha abituati a tipi di analisi che pretenderebbero di chiarire il modo in cui i mercati reali finiscono per soddisfare tali condizioni e produrre i risultati attesi, basandosi classicamente sullo studio delle esternalità negative⁴³, sulla sotto-produzione di beni

⁴² Conly, *Against Autonomy*, cit., p. 54.

⁴³ Cioè i costi imposti a una terza parte durante un'interazione, che però non sono mediati dal meccanismo dei prezzi. L'esempio classico è quello dell'inquinamento. Per una trattazione classica si veda ad es. A.A. Papandreou, *Externality and Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

pubblici⁴⁴, sulle tendenze monopolistiche, e sui difetti dell'informazione⁴⁵. Questo, però, è il passato da superare. La tesi di Sunstein è che una più efficace analisi dei bias cognitivi proveniente dall'economia comportamentale, cioè dei fallimenti comportamentali del mercato⁴⁶, renderebbe più raffinati e attendibili i rimedi a questi fallimenti, soprattutto perché tali rimedi si presentano nella veste di nuove politiche pubbliche⁴⁷.

Tuttavia, come vedremo nei prossimi capitoli, 'correggere i difetti' della razionalità umana non significa necessariamente migliorare quella stessa razionalità; potrebbe invece significare una cosa completamente diversa, cioè 'correggere le conseguenze di questi difetti'. Si pensi al fatto che, se è pur vero che il comportamentismo economico apre al paternalismo uno spazio di manovra significativo, questo avviene perché l'analisi dei *market failures* giustifica azioni di

⁴⁴ Vale a dire quelli caratterizzati in senso non competitivo (il consumo di un bene da parte di un individuo non impedisce il suo consumo da parte di un altro), né in senso esclusivo (nessun individuo può essere escluso dal consumo di quel bene). Essendo la produzione di questi beni pubblici particolarmente propizia a forme di parassitismo – in altri termini, poiché gli individui avranno la tendenza a godere dei benefici della produzione di questi beni senza assumerne i costi –, lo stato è generalmente in grado di garantirne una produzione più efficiente, in particolare attraverso la tassazione. Si veda J.E. Stiglitz, *The Economic Role of the State*, Blackwell, Oxford, 1989.

⁴⁵ Nel mercato "perfettamente ideale" l'insieme degli attori ha accesso a una informazione completa. Nel mercato reale, un numero incredibilmente elevato di transazioni è caratterizzato da incompletezza delle informazioni e asimmetria dell'informazione. Molto spesso, ci sono parti di un'interazione economica meglio informate della controparte (il futuro dipendente conosce del proprio talento più del futuro datore di lavoro; il cliente ignora la qualità reale dei prodotti o dei servizi del fornitore, e così via), il che conduce a fenomeni di "anti-selezione": Si veda J.E. Stiglitz, "Information and the Change in Paradigm in Economics", *The American Economic Review*, 92, 3, 2002, pp. 460-501.

⁴⁶ Sunstein li discute in maniera preminente in *Why Nudge?*, intendendoli come causati dalla propensione umana all'errore e così intesi dalla scienza economica che li studia: *Effetto nudge*, cit., pp. 28 ss.

⁴⁷ Una prospettiva economica nell'analisi sul *nudge* è per esempio quella di D.G. Goldstein *et al.*, "Nudge Your Customers towards Better Choices", *Harvard Business Review*, 86, 12, 2008, pp. 99-106; E.J. Johnson *et al.*, "Beyond Nudges: Tools of a Choice Architecture", *Marketing Letters*, 23, 2, 2012, pp. 487-504.

government anche in assenza di danni a terzi⁴⁸ – che non è di per sé una giustificazione del paternalismo, o della sua necessità. A partire dal fatto che le persone sono inevitabilmente coinvolte nelle architetture delle scelte, lo Stato può agire sulle architetture già esistenti modificandole o sostituendole in senso paternalistico, allo scopo di:

- a) influenzare gli esiti delle decisioni senza influenzare le azioni o le convinzioni delle persone: in questa categoria potrebbe ricadere, ad esempio, l'adesione automatica a un piano di risparmio che influenza un risultato ma non modifica le convinzioni delle persone;
- b) influenzare le azioni senza influenzare le convinzioni degli agenti decisori: una sanzione pecuniaria, ad esempio, influisce su ciò che gli individui fanno senza modificare ciò in cui credono;
- c) influenzare le convinzioni delle persone con il fine di influenzare le loro azioni: in questa categoria ricadono le campagne di sensibilizzazione e le azioni di *disclosure*;
- d) influenzare le preferenze delle persone con il fine di influenzare le loro azioni, indipendentemente dalle loro credenze: una campagna di informazione sul consumo di tabacco o sulla guida distratta nascono per influenzare le preferenze delle persone, senza necessariamente cambiare le loro convinzioni. In sostanza, non è affatto detto che il paternalismo sia una conseguenza necessaria degli esiti sperimentali del comportamentismo ed è lecito che al suo posto possa essere fatta valere un'iniziativa di tutt'altro segno.

Sunstein invece sintetizza le opportunità offerte dagli studi sui *behavioral market failures* nei termini di un quasi-teorema del paternalismo libertario: «Ricordiamo la prima legge della regolazione comportamentale informata, secondo la quale di fronte a un fallimento del mercato comportamentale le spinte gentili sono generalmente la risposta giusta (*best*)»⁴⁹, almeno quando non siamo in presenza di danno a terzi⁵⁰. Occorre perciò estendere la loro analisi,

⁴⁸ Cfr. J.D. Wright, D.H. Ginsburg, "Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty", *Northwestern University Law Review*, 106, 3, 2012, pp. 1033-1090

⁴⁹ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 57.

⁵⁰ Cfr. O. Bar-Gill, *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Per l'autore l'economia comportamentale permette una migliore comprensione del problema dei difetti dell'informazione, che sono molti di più di quelli che siamo disposti a

focalizzandosi su un uso consapevole delle conoscenze messe a punto dal comportamentismo economico.

Il paternalismo libertario diventa l'unico modo plausibile di concepire una regolazione del mercato, il che non stupisce visto il contesto ideologico-politico in cui si muovono i partigiani del *nudge*, cioè quello americano e solo in seguito quello europeo⁵¹, ed è caratterizzato da una certa ostilità verso l'intervento dei poteri pubblici nel mercato. Tali interferenze sono molto difficili da giustificare, il che significa che il default è l'intervento leggero. Questa mossa ha il potere di spostare l'onere della prova dell'utilità di un tale intervento su coloro che la negano. Il default, in altre parole, è il ricorso alle spinte gentili⁵².

La voce di Conly, tuttavia, riemerge dal silenzio cui sembrerebbe condannata con una replica tutto sommato banale ma non per questo inefficace: non è forse vero che, nonostante il richiamo alla mitezza di queste misure, esse implicano, in ogni caso, l'intervento dello Stato? Perché l'insistenza sull'analisi comportamentale e sull'esigenza di correggere certi fallimenti del mercato dovrebbe implicare (*by default*) il ricorso al *nudge*, e non qualche altro tipo di intervento del potere pubblico? Cosa spinge a concludere che l'unica interferenza dello stato nel mercato dovrebbe realizzarsi per mezzo del *nudge*, e non, invece, ricorrendo al paternalismo coercitivo? Senza contare che esiste addirittura una "terza via", che non scaturisce dalla contrapposizione tra paternalismo *soft* e *hard*, e non è nemmeno il paternalismo libertario, ma risiede tutt'al più in un vantaggio che il comportamentismo rivela, ma che sfugge sia a Sunstein sia a Conly.

Il vantaggio è riconosciuto da Pierre-Yves Néron e consiste in questo: l'analisi in termini di *market failures* offre giustificazioni decisamente non paternalistiche di intervento dei poteri pubblici nelle

riconoscere e confermano la necessità di un rinnovamento della regolazione delle attività economiche e dell'idea che abbiamo di esse.

⁵¹ Vedi cap. 7, *infra*.

⁵² Cfr. P.Y. Néron, "Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché", *The Toqueville Review*, 73, 1, 2016, p. 69.

attività economiche⁵³. In altre parole, il paternalismo sarebbe fuori discussione, e hanno torto a proporlo sia i paternalisti *soft* sia i paternalisti *hard*.

Per capire la portata di questo argomento occorre rifarsi all'anti-paternalismo e anti-perfezionismo tipicamente liberali, che da Rawls in poi si motivano col dovere della neutralità delle politiche pubbliche rispetto alle differenti concezioni della vita buona e con il principio dell'eguale trattamento, quindi col rifiuto di una qualunque gerarchizzazione delle forme del bene. Nessuna politica pubblica può porsi l'obiettivo di promuovere una particolare concezione del bene che rischierebbe di imporre vincoli agli individui sulle scelte etiche autonome⁵⁴. È vero, però, che ogni misura politica ha l'effetto di incoraggiare certi comportamenti e stili di vita scoraggiandone altri, e che i liberali non negano tale effetto pur continuando a difendere la norma della neutralità. Per forgiare questi argomenti i liberali si muovono generalmente sulla distinzione tra neutralità delle conseguenze, cioè la norma secondo cui le politiche devono evitare di promuovere un certo stile di vita attraverso gli effetti che producono; neutralità dei fini, che richiede che le politiche promuovano fini generali indipendenti da concezioni specifiche del bene; e neutralità della giustificazione, in base a cui le politiche devono fondarsi su giustificazioni neutrali rispetto alle concezioni del bene⁵⁵. La maggior parte dei liberali sottoscrivono la tesi della neutralità della giustificazione: se è vano sperare che lo sviluppo di politiche pubbliche (relative alla salute, ad esempio) non implichi di incoraggiare certi comportamenti disincentivandone altri, è in ogni caso legittimo esigere delle giustificazioni neutrali, o per lo meno non paternalistiche, di tali politiche, per esempio basate sulla giustizia sociale⁵⁶.

⁵³ *Ibidem*; cfr. J. Heath, *Morality, Competition and The Firm: A Market Failures Approach to Business Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁵⁴ Si veda R. Ogien, *L'État nous rend-t-il meilleur?*, Odile Jacob, Paris, 2013, per un'esposizione di questa tesi e un'analisi delle relazioni tra liberalismo e neutralità.

⁵⁵ Cfr. Néron, "Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché", cit., pp. 69-70.

⁵⁶ Per un'analisi delle diverse forme di perfezionismo, paternalismo e "neutralismo" si veda R. Merrill, "Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste?", *Raisons Politiques*, 44, 2011, pp. 15-40.

Ora, è possibile sostenere che la capacità di soddisfare in qualche misura il principio della neutralità della giustificazione spiega, almeno in parte, l'attrazione per l'analisi dei fallimenti del mercato come base per la giustificazione di un intervento pubblico⁵⁷; che questo debba essere paternalistico è invece una conseguenza non necessaria⁵⁸.

L'esempio delle esternalità negative è paradigmatico: le interazioni economiche impongono dei costi, e i meccanismi del prezzo finiscono per riflettere questi costi (ad esempio, quelli che derivano dal fatto che produttori e consumatori non pagano i costi dell'inquinamento prodotto con le loro attività). Gli iniziatori di questo tipo di analisi, cioè Alfred Marshall e Arthur C. Pigou, lo hanno mostrato efficacemente: ci sono esternalità negative tutte le volte che i costi sociali superano i costi privati dell'interazione economica⁵⁹. La soluzione classica consiste nell'"internalizzare", per così dire, le esternalità, ad esempio attraverso l'imposizione di una tassa che corregge la disfunzione prodotta dal mercato⁶⁰. La logica normativa soggiacente è che l'attività economica di certi soggetti, avendo come effetto la diminuzione del benessere di terzi non coinvolti in quelle attività, dà legittimamente impulso a un intervento (pubblico) che regola quelle attività. Poiché le esternalità negative causano un pregiudizio a certi soggetti nei termini della diminuzione del loro benessere in conseguenza dall'esercizio

⁵⁷ Si veda J. Heath, "Three Models of the Welfare State", *Public Reason*, 3, 2, 2011, pp. 13-43.

⁵⁸ Cfr. anche G. Helleringer, "Designing Disclosures. Testing the Efficacy of Disclosure in Retail Investment Advice", in Mathis, Tor (eds.), *Nudging*, cit., pp. 153-167, dove l'autrice esplora «la psicologia della *disclosure*, come strumento di *nudging*, nel contesto della consulenza in materia di investimento», argomentando il *non-sequitur* del nesso tra informazione difettosa e paternalismo. Si veda anche P. Tereszkiewicz, "Neutral Third-Party Counselling as Nudge Toward Safer Financial Products? The Case of Risky Mortgage Loan Contracts", *ivi*, pp. 169-196; R. Baisch, "Nudging: Information, Choice Architecture and Beyond", *ivi*, pp. 217-246.

⁵⁹ A. Marshall, *Principles of Economics*, Macmillan & Co., London, 1920; A.C. Pigou, C. Arthur, *The Economics of Welfare*, Macmillan & Co., London, 1932.

⁶⁰ Ci sarebbe in realtà anche l'opzione della rinegoziazione tra agente che inquina e le terze parti, come suggerito da Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1-44.

dell'attività di altri, l'intervento pubblico si giustifica col richiamo ad argomenti di giustizia (improntati al giusto), non certo ad argomenti paternalistici (improntati al bene). Ma c'è di più: la presenza costante e sistematica di esternalità negative indica disfunzioni maggiori in certi tipi di mercato rispetto ad altri; ma fintanto che queste esternalità si mantengono costanti e prevedibili e conducono a disfunzioni istituzionali importanti – in altri termini, finché le nostre istituzioni economiche non arrivano a produrre quei benefici che si suppone debbano conseguire – si può giustificare un intervento dei poteri pubblici volto a correggere la situazione. Esso, occorre ribadirlo, non punta a indicare agli individui la via verso il bene, bensì a prevenire danni e torti sistematici e disfunzioni istituzionali importanti.

In questo modo Néron giustifica «*arguments systémiques d'intervention*»⁶¹. Essi hanno ben poco a che fare col paternalismo *soft* del *nudge* e molto a che vedere con interventi sistemici motivati in base a giustizia che il liberalismo ha già teorizzato. Secondo Néron, prestare un'adeguata attenzione alle esternalità negative dimostra che non abbiamo bisogno di una “terza via paternalistica”, bensì di più rassicuranti politiche pubbliche che reagiscono a una sorta di versione economica dell'*harm principle* milliano, una specie di “rasoio di Ockham” della moralità economica, che permette di identificare con relativa precisione le situazioni che richiedono l'intervento dei poteri pubblici, e, soprattutto, spinge nella direzione di interventi sistemici di regolazione del mercato, facendo piazza pulita di imbarazzanti giustificazioni paternalistiche, *soft* o *hard* che siano. Messi di fronte a questo esito, conviene forse trovare una strategia argomentativa che non si concentri sulla stranezza, o l'incoerenza, intrinseca al paternalismo libertario, ma spieghi il significato profondo del nesso *nudge*/paternalismo.

Alla giustificazione di questo nesso punterà la nostra argomentazione da qui in avanti sulla base di un duplice presupposto: nelle

⁶¹ Néron, “Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché”, cit., p. 71. Si può capire come il desiderio di correggere le esternalità negative abbia giocato un ruolo significativo nella giustificazione di interventi statali (forse con un eccesso di entusiasmo); per W.J. Baumol, per esempio, si sarebbe (presto!) dovuti arrivare a fondare una teoria intera dello stato sul solo concetto di esternalità: cfr. W.J. Baumol, *Welfare Economics and the Theory of the State*, Longmans, Green & Co., London, 1952.

teorie del *nudge* e del paternalismo *soft*, (1) non si parla di giustizia perché l'onere di rimediare ai danni causati dai *market failures* è demandato alle condotte dei singoli, anche se è concepito attraverso le politiche pubbliche del *nudge*; quindi, (2) si tratta di pre-dirigerle, condizionarle anticipatamente, cioè di condizionare (o *manipolare*), invece di sanzionare *ex post*, le scelte individuali. Questo rende più economico reagire ai, e soprattutto rende più prevedibili i, comportamenti collettivi. Non sorprende, o almeno non sorprende noi, che Sunstein e i partigiani del *nudge* non si appellino mai nei loro argomenti a una qualche teoria della giustizia – quasi adottassero un atteggiamento di neutralità addirittura di secondo livello, cioè sia rispetto al bene, com'è la giustizia liberale, sia rispetto al giusto liberale. La giustizia, “rawlsianamente parlando”, è un compito delle istituzioni, mentre le spinte gentili si applicano ai comportamenti privati. Se questo è il presupposto del paternalismo libertario – che ci tocca ammettere fino a prova contraria –, esso può puntare unicamente sull'*efficacia* delle politiche costruite sul *nudge*.

Si ricorderà, tuttavia, che Sunstein aspira soprattutto a mostrare l'importanza dei meccanismi paternalistici *soft* legati all'uso dell'informazione, il che insinua il sospetto che l'attacco sferrato contro il paternalismo in base ad argomenti improntati a giustizia, cioè basati sulla doverosità di interventi strutturali di regolazione del mercato, abbia colto nel segno, e renda questi argomenti soverchianti rispetto a quelli del paternalismo mite.

5. Paternalismo non necessario

Anzitutto, occorre sottolineare che c'è una differenza significativa, soprattutto a livello normativo, tra i problemi legati all'asimmetria dell'informazione e quelli legati alla fruizione delle informazioni evidenziati dall'analisi dei bias cognitivi e delle euristiche del giudizio. Se si interviene per ridurre le asimmetrie dell'informazione, o per ridurre la possibilità che qualcuno le sfrutti, le giustificazioni per farlo possono essere pacificamente non paternalistiche, in primo luogo perché un sistema economico caratterizzato da consistenti asimmetrie e dalla possibilità di sfruttarle testimonia ancora una volta la sua incapacità di produrre i benefici collettivi attesi; in secondo luogo, e soprattutto, perché ci sono ragioni di giustizia per voler

proteggere gli individui epistemicamente vulnerabili, cioè i soggetti che non hanno accesso a certe informazioni entro certi scambi commerciali, per motivi come l'incompetenza, la mancanza di tempo, i costi associati alla ricerca di informazioni, e così via. Le leggi sulla pubblicità ingannevole o sulla divulgazione obbligatoria dell'informazione danno senso a un buon numero di politiche pubbliche tese a prevenire l'asimmetria dell'informazione nel mercato, e non si può dire che ricorrano ad argomenti prettamente paternalistici; per di più sono in grado di superare il test della neutralità.

Se argomenti non paternalistici sono già a disposizione delle politiche pubbliche, perché concentrare l'attenzione sui bias cognitivi e sui loro effetti, mettendo il paternalismo *soft* in una posizione così scomoda? Si pensi, ad esempio, al fatto che l'enfasi sui bias dell'agente economico individua una tendenza a sbagliare in ogni attore della scelta, con la conseguenza che la "natura" del soggetto economico nasce già umiliata da queste analisi. Per riprendere un'osservazione fatta da Jonathan Quong, si corre il rischio di difendere una forma di paternalismo non come miglioramento dei processi decisionali, ma come giudizio negativo sui soggetti della scelta⁶².

Inoltre, al paternalismo libertario è possibile opporre l'argomento secondo cui distinguere nettamente tra i problemi legati alle asimmetrie dell'informazione e quelli legati ai bias cognitivi è molto difficile perché essi nascono spesso intrecciati. Al cuore della crisi finanziaria scoppiata nel 2007-2008, ad esempio, ci sono sia gravi deficit di informazione, sia problemi di asimmetria, e più specificamente di anti-selezione, dell'informazione, quelli da cui una parte ha tratto vantaggio per il suo accesso privilegiato a certe informazioni non possedute da altri. È quindi possibile affermare che i bias cognitivi affliggono, e hanno afflitto, prima della crisi, le decisioni di milioni di attori che hanno sopravvalutato i vantaggi economici di certi prodotti bancari, e che una diagnosi accurata dei problemi legati alla asimmetrie dall'informazione non mobilita necessariamente una reazione paternalistica delle politiche pubbliche. Tutt'al più sembra invocare una regolamentazione più severa di certi tipi di transazione. In altri termini, è possibile giustificare un intervento

⁶² J. Quong, *Liberalism. Without Perfection*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

regolatore pubblico senza cadere nel “paternalismo come giudizio negativo sui soggetti” di cui parla Quong. Affermare il contrario significa giocare il gioco degli ideologi che, dall’inizio della crisi fino a quando i primi effetti devastanti cominciarono a mostrarsi, minacciarono con orrore lo spettro di un presunto “grande fratello” odioso e infantilizzante.

Non sorprende quindi che Néron neghi che esista una qualsivoglia necessità di regolare il mercato e il suo funzionamento sistemico attraverso istanze paternalistiche *hard* o *soft*⁶³. Ma per quanto una tale confutazione della necessità del paternalismo appaia interessante, essa è priva di carattere conclusivo, non esaurisce cioè il suo compito. Mostrare l’inefficacia, o la non necessità, del paternalismo nel correggere i fallimenti comportamentali del mercato e i loro effetti, invocando argomenti di giustizia, rivela che dirigere le scelte individuali e collettive verso il benessere non basta a risolvere i problemi sistemici, né è da essi implicato, ma non produce l’ovvia e conseguente domanda: perché viene difeso un *nudge* paternalistico?

Il fatto che Sunstein giustifichi il *nudge* come inevitabilmente paternalistico, accollandosi l’onere di forgiarlo come libertario e di affrontare gli strali dei liberali e liberisti, o dei paternalisti *tout court*, continua ad apparire incomprensibile se si continua a concentrare la critica sulla competizione tra paternalismo *soft* e *hard*, e sulla competizione tra paternalismo e interventi pubblici fondati sul principio del danno.

Eppure Néron cerca di suffragare la sua posizione facendo l’esempio dell’assicurazione pubblica, una potente risorsa di correzione delle sperequazioni sociali e di incremento della cooperazione sociale, e un incentivo alla logiche redistributive. Laddove molti esempi di *nudge* – i più famosi fatti da Thaler e Sunstein – riguardano iniziative previdenziali, assicurative, e così via, di natura privata, Néron produce la sua confutazione del paternalismo mettendosi sul piano di iniziative pubbliche intese come azioni di giustizia istituzionale. La simpatia per uno stato liberale che si prende cura delle condizioni socio-economiche egualitarie dei suoi cittadini è anche

⁶³ Néron, “Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché”, cit., p. 73.

la nostra. Ma insistere su questa dimensione politica del liberalismo appare sempre di più una strategia argomentativa velleitaria.

Come scrive Elizabeth Anderson, l'istituzione dell'assicurazione pubblica gioca un ruolo chiave nella creazione di forme di solidarietà istituzionale di cui un'autentica "democrazia di eguali" ha bisogno⁶⁴. Per i più sofisticati partigiani dell'*Etat-providence*, l'assicurazione pubblica presenta inoltre numerosi vantaggi anche dal punto di vista dell'efficienza⁶⁵. In materia di assicurazione sanitaria, ad esempio, gli individui lasciati al gioco del mercato non si tutelano mai fino in fondo dai rischi che corrono (per esempio dagli incidenti della circolazione) o fanno correre agli altri (per esempio con la trasmissione del virus influenzale)⁶⁶, il che apre la porta a fenomeni di anti-selezione ma anche di sotto-produzione di determinati benefici collettivi⁶⁷. Sottratto al gioco del mercato, lo Stato è un assicuratore senza rivali⁶⁸, più efficiente di qualsiasi attore privato nel fornire coperture assicurative perché è in grado di gestire i problemi di informazione appena evocati meglio di qualunque altra istituzione. Lo Stato deve questo vantaggio comparativo al possesso di risorse materiali superiori e di un potere coercitivo che gli permette di coinvolgere più facilmente le generazioni future nel sistema pensionistico pubblico. Potendo contare su una somma di assicurati più o meno coestensiva con la popolazione di un paese, esso gode di un sistema di pensionamento stabile che garantisce, in virtù della legge dei grandi numeri, un calcolo dei rischi più preciso e meno soggetto a incertezze⁶⁹. In sostanza, l'introduzione di un sistema pubblico di assicurazione rappresenta meno un gesto paternalista da parte di

⁶⁴ E. Anderson, "What Is the Point of Equality?", *Ethics*, 109, 2, 1999, pp. 287-337.

⁶⁵ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton, 1999; Heath, *Three Models of the Welfare State*, cit.; N. Barr, *Economics of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 2012, in part. Part 2.

⁶⁶ É. Laurent, *Le bel avenir de l'État-providence*, Ed. Les Liens qui Libèrent, Paris, 2014, p. 30.

⁶⁷ D.A. Moss, *When All Else Fail: Government as the Ultimate Risk Manager*, Harvard University Press, Harvard, 2004.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Conly, *Against Autonomy*, cit., p. 173.

uno stato benevolente, e assomiglia di più a un modo di assicurare i benefici della cooperazione umana.

Conly è certamente disposta a riconoscerlo, soprattutto quando parla del caso americano noto come *Obama Care*, una riforma limitata ma certamente ambiziosa del sistema sanitario americano finalizzata a obbligare molti milioni di cittadini americani a contrarre un'assicurazione sanitaria⁷⁰. La riforma è stata criticata dai giuristi americani per il suo carattere intrusivo e paternalista, ma è stata anche difesa dalla sinistra per ragioni di giustizia sociale e per i suoi potenziali effetti di riduzione delle diseguaglianze nell'accesso alle cure. Conly, in verità, dichiara di preferire le giustificazioni paternalistiche di una tale misura rispetto a quelle egualitariste di Anderson⁷¹; così facendo, però – descrivendo queste misure come esplicitamente paternalistiche –, forse concede troppo ai loro oppositori. In fin dei conti, la sua reazione mostra che i partigiani di un approccio *à la* Sunstein si trovano in una posizione strana e scomoda: da un lato, l'analisi dei *market failures* permette di dare un senso autonomo a, e giustificare un insieme assai vasto di, interventi dei poteri pubblici nelle attività del mercato; dall'altro, un tale approccio dà l'impressione che l'intervento dei poteri pubblici sia qualcosa di eccezionale, sempre bisognoso di nuove e più ingenti giustificazioni, una specie di *puzzle* filosofico-politico permanente e quasi inaffrontabile.

Insomma, per dirla con Néron, è come se i paternalisti riconoscessero la fecondità dell'analisi dei fallimenti comportamentali del mercato senza trarne la giusta lezione dal punto di vista delle politiche pubbliche⁷². È possibile avanzare giustificazioni (non paternalistiche) per interventi di regolazione del mercato col fine di correggere alcuni suoi meccanismi sistemici, che non si limitino cioè a forzare, o invitare suadentemente, gli individui a prendere le

⁷⁰ Tecnicamente si tratta del *Patient Protection and Affordable Care Act*.

⁷¹ Si veda Heath, *Three Models of the Welfare State*, cit. Cfr. X. Landes, P.Y. Néron, "Public Insurance and Equality: From Redistribution to Relation", *Res Publica*, 21, 2, 2015, pp. 137-154.

⁷² Néron, "Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché", cit., p. 75.

migliori decisioni per loro stessi⁷³. Eppure, stranamente, le analisi dell'economia comportamentale inducono altre reazioni.

6. Colpa del paternalismo

In questo modo si lambisce una difficoltà forse superiore a quella sollevata dalle concezioni paternalistiche del ruolo economico dello stato, siano esse *soft* o *hard* (Sunstein o Conly): quali esigenze deve soddisfare una filosofia politica coerente che voglia giustificare l'adozione di politiche pubbliche?

Seguendo Heath, le esigenze sono due: normativa ed esplicativa⁷⁴. Una filosofia politica giustificativa deve fornire strumenti critici di valutazione di certe pratiche e/o politiche e dei loro effetti (di quelli constatati e di quelli attesi); e deve spiegare l'emergere, lo sviluppo e la trasformazione delle pratiche adottate⁷⁵. Una concezione paternalista delle politiche pubbliche è in grado di farlo? La risposta di Néron è senza riserve negativa per due ragioni fondamentali⁷⁶: perché è possibile giustificare interventi dello Stato come correttivi dei fallimenti del mercato con argomenti non paternalistici; ma anche perché, seguendo la via di Sunstein e Conly, l'effetto che si può ottenere è l'immagine di un *Etat-providence* come mostro paternalista, un'immagine al tempo stesso empiricamente inesatta e normativamente inadeguata.

La teoria del *nudge* come paternalismo libertario presenta pertanto quattro aspetti critici: (1) ci sono buone ragioni per pensare che Sunstein e Thaler si siano avvalsi, a proprio detrimento, di una concezione troppo inclusiva di paternalismo; (2) questo comporta l'oscuramento di un'opzione più coerente all'analisi dei *market failures*, quella secondo cui tale analisi rischia di portarci non al *nudge*, ma a misure di tipo coercitivo (assume così rilievo una visione dell'*Etat-providence* "aggiornata", con la doppia finalità di correggere le ingiustizie e gli effetti dei *market failures*); questo significa

⁷³ Ivi, p. 73.

⁷⁴ Landes, Néron, "Public Insurance and Equality", cit.

⁷⁵ Si veda Heath, *Three Models of the Welfare State*, cit.

⁷⁶ Néron, "Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché", cit., p. 75.

che (3) Sunstein manca di riconoscere uno dei vantaggi principali dell'analisi dei *market failures*, cioè fornire giustificazioni non paternalistiche di alcune politiche pubbliche; e che (4) sia il paternalismo libertario sia quello coercitivo non riescono a presentare una visione coerente e feconda degli sviluppi dello stato e delle politiche liberali nell'epoca attuale.

Riteniamo che questo non rappresenti affatto un "errore" teorico degli inventori del *nudge* ma sia proprio il significato più autentico della teoria neopaternalistica. Il paternalismo mite nella prospettiva di Sunstein e Thaler si giustifica benissimo, e la sua giustificazione è libertaria nel senso che non è liberale ma *neoliberale*, e non va ostinatamente ricercata nelle letture liberali delle politiche pubbliche. A partire dal prossimo capitolo proveremo a proporre una lettura utilitaristica e benthamiana del *nudge*, che, oltre a svilupparsi in una riflessione di stampo teorico-giuridico, porterà a riflettere sull'impianto neoliberale del neopaternalismo libertario. Correggendo la prospettiva, è possibile rappresentare in maniera più coerente, anche se decisamente non liberale, il paternalismo del *nudge*, senza che sia necessario sostenere, com'è indotta a fare Conly con una franchezza a dir poco disarmante, che «abbiamo bisogno di meno libertà e di più manipolazione, e [che] questa perdita di libertà non è una perdita così rilevante (*valuable*)»⁷⁷.

Ancora una volta, a corroborare l'ipotesi che il *nudge* sia problematico per il fatto di presentarsi come sintesi di istanze che è difficile pensare come compatibili (anche se i nostri autori ne sono convinti), è il suo richiamo esplicito all'oggettività della scienze comportamentali. Se queste sono un problema quando si deve trattare il tema del paternalismo non coercitivo del *nudge*, cessano di esserlo se si considera che il richiamo all'empirico, all'efficacia, alla scienza possano essere il sintomo di un cambiamento di paradigma teso a escludere la dimensione ideologica di ogni tipo di intervento autoritario (sia esso liberale, paternalistico, perfezionistico o altro ancora). Il paradigma cambia per effetto di un'intenzione dichiarata dai creatori del *nudge* e già menzionata nel capitolo introduttivo: quella di isolare la necessità del paternalismo comportamentale dalla valutazione politica e socio-economica delle condizioni in cui i *nudgee* vivono nelle nostre società

⁷⁷ Conly, "When Freedom of Choice Doesn't Matter", cit., p. 39.

tardo-liberali. La necessità è unicamente quella definita dalle scienze sociali, non da considerazioni di sistema alle quali si appellano, ad esempio, Néron e Conly.

In estrema sintesi, l'argomento psicologico e comportamentale su cui si fonda il paternalismo *soft* tende a spoliticizzare le dinamiche decisionali, spoliticizzando anche il destinatario delle politiche paternalistiche⁷⁸. In tal modo autorizza i neopaternalisti a eludere le ragioni per cui, benché in presenza di difetti cognitivi importanti e di conseguenze sistemiche che finiscono per trascenderli, i poteri dello stato decidono di non farsene carico, preferendo spingere dolcemente gli individui verso comportamenti virtuosi ma – va detto – non emancipativi.

Se l'autonomia di secondo livello, quella dell'Econe che non necessita di essere guidato, non viene attinta dal paternalismo del *nudge*, poiché solo quella di primo livello, cioè dell'Umano, è coinvolta nelle azioni del *nudger*, c'è da chiedersi come è possibile pensare che il *nudge* migliori la società migliorando gli individui che vi sono sottoposti. Com'è possibile sostenere che cambiando le decisioni *hic et nunc* degli individui (autonomia di primo livello) questi staranno meglio e usciranno dalla loro "stato di minorità"? Le circostanze per cui non sono capaci di un'autonomia superiore rimangono immutate, e, di conseguenza, mantengono i soggetti in posizioni di vulnerabilità permanente, producendo l'immagine di un paternalismo talmente *soft* da non condurre ad alcuna forma di benessere che faccia uscire gli umani dai loro condizionamenti limitanti. Semmai, l'utilità attesa è quella collettiva e quantificabile attraverso l'analisi costi-benefici. Che questa utilità si distribuisca in maniera equa tra i *nudgee* non sembra essere un problema per i *nudger*.

Al tempo stesso, l'idea di un paternalismo *hic et nunc*, o dei mezzi, che non produce miglioramenti stabili finisce per rendere necessari, almeno in prospettiva, interventi sempre più invasivi e sempre meno mite. L'impressione è che l'infantilizzazione degli umani che si riproduce senza fine sia tale da rendere inutile l'intervento paternalistico *soft*, a meno di non renderlo sempre più massivo e pervasi-

⁷⁸ Cfr. M.R. Jackman, *The Velvet Glove. Paternalism and Conflict in Gender, Class and Race Relations*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1994.

vo. Un paternalismo forte che però vorrebbe fare a meno del diritto come lo conosciamo – la *deregulation*, il carattere non coercitivo del *nudge*, cosa sarebbero, se non questo progetto? – e che forse dovremmo abituarci a pensare come esercizio di addestramento *morale*.

La tendenza alla spoliticizzazione si riscontra nelle parole di Thaler, che in una intervista recente ha dichiarato quanto segue:

una chiave per comprendere la nostra filosofia è che non ha nulla a che fare con destra e sinistra o con la distinzione tra stato minimo [o altro]. Sunstein lavora per l'amministrazione Obama, io sono consulente della coalizione guidata da Cameron. Il nostro approccio riguarda il modo di migliore di usare la scienza, non l'ideologia.⁷⁹

Qui la scienza è usata come *disclaimer*, come schermo per non essere accusati di produrre un paternalismo ideologico e perfezionista. Ma è difficile dimenticare che anche l'uso della scienza può assolvere a finalità ideologiche – Foucault, tra gli altri, insegna⁸⁰. Se a queste parole accostiamo l'affermazione di Sunstein secondo cui la *deregulation* aiuta ad affrontare i periodi di crisi economica come quello attuale, il neopaternalismo del *nudge* si mostra come un insieme di dispositivi funzionali al capitale, capace di imporre la sua ragione (la razionalità dell'efficienza, della scienza, della pianificazione dei rischi, del risparmio pubblico e della *deregulation*) a tutte le decisioni degli individui. Il neopaternalismo si propone come la legittimazione di un interventismo *governamentale* produttore di un ordine che non è più quello liberale ma è già post-ideologico e autenticamente neopaternalista, nella misura in cui, come sottolinea Zappino, è impegnato a indicare ai poveri, agli obesi, agli incolti e a tutti i soggetti disfunzionali alla prosperità del mercato alcune semplici soluzioni su come migliorare la loro condizione materiale⁸¹.

⁷⁹ F. Sensi, "Il paternalismo di Stato che funziona", *Corriere della Sera*, 1 febbraio 2012, <http://lettura.corriere.it/il-paternalismo-di-stato-che-funziona/>. Cfr. Zappino, "Il paternalismo, tra 'proibizione' e 'disciplinamento'", cit., pp. 162-163.

⁸⁰ Vedi numero monografico di *Raisons Politiques*, 52, 2013-2014, dal titolo *Les néolibéralismes de Michel Foucault*.

⁸¹ Cfr. J. Soss, R.C. Fording, D.F. Schram, *Disciplining the Poor. Neoliberal Paternalism and the persistent Power of Race*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 2012, dove si fa l'analisi delle trasformazioni del governo del-

La spolticizzazione del problema del benessere e del suo mancato godimento, ridotto a scelte individuali fallimentari, a difetti della razionalità e del comportamento, va di pari passo con un atteggiamento statale benevolo e paternalista orientato a rendere meno necessario l'uso della forza, ma proprio per questo incline a concedere sempre meno sul piano della giustizia sociale (vedi welfare "condizionato") e a mantenere uno *status quo* fondato sulla diseguaglianza.

la povertà negli ultimi quarant'anni negli Stati Uniti. Esso punta non tanto sulla coercizione paternalistica quanto sul disciplinamento della povertà.

CAPITOLO 6

IL NUDGE VIENE DA LONTANO. LEGISLAZIONE INDIRETTA E ALTRE STRATEGIE OBLIQUE

1. Il *nudge* è ideologico

Il nesso *nudge*/paternalismo è *stipulativo*. Non è concettualmente necessario ma risponde alle esigenze normative della teoria neopaternalistica. Occorre perciò chiedersi non *se* le politiche di *nudging* siano coerentemente paternalistiche, ma *perché* lo sono. Se dal presupposto dell'esistenza dei *behavioral market failures* non si può inferire la necessità concettuale o normativa del paternalismo *soft*, non serve ostinarsi a difendere, in alternativa, un più sano e coerente liberalismo, o un paternalismo più esplicito. Bisogna invece riflettere sulle intenzioni dei neopaternalisti chiedendosi non solo a quali finalità risponde il paternalismo (a vantaggio *di chi*, o *di cosa* si dispieghi) ma anche quali sono i suoi presupposti teorici a prescindere da quelli offerti dalle scienze empiriche comportamentali, se esista cioè una riflessione storicamente precedente a quella del *nudge* che riesca a illuminare la natura normativa di questo dispositivo.

Il sospetto è che la sua qualificazione paternalistica non dipenda solo da un uso peculiare degli esiti delle scienze comportamentali, di per sé compatibili, come abbiamo visto, con approcci alternativi al paternalismo non coercitivo in tema di scelte politiche, ma trovi una spiegazione in qualcosa di più fortemente ideologico. Il carattere post-ideologico del *nudge*, in altre parole, riceve una conferma diretta con la negazione esplicita di una qualunque radice ideologica sottesa al paternalismo, ma è anche indirettamente confermato dall'assenza di qualunque riferimento alla tradizione utilitaristica, nonostante vi siano alcune profonde affinità tra il governo attraverso il *nudging* e certe istanze del pensiero benthamiano, come, ad esempio, la "legislazione indiretta". Il tutto in un quadro teorico e pratico in cui il *nudging* viene presentato come neutrale rispetto ai fini, fon-

dato sulle scienze empiriche, e finalizzato all'efficacia delle misure regolative – un quadro che abbiamo appunto definito “post-ideologico”. Il richiamo continuo all'oggettività dell'impianto teorico, di cui dovrebbe avvantaggiarsi quello applicativo, non impedisce di vedere nel *claim* oggettivante una giustificazione surrettiziamente ideologica del paternalismo libertario.

Anne Brunon-Ernst sostiene, per esempio, che nelle discussioni più squisitamente concettuali emerge una raffigurazione del *nudge* come di un dispositivo che esibisce «una modalità utilitaristica»¹, nonostante il fatto che in *Nudge* Thaler e Sunstein non utilizzino mai il concetto di *utility* preferendogli quello di *welfare*². Tuttavia, se lo scopo del *nudge* è indurre «le istituzioni del settore privato e del settore pubblico» a «fare uno sforzo consapevole per indirizzare le scelte degli individui in modo da migliorarne le condizioni di vita»³, alcuni autori hanno trovato buone ragioni per accusare Thaler e Sunstein di contrabbandare come giustificazione squisitamente liberale quello che invece è un evidente presupposto utilitaristico del *nudge*⁴.

¹ A. Brunon-Ernst, “Back to the Sources of Nudges”, *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, p. 102.

² Tuttavia, non crediamo sia casuale che in un'opera più o meno coeva a *Nudge* co-curata con Eric A. Posner e intitolata *Law and Happiness*, Sunstein abbia scritto un'introduzione (che specifica l'occasione in cui il volume è nato, cioè una conferenza «sulla nuova ricerca sulla felicità e le sue implicazioni per il diritto e le politiche pubbliche», tenuta presso la School of Law dell'Università di Chicago, l'1-2 giugno del 2007) in cui sostiene quanto segue: «L'idea è che la politica debba concentrarsi sulla felicità più che sulle preferenze è una novità difficile da promuovere [...] Jeremy Bentham ha difeso una forma di utilitarismo che massimizza il piacere e minimizza la sofferenza, un'idea simile, sebbene non identica, a quella che misure di felicità “autodichiarate” dovrebbero essere adottate in ambito pubblico. Gli economisti successivi hanno abbandonato questa visione in favore dell'utilità. Ma l'approccio benthamiano non si è mai veramente eclissato»: E.A. Posner, C.R. Sunstein, “Introduction to the Conference on Law and Happiness”, in Posner, Sunstein (eds.), *Law and Happiness*, cit., p. 2.

³ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit. p. 11.

⁴ Si veda, ad esempio, R. Sugden, “On Nudging”, *International Journal of the Economics of Business*, 16, 3, 2009, pp. 365-373; Id., “Capability, Happiness and Opportunity”, in L. Bruni, F. Comim, M. Pugno (eds.), *Capabilities and Happiness*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 316 ss.

Ancor più esplicitamente, Stephen Engelmann afferma che Sunstein e Thaler sono utilitaristi⁵. La loro difesa del paternalismo libertario dalla critica che esso sia un ossimoro (ma non dovremmo dire ‘contraddizione’? Esso è ben più di una mera figura retorica) coincide col mostrare che da sempre siamo governati attraverso architetture della scelta – che si tratti del menu di un ristorante o di un piano pensionistico, sia le decisioni che prendiamo, sia l’inerzia che mostriamo producono conseguenze *by default* –, e quindi che non c’è nessuna ragione per cui gli architetti del settore privato o pubblico non debbano “rifornire” le strutture della scelta per migliorare il nostro benessere. Pertanto, nonostante il fatto che Thaler e Sunstein si professano liberali (nel senso di *liberals*) e mettano la libertà individuale al centro della loro riflessione, è possibile vedere nel paternalismo da loro professato una piena compatibilità con l’utilitarismo. Infatti, esattamente come per il liberale classico e per l’utilitarista classico Jeremy Bentham, il test definitivo per stabilire se una politica paternalistica possa e debba essere sviluppata è stabilire se i benefici della sua realizzazione superino i costi (intesi in senso lato). I *nudge*, che sono solo dolcemente paternalistici, preservano la libertà di scelta e modellano i mezzi anziché i fini della scelta, possono passare il test liberale-utilitarista senza alcuna difficoltà⁶. Inoltre, il fatto che le spinte gentili siano iniziative benefiche basate su valutazioni scientifiche dell’impatto di certe condotte nella vita individuale e nella sfera collettiva trasforma questi dispositivi in meccanismi in grado di valutare le motivazioni (i moventi, le giustificazioni, gli incentivi) individuali dell’azione, dando loro una connotazione che le avvicina al progetto utilitaristico.

⁵ S. Engelmann, “Nudging Bentham: Indirect Legislation as (Neo-)Liberal Politics”, *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 70-82, p. 70. Secondo Engelmann, l’utilitarismo dei due autori è evidente in *Nudge*, in *Why Nudge?* di Sunstein, e in *Misbehaving* di Thaler. Poiché ‘utilitarian’ ha spesso connotazioni settarie e ristrette, questa etichetta per il *nudge* e per il programma cui fa riferimento, cioè il programma delle applicazioni dell’economia comportamentale alla regolazione, può sembrare controverso. Tuttavia, occorre riconoscere che «l’utilitarismo è [...] il mare in cui gli autori e i loro lettori si trovano a nuotare. Da notare il sottotitolo [di *Nudge*]; il loro scopo è “migliorare le decisioni su prosperità, salute e felicità”»: Engelmann, “Nudging Bentham”, cit., p. 70, nota. Si veda Thaler, *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, cit.

⁶ Engelmann, “Nudging Bentham”, cit., pp. 70-71.

2. *Nudge* utilitaristico e paternalismo neoliberale

L'interesse accademico per le ricerche benthamiane è stato recentemente risvegliato dal dibattito foucaultiano sulla biopolitica che ha avuto il merito di riconoscere il contributo di Bentham al tema delle forme giuridiche e non giuridiche della regolazione, in particolare della distinzione tra "legislazione diretta" e "indiretta"⁷. Se, come si diceva nel capitolo introduttivo, una delle caratteristiche condivise del *nudge* è la sua status normativo incerto, è necessario approfondire il significato di questa vaghezza scegliendo un paradigma teorico che lo illumini, a dispetto del fatto che i due inventori del *nudge* non abbiano un interesse (esplicito) a farlo. Secondo Brunon-Ernst, questo paradigma è l'utilitarismo classico, poiché «Bentham è stato il primo (e l'ultimo) filosofo inglese a tentare di creare un sistema di governo basato sulla scienza delle motivazioni»⁸. In particolare, il concetto benthamiano di *indirect legislation* si rivela fondamentale per dare coerenza alla natura normativo-giuridica del *nudge*, anche se non è detto che sia la coerenza professata dai teorici neopaternalisti.

Le connessioni tra *nudge* e legislazione indiretta sono già state oggetto di letture critiche molto importanti⁹. Per Brunon-Ernst, ad esempio, la nozione benthamiana è in grado di fungere da paradig-

⁷ Si veda, ad esempio, S. Engelmann, "Indirect Legislation?: Bentham's Liberal Government", *Polity*, 35, 3, 2003, pp. 369-388, in part. pp. 372 ss.; A. Brunon-Ernst (ed.), *Beyond Foucault. New Perspectives on Bentham's Panopticon*, Ashgate, Aldershot, 2012; Id., *Utilitarian Biopolitics: Bentham, Foucault and Modern Power*, Chatto and Pickering, London, 2012.

⁸ Brunon-Ernst, "Back to the Sources of Nudges", cit., p. 102.

⁹ A questo proposito, A. Brunon-Ernst, "Le gouvernement des normes: Jeremy Bentham et les instruments de régulation post-modernes", *Archives de philosophie*, 78, 2, 2015, pp. 309-322; A. Brunon-Ernst, A. van Waeyenberge, "Effects of the Open Method Of Coordination (OMC) in Research and Innovation: Legislation in EU Policy-Making?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47, 1, 2015, pp. 1-17; cfr. M. Bozzo-Rey, "Indirect Legislation: It is just a Question of Time", *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 106-121; A. Brunon-Ernst, "Nudges and the Limit of Appropriate Interference: Reading backwards from J.S. Mill's Harm Principle to Jeremy Bentham's Indirect Legislation", *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 53-69; M. Quinn, "Jeremy Bentham Choice Architect: Law, Indirect Legislation, and the Context of Choice", *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 11-33.

ma interpretativo di alcune modalità di governo mai sperimentate prima che si stagliano sull'orizzonte delle nostre società come ambigualmente collocate tra il giuridico e il non giuridico. In questo capitolo dovremo perciò indagare, in primo luogo, il significato del lemma 'legislazione indiretta', per tracciare il confine tra questa forma di regolazione e quella opposta, la legislazione diretta; in secondo luogo, proveremo a far emergere le similitudini tra *nudge* e legislazione indiretta. Infine, dovremo verificare se gli esperimenti di Bentham con gli strumenti indiretti della regolazione contribuiscono al dibattito sul *nudge*.

Questo approfondimento storico e teorico ha un duplice fine: mostrare, in primo luogo, che, contrariamente a quanto sembra implicare il dibattito contemporaneo, il *nudge* è ben lungi dal rappresentare un fenomeno inedito¹⁰, avendo i suoi precedenti teorici in alcune tendenze del pensiero politico della fine del diciottesimo secolo; in secondo luogo, analizzare il modo in cui legislazione indiretta e *nudge* integrano una visione utilitaristica del politico, dove il carattere della *pubblicità* è la chiave per correggere una cattiva amministrazione di governo e assicurare una felicità aggregata duratura¹¹. Grazie al riferimento a Bentham e ad alcuni aspetti poco noti della riflessione utilitarista, verremo a contatto con le strategie oblique che egli immaginava potessero essere utilizzate dai governi per influenzare il comportamento degli individui che vi sono sottoposti¹².

È bene ribadire che se cerchiamo Bentham nelle pieghe del pensiero di Sunstein e Thaler non lo troveremo – i due autori non lo citano, e, come si è detto, non ricorrono mai alla nozione di 'utilità'. Tuttavia, pensiamo che questa lacuna non sia meramente accidentale, e che passare sotto silenzio le istanze utilitaristiche del *nudge*

¹⁰ Emblematico in tal senso è, ad esempio, "Myth 1: There is nothing new in behavioural insights", in J.S. Lourenco, E. Ciriolo, S.R.R. Vieira de Almeida, X. Troussard, *Behavioural Insights Applied to Policy: Overview across 32 European Countries*, European Report 2016, <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC100146> on 25 March 2016, p. 14.

¹¹ Brunon-Ernst, "Back to the Sources of Nudges", cit., pp. 102-103.

¹² Si veda J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, rist. an. dell'edizione del 1802, Dalloz, Paris, 2010, p. 331.

abbia il senso strategico di una sua giustificazione *paternalistica*, che risulterebbe forse più ardua se l'affinità con certe nozioni benthamiane fosse resa esplicita. Sarebbe difficile difendere un paternalismo anti-ideologico, cioè dei mezzi, se le radici e gli intenti utilitaristici – tipicamente teleologici – venissero denunciati, e sarebbe ancora più difficile celare la natura moralistica del paternalismo del *nudge*. I due autori, come abbiamo visto, lo difendono come un paternalismo *giuridico* non coercitivo, ma d'ora un poi la sua natura dovrebbe apparire sempre meno connotata come giuridica e sempre più sbilanciata verso il paternalismo *morale*. L'accostamento tra *nudge* e legislazione indiretta dovrebbe confermare questa lettura.

Secondo alcuni importanti studiosi del pensiero benthamiano, come Brunon-Ernst e Malik Bozzo-Rey, legislazione indiretta e *nudge* presentano tratti di contiguità: l'attenzione per l'efficacia dei dispositivi di governo, l'argomento psicologico come spiegazione degli errori di ragionamento degli individui e l'attenzione per il contesto e le circostanze della decisione¹³; per non tacere del più evidente, cioè che sia utilitarismo sia neopaternalismo ambiscono a migliorare il benessere dei soggetti interessati. Tutto ciò non li rende né equivalenti né completamente sovrapponibili. Al contrario, è bene precisare che tra i possibili collegamenti tra *nudge* e legislazione indiretta ce ne sono alcuni meno evidenti ma più decisivi, e, anche se questo può apparire paradossale, basati sul contrasto tra le intenzioni dei neopaternalisti e quelle di Bentham: la *indirect legislation*, come una buona parte del pensiero di Bentham, rimanda all'obiettivo di colpire la delinquenza (*delinquency*) e il malgoverno (*misrule*); Sunstein e Thaler puntano invece a colpire l'irragionevolezza e l'imprudenza delle decisioni individuali¹⁴. Più specificamente, la legislazione in-

¹³ Sui legami tra Bentham e l'architettura della scelta si veda Quinn, "Jeremy Bentham Choice-Architect", cit.

¹⁴ Da questo punto di vista – scrive Engelmann – il loro impegno intellettuale ricorda quello che Bentham ha riversato tardivamente nella *Deontology*, se per 'deontologo' intendiamo colui che è interessato non semplicemente a segnalare pericoli lontani, come fa Bentham, ma a progettare sistemi che li evidenziano automaticamente: Engelmann, "Nudging Bentham", cit., p. 71. Cfr. J. Bentham, *Deontology*, in Id., *Deontology Together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, ed. A. Goldworth, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 117-281.

diretta sarebbe il tentativo di preservare gli individui dai danni che possono reciprocamente infliggersi, mentre Sunstein e Thaler sembrano interessati ad aiutarli a non danneggiare se stessi¹⁵. Sebbene la prima impressione sia quella di una radicale differenza di enfasi tra le due riflessioni, il contrasto si affievolisce se si considera il pensiero benthamiano nel suo complesso. Bentham è consapevole che la legislazione indiretta, insieme a quella diretta e all'amministrazione, all'educazione e all'etica privata, è parte di una vasta «arte di governo» che deve necessariamente fondarsi sull'autogoverno e includerlo in essa; allo stesso modo, Thaler e Sunstein sviluppano l'«arte del *nudging*» come una forma della normatività che aiuta gli individui ad aiutare se stessi attraverso lo sviluppo di regole che strutturano l'ambiente delle loro decisioni senza vincolarli coercitivamente¹⁶. Nell'arte del governo benthamiana, il contrasto tra *harming* (o *benefiting oneself*) e *harming* (o *benefiting others*) sarebbe, secondo Engelmann, niente di più di una questione di enfasi. L'enfasi, però, segnala una sensibilità differente, in grado di distanziare l'impresa utilitaristica dalla teoria del *nudge* sulla base del contesto in cui operano i due approcci.

Questa differente sensibilità si sovrappone a un altro apparente contrasto basato sullo stereotipo, duro a morire, delle carenze del benthamismo, che potrebbe indurci a pensare di trovarci davanti a una rottura con Bentham. In sostanza si tratta di questo: i soggetti individuali di cui si occupano Sunstein e Thaler non sempre agiscono nel loro proprio interesse, certamente non nel loro miglior interesse. L'aspetto più criticato della *scholarship* di Bentham da parte di Mill – in *Logic* – è aver dato luogo a una filosofia degli interessi basata su premesse scientifiche rivelatesi illusorie, e che avrebbe perpetuato il mito che gli esseri umani siano macchine perfette di calcolo degli interessi¹⁷. L'ispirazione più potente di *Nudge* viene in-

¹⁵ Così Sunstein struttura *Effetto nudge*, cit., p. 3, come una confusa critica a *On Liberty* di John Stuart Mill. Per una riflessione su *harm principle*, *indirect legislation*, e *nudge* si veda Brunon-Ernst, “Nudges and the Limits of Appropriate Interference”, cit.

¹⁶ Engelmann, “Nudging Bentham”, cit. p. 71.

¹⁷ Parlando della continuità o discontinuità tra Bentham e neopaternalismo, Engelmann (“Nudging Bentham”, cit., p. 77) scrive che la massimizzazio-

fatti dalla ricerca psicologica che struttura la rivoluzione economica comportamentale e segnala il rovesciamento del paradigma benthamiano della scelta razionale. Tutta la prima parte di *Nudge*, come abbiamo visto, verte sulla distinzione (antropologico-morale) tra gli ideali *Econs* e i molto più reali *Humans*. Tuttavia, proprio per l'insistenza sugli errori sistematici della razionalità, il neopaternalismo è perfettamente compatibile con l'orientamento del progetto di *indirect legislation* e in generale con l'opera benthamiana, in quanto la legislazione indiretta è almeno in parte chiamata in causa dai difetti (perfettamente intelligibili) del giudizio e della decisione dei soggetti morali benthamiani, che possono essere migliorati grazie alle sue tecniche¹⁸. Pertanto, se l'affinità tra la teoria di Sunstein e Thaler e la legislazione indiretta di Bentham verrà confermata, rimarranno a separarli l'enorme differenza di contesto culturale e ideologico. Bentham inaugurava l'età liberale ed era interessato a mettere a punto con la sua opera alcuni «espediti contro il malgoverno»¹⁹, mentre i neopaternalisti non hanno questo obiettivo né una vocazione ideologica dichiarata. In un certo senso, è proprio l'enfasi benthamiana a invitare al disincanto rispetto al *nudge*: ci ricorda che Sunstein e Thaler scrivono al crepuscolo dell'età liberal-democratica, quella che Bentham aiutò a inaugurare, e suggerisce che i due neopaternalisti non siano affatto liberali ma *neoliberali*²⁰.

ne dell'utilità «would be the province of the 'reflective' thinking of 'System 2'»; in pratica: «Gli Umani, al contrario degli Econi, non seguono e non possono seguire i dettami [del Sistema 2] con regolarità. Si noti però che Daniel Kahneman – che con Amos Tversky ha fondato la ricerca di cui si sono serviti Sunstein and Thaler – ha cercato di recuperare le intuizioni di Bentham dall'oblio cui l'avevano condannate la successiva scienza economica con le sue esplorazioni della 'experienced utility'. E lo stesso, in "Indirect Legislation", evoca alcuni dei temi che guidano l'economia comportamentale retrostante a *Nudge*». Cfr. D. Kahneman, P.P. Wakker, R. Sarin, "Back to Bentham? Explorations of Experienced Utility", *Quarterly Journal of Economics*, 112, 1997, pp. 375-405.

¹⁸ Per una discussione della psicologia benthamiana si veda M. Quinn, "Jeremy Bentham, 'The Psychology of Economic Man', and Behavioural Economics", *Oeconomia*, 6, 2016, pp. 3-32.

¹⁹ Engelmann, "Nudging Bentham", cit., p. 72.

²⁰ Si veda S.G. Engelmann, "Neoliberalism", in M. Gibbons (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*, Wiley Blackwell, Chichester, 2014, e W. Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books,

In *Nascita della biopolitica* Foucault si esprime sul neoliberalismo in modo utile alla comprensione di ciò che qui chiamiamo ‘paternalismo neoliberale’: il problema del neoliberalismo non è ritagliare o inventare uno spazio libero per il mercato all’interno di una società politica già data, come nel liberalismo di Adam Smith; semmai, il problema è il modo in cui l’esercizio globale del potere politico può essere modellato sui principi di un’economia di mercato. In questo quadro, il *misrule*, l’ossessione benthamiana, non è mai in questione, se non nei termini della deburocratizzazione e semplificazione cui darebbe luogo il *nudge*. Quello che conta è fare degli Umani soggetti adeguati al mercato, meno fallimentari e più indipendenti, ma non autonomi. L’idea è forgiare la loro soggettività facendo delle libertà individuali (il vero punto di non ritorno del liberalismo) un ambito dell’azione sociale controllabile e prevedibile, quindi funzionale alla prosperità economica. ‘Neoliberalismo’, in altre parole, non sarebbe solo quello che William Davies chiama «disenchantment of politics by economics»²¹. Molto più significativamente, esso lavora per indebolire (fino ad annullare) la distinzione tra pubblico e privato attraverso l’autogestione e la gestione aggregata dei soggetti individuali da parte dei mercati, tenendo conto che essi non sono uguali per status e per capacità razionali ma naturalisticamente distinti tra Umani ed Econi²².

Nel mondo di Sunstein e Thaler, o siamo architetti della scelta o dipendenti da essi, *policymaker* o consumatori. Conosciamo la libertà solo come facoltà di gestire – per lo più malamente – la scelta privata. Nel loro programma la nozione di decisione politica (e democratica) è distrutta fin dall’inizio: i due autori non ci invitano a

New York, 2015. Scrive Engelmann: «Il mio uso di ‘neo-liberale’ si riferisce al suo ampio significato teorico-politico, più interessato a individuare la sua provenienza dalla razionalità governamentale che a individuare le sue specifiche “raccomandazioni” di tipo istituzionale (ad esempio quelle della New Right)»: Engelmann, “Nudging Bentham”, cit., p. 72.

²¹ W. Davies, *The Limits of Neoliberalism: Authority, Sovereignty and the Logic of Competition*, Sage, London, 2014, p. 4.

²² Cfr. S.G. Engelmann, “Liberal Advocacy and Neo-liberal Rule: On McCloskey’s Ambivalence”, in R. Floud, S. Hejeebu, D. Mitch (eds.), *Humanism Challenges Materialism in Economics and Economic History*, The University of Chicago Press, Chicago, 2017, pp. 153-189.

scegliere tra un vecchio *laissez-faire* e un paternalismo forte, cioè statista, ed evitano il problema politico della scelta tra due ideologie rimpiazzandole con la «Terza Via» del paternalismo libertario, cioè l'applicazione dei risultati della scienza economica comportamentale all'ambito delle scelte individuali²³. La professata neutralità della scienza sociale, che troverebbe corrispondenza nel carattere mite e anti-ideologico del paternalismo, è in realtà un ideologico consenso per un tipo di utilitarismo post-liberale e neoliberale non dichiarato.

La distanza tra *nudge* e legislazione indiretta è politica. Bentham assegna alla legislazione indiretta il ruolo di una sorta di terapia politica da praticare attraverso la scienza nello spazio pubblico; Sunstein e Thaler rivendicano il carattere a-politico e spolitizzante del *nudge*, confermato dal ricorso agli esperti (i *nudger*, e coloro che li aiutano con le analisi di mercato, le analisi costi-benefici, i calcoli economici, ecc.), e declinato sul piano moralistico²⁴. Come si è detto, quand'anche i *nudgee* accettassero i propri limiti, non potrebbero sperare che dal *nudge* e dal paternalismo provenga un'emancipazione da questi limiti da giocare entro e attraverso lo spazio politico. L'egualitarismo liberale non è un problema per i neopaternalisti. Il problema delle società di oggi è, piuttosto, non soccombere ai limiti degli Umani. Una volta riconosciuti, occorre darsi strutture rego-

²³ Cfr. «La vera terza via», in *Nudge*, cit., pp. 246-247. La politica ovviamente non è bandita in senso stretto, e l'eccezione che conferma la regola è un breve cenno: «Alcune leggi sugli obblighi di divulgazione sono finalizzate a innescare meccanismi politici anziché di mercato» (p. 196), quando i due autori scrivono che «Lo scopo dell'obbligo di divulgazione è quello di attivare salvaguardie politiche» e non a dare tutele o feedbacks ai consumatori; qui lo scopo è dare informazioni agli elettori e ai loro rappresentanti (p. 197). Le due pagine che seguono sono un'eccezione, perché contengono gli unici riferimenti presenti in tutto il libro alla funzione pubblica della *publicity*, che invece per Bentham è centrale in quanto espediente contro il *misrule*. Si veda Engelmann, «Nudging Bentham», cit., p. 73.

²⁴ Sia chiaro che, come si è detto molte volte, i paternalisti non si prefiggono di curare alcunché, anche se gli effetti permanenti del *nudge* sono dibattuti e controversi. Di fatto, però, il *nudge* non cura, né corregge, né insegna, altrimenti non sarebbe libertario e *soft* come i suoi creatori vogliono che sia. Qui l'idea di 'cura' rimanda più all'idea di espedienti per «curare l'anima», o, con Foucault, per curare il sé. Anche in seguito si parlerà di assenza di una funzione emancipativa del *nudge*; ma ci siamo già espressi in termini simili nel cap. 2, par. 5, *supra*.

lative della condotta più sofisticate di quelle di cui le nostre società si sono dotate: il compito degli apparati pubblici e privati, come i mercati, è evitare che il tessuto economico delle nostre società venga compromesso o distrutto da questi difetti e da norme inadeguate ad aggirarli.

Il sospetto che il *nudge* sia definitivamente neoliberale si radica perciò in una constatazione piuttosto elementare. A differenza di quanto si trova in Bentham, che vede legislazione diretta e indiretta coesistere nell'arte del governo come rimedio a delinquenza e malgoverno, c'è nel pensiero del *nudge* un malcelato misconoscimento del ruolo del diritto, cioè della legislazione diretta. Altrimenti come si spiegherebbe che, di fronte ai problemi delle società e delle democrazie contemporanee, la soluzione di Thaler e Sunstein non sia rafforzare la legislazione diretta bensì procedere con la semplificazione e la *deregulation*? Una risposta immediata ma poco soddisfacente potrebbe essere che il *nudge* risponde alle esigenze di un'oligarchia strisciante che fa il paio con la sempre più evidente mancanza di comprensione, da parte delle élites di governo (politiche ed economiche), della volontà politico-democratica²⁵. Una spiegazione più meditata è che, per quanto i conflitti tra liberalismo e utilitarismo siano noti e teorizzati in gran parte del pensiero moderno, c'è in Bentham qualcosa che in Thaler e Sunstein non emerge mai: vedere nella volontà politica, realizzata nell'auto-organizzazione del popolo, un antidoto cruciale contro il cattivo governo. Non è chiaro se un più ingente ricorso alla legislazione indiretta, o al *nudge*, possa compensare, grazie al ricorso agli esperti e alla scienza, la sua assenza, né è chiaro se per Sunstein e Thaler il *nudge* salverà la democrazia. L'unica cosa certa è che la soluzione non è "più diritto", ma "più *nudge*", e che in questo si incarna il sintomo di una fase post-liberale e post-democratica che smentisce il liberalismo professato dai due autori.

²⁵ Per un'analisi più sfumata della mancata risposta istituzionale alle frodi finanziarie si veda J.S. Rakoff, "The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?", *New York Review of Books*, 9 gennaio 2014, <http://www.nybooks.com/articles/2014/01/09/financial-crisis-why-no-executive-prosecutions/>.

3. Definizioni

‘Legislazione indiretta’ è un concetto potente e al tempo stesso elusivo. Nel complesso dell’opera di Bentham la sua definizione non è circoscritta; al contrario, si trova disseminata e per lo più sovrapposta alle analisi della ‘legislazione diretta’, intersecata a propria volta con quella dell’arte del governo utilitaristica, il cui status (giuridico o non giuridico?) è incerto²⁶. Nonostante queste difficol-

²⁶ Fino a oggi non è disponibile alcuna versione completa pubblicata dei manoscritti benthamiani sulla legislazione indiretta. Non di meno, la «*législation indirecte*» è un tema discusso nei *Principes du Code Pénal* di Bentham curati da Dumont. Si veda Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, cit., pp. 252-405. Da qui in poi la riflessione si avvantaggia del lavoro editoriale ed esegetico fatto sugli scritti di Bentham dal noto *Bentham Project* (<http://www.ucl.ac.uk/bentham-project>). Il *Bentham Project* (impiantato presso lo University College London) è stato avviato nel 1968 con l’obiettivo di pubblicarne l’intera opera, in gran parte inedita, ed è arrivato finora a 30 volumi dei 70 attesi (cfr. *The Collected Works of Jeremy Bentham*). Gli scritti sulla legislazione indiretta sono un esempio dei problemi editoriali che il *Bentham Project* ha dovuto affrontare, dato che si trovano disseminati in molti manoscritti redatti in due lingue, francese e inglese, e ripubblicati da due diversi curatori. Grazie al lavoro di Anne Brunon-Ernst (Brunon-Ernst, “Back to the Sources of Nudges”, cit., in particolare p. 118), qui possiamo citare fonti sul tema della legislazione indiretta pubblicati nei *Traité de législation civile et pénale*; sempre grazie a questa Autrice sappiamo che Bentham cominciò a scrivere sul tema della legislazione indiretta nel 1782, per continuare nel capitolo 18 della *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Il capitolo 17 venne esteso come “Of Laws in General”, ora ripubblicato come *Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, procede con la distinzione tra *civil* e *criminal law*, basandosi sull’analisi su ciò che è «a law». Il capitolo 18 venne concepito come un capitolo sui mezzi per prevenire il crimine, e tra questi vi è appunto la “Indirect Legislation”. Alla metà del 1780 Bentham programmò – e cominciò a gettare le basi di – un’opera in francese dal titolo *Projet d’un corps de lois complet*. Quest’opera includeva una discussione sulla legislazione indiretta. Un draft del *Projet* fu curata allora da Etienne Dumont, il curatore ginevrino di Bentham, ed è il nucleo dell’edizione in tre volumi intitolata *Traité de législation civile et pénale*, pubblicata la prima volta nel 1802; qui si userà la nuova edizione a cura di M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, E. de Champs, già citata, del 2010. I *Traité* furono utilizzati come fonte dai curatori dell’edizione Bowring delle *Works of Jeremy Bentham* (1838-1843), che li tradussero in inglese e li riassemblarono nella nuova edizione (J. Bentham, *Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring, Edinburgh, 1838-43, 11 vols., vol. 1 e vol. 3). I *Traité* sono stati tradotti in francese per la prima volta da Etienne Dumont, e più tardi tradotti di nuovo in inglese come *Principles of*

tà, Bozzo-Rey tenta di fornire una delucidazione di questa nozione che la renda concettualmente fruibile, pur mostrandone l'intrinseca problematicità e l'innegabile fecondità.

A un primo sguardo, Bentham sembra fornire solo una definizione negativa di 'legislazione indiretta':

Per cominciare con la delinquenza, si può dire che il sovrano agisce contro di essa nel modo della legislazione diretta, nella misura in cui si accontenta di proibire, con sanzioni che sembrano competenti per ogni caso considerato semplicemente in se stesso, i vari atti che sono intrinsecamente odiosi per lui: cioè, supponendo che il principio di utilità sia quello con cui governa se stesso, [proibisce] i diversi atti da cui ritiene sorga il danno. Al capitolo della legislazione indiretta può essere ricondotta qualsiasi altra cosa possa essere fatta nella modalità della legge e al servizio dello stesso fine.²⁷

La definizione è quindi concepita in riferimento e in opposizione a quella di 'legislazione diretta', in quanto puntano allo stesso fine.

Con la Legislazione Indiretta, il potere fisico di prendere la misura contraria viene tolto. La Diretta subisce il potere fisico di rimanere, ma contro l'*interesse* gioca un altro *interesse*. La Legislazione Indiretta opera inducendo gli uomini a non avere certi desideri, invece di ostacolarli quando sono sorti.²⁸

Penal Law and General View of a Complete Code of Law, e ripubblicati nell'edizione Bowring.

²⁷ «To begin with delinquency, the sovereign may be said to act against delinquency in the way of direct legislation, in as far as he contents himself with prohibiting, under such penalties as seem competent to each case considered simply by itself, the several acts which are intrinsically obnoxious to him: that is, supposing the principle of utility to be that by which he governs himself, the several acts from which he conceives mischief to arise. To the head of indirect legislation may be comprised whatever else can be done in the way of law in subservience to the same end»: Bentham, "Indirect Legislation", in *Bentham Project transcript of "Indirect Legislation"*, UC, lxxxvii. 2-3. Questo sistema di notazione fa riferimento ai manoscritti di Bentham disponibili alla University College London dov'è impiantato il *Bentham Project*. La cifra romana è il numero del contenitore dove si trovano i manoscritti; mentre le cifre arabe fanno riferimento alla numerazione dei manoscritti in quanto tali.

²⁸ «By Indirect Legislation, the physical power of taking the measure opposed is taken away. Direct suffers the physical power to remain, but against the *interest* plays off another *interest*. Indirect Legislation operates by causing

Bentham ricorre anche a un registro metaforico per spiegare come vada intesa la legislazione indiretta. L'attore di queste analisi è il sovrano:

Nel primo caso, la legislazione diretta, egli punta direttamente all'obiettivo (*mark*), attacca frontalmente e direttamente il danno (*mischief*): nella legislazione indiretta, egli lo attacca attraverso approcci obliqui e scarsamente percepibili: nel primo caso, si forza di portare il suo piano (*point*) quasi alla battaglia (*storm*), nell'altro caso allo sfinimento (*sap*).²⁹

Nella Legislazione Diretta, il Legislatore indossa la sua armatura di terrore artificiale e si fa avanti scopertamente: nella Indiretta egli tesse la sua tela con fili impercettibili, tenendosi dietro la quinta.³⁰

Infine, introduce relazioni possibili tra i due tipi di legislazione:

La legislazione indiretta può supportare quella diretta, ma non può soppiantare [la legislazione diretta]. L'una e l'altra devono andare di pari passo. L'atto che chiamiamo 'infliggere una punizione' può essere molto raro: ma la punizione deve sempre essere mantenuta.³¹

men not to have certain desires, instead of thwarting them when they are arisen»: Bentham, "Indirect Legislation", in *Bentham Project transcript of "Indirect Legislation"*, UC xcvi. 257 (corsivo nell'originale).

²⁹ «In the one case, direct legislation, he aims directly at his mark, he attacks the mischief directly and in front: in indirect legislation he attacks it by oblique and sometimes scarcely perceptible approaches: in the one case he endeavours to carry his point, as it were, by storm: in the other case, by sap»: Bentham, "Indirect Legislation", in *Bentham Project transcript of "Indirect Legislation"*, UC lxxxvii. 3.

³⁰ «In Direct Legislation, the Legislator puts on his armour of artificial terrors, and stands forth confessed: In Indirect he nets every thing by imperceptible wires, keeping himself behind the curtain»: Bentham, "Indirect Legislation", in *Bentham Project transcript of "Indirect Legislation"*, UC xcvi. 257.

³¹ «Indirect legislation may assist direct, but cannot supersede it. The one and the other must go hand in hand. The events which call for the infliction of punishment may be more rare: but punishment must always be held up»: Bentham, "Indirect Legislation", in *Bentham Project transcript of "Indirect Legislation"*, UC lxxxvii. 11. A questa tesi si può affiancare la seguente: «Una legge può essere definita come un insieme (*assemblage*) di segni dichiarativi di una volontà o adottati dal sovrano di uno stato, relativi alla condotta che deve essere osservata in un certo caso da una certa persona o da una classe di persone, che per il caso in questione sono – o sono supposte essere – soggette al suo potere:

Combinando insieme questi elementi, è possibile fornire una definizione provvisoria della legislazione indiretta concependola come «qualsiasi tentativo da parte del legislatore di influenzare la condotta altrui senza l'uso diretto di sanzioni giuridiche, quali mezzi primari di regolazione, in caso di non conformità»³². La definizione è però *in fieri*, e sarà necessario integrarla in seguito alla luce di questa osservazione di Bentham:

Se tra gli espedienti che dovremmo menzionare sotto il capitolo della legislazione indiretta dovessero essercene alcuni che possono essere riferiti all'altro capitolo, non sarà un grande problema: nulla di reale momento si rivolterà contro l'accuratezza della distinzione.³³

È chiaro, fin qui, che la legislazione indiretta appartiene all'ambito dei mezzi indiretti di influenza della condotta sottoposti alla legislazione del sovrano; ed è altrettanto chiaro che Bentham sembra essere il primo ad aver teorizzato questo tipo di strumenti. Appartiene invece alla sfera delle ipotesi che qui discutiamo il fatto che il *nudge* richiami questo approccio benthamiano quasi dimenticato, contribuendo a formulare l'idea che la legislazione indiretta sia solo un esempio di metodo indiretto di regolazione che ricade nella riflessione più ampia e generale sulla realizzazione istituzionale di norme volte a influenzare il comportamento delle persone senza fare necessariamente ricorso a sanzioni di tipo giuridico. Tutto ciò – ovviamente – non diminuisce l'importanza dell'analisi di questa nozione benthamiana, che, proprio grazie alle sue specificità, rende interessante e più perspicua la nostra analisi del *nudge*. Occorre infatti notare che: (i) la definizione di Bentham è ampia ma non impedisce di tracciare dei limiti («L'ambito della legislazione indiretta

tale volontà si affida per la sua realizzazione al compimento di determinati atti che si prevede che tale dichiarazione (di volontà) dovrebbe in qualche caso essere un mezzo per far passare [...] e dovrebbe agire come motivazione per coloro la cui condotta è in questione»: Bentham, *Limits*, cit., p. 84.

³² Bozzo-Rey, "Indirect Legislation: It Is Just a Question of Time", cit., p. 107.

³³ «If of the expedients which we shall proceed to mention under the head of indirect legislation there should be some which may appear referable to the other head, it will be no great matter: nothing of moment will turn upon the accuracy of the division»: Bentham, "Indirect Legislation", in *Bentham Project transcript of "Indirect Legislation"*, UC lxxxvii. 3.

potrebbe risultare immenso nel dettaglio ma ancora circoscritto da certi limiti»³⁴; (ii) Bentham fornisce gli esempi più disparati rispetto ai campi di applicazione della legislazione indiretta (lo vedremo tra poco), e una lista aperta di esempi concreti di applicazione, anche se in generale può essere usata nell'ambito del diritto penale, civile e costituzionale; (iii) una legge può appartenere in un caso alla legislazione ordinaria (diretta) e in un altro a quella indiretta.

Le specificità della nozione di legislazione indiretta sono date dal contesto allargato in cui spazia il pensiero di Bentham: dall'analisi scientifica dei moventi dell'azione umana fino al principio di utilità; dall'arte di governo utilitaristica fino ai suoi rapporti con l'etica in generale.

4. Legislazione diretta e indiretta in contesto

Come Thaler e Sunstein, Bentham basa i principi fondativi del proprio sistema sull'osservazione scientifica col vantaggio di isolare il dato psicologico condiviso da tutti gli esseri senzienti³⁵, cioè le esperienze del piacere e del dolore che sono alla radice di ogni nostra azione. Quando gli individui decidono di agire o di astenersi dall'agire, lo fanno o per conseguire il piacere che deriverebbe da una certa azione, o per evitare la sofferenza che quell'azione gli procurerebbe. Questa idea si radica in una specifica ipotesi scientifica, cioè la molla psicologica dell'azione umana; ma l'impresa filosofica supera questa ipotesi quando piacere e dolore non sono visti solo come il movente delle nostre azioni, ma anche come lo standard morale di valutazione di ciò che è giusto o sbagliato³⁶. All'inizio dell'*Introduction to the*

³⁴ «The sphere of indirect legislation will be found to be immense in detail but still circumscribed by certain bounds»: Bentham, "Indirect Legislation", in *Bentham Project transcript of "Indirect Legislation"*, UC lxxxvii. 6.

³⁵ R. Harrison, *Bentham*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983, p. 177. Nell'*Introduction*, come noto, Bentham non restringe l'esperienza del piacere e della sofferenza ai soli esseri umani, ma la estende a tutti gli animali. J. Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in J.H. Burns, J.R. Dinwiddy, F. Rosen (eds.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1996, tr. it. *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, UTET, Torino, 1998 (d'ora in poi 'Introduzione').

³⁶ Bentham ha sostenuto, nella maniera ben nota, che il piacere è una sensazione singola che varia solo in senso quantitativo (durata e intensità). Cfr. M. Nussbaum, "Who Is the Happy Warrior? Philosophy Poses Questions to

Principles of Morals and Legislation, Bentham indica gli strumenti per realizzare iniziative che modificano il comportamento e il fine verso cui indirizzare le condotte: il piacere, anziché la sofferenza, e il principio di utilità³⁷.

Sulla base dei *Principles* non si può ancora stabilire un collegamento tra il paternalismo del *nudge* come misura pubblica e l'utilità benthamiana; ma i *Traité de législation civile et pénale*, in cui Bentham si esprime a proposito della legislazione indiretta, sembrano rafforzare questo nesso. Nei *Traité* Bentham è esplicito nell'attribuire una maggiore efficacia ai mezzi indiretti di governo delle condotte rispetto ai mezzi diretti³⁸, e si rammarica del fatto che i governi non vi ricorrano abbastanza³⁹. La fiducia che essi possano soverchiare l'efficacia di quelli diretti, cioè direttamente coercitivi, è espressa chiaramente da Bentham, che ne elogia la mitezza e la capacità di riuscire in molti casi dove i mezzi diretti falliscono⁴⁰.

Su questa stessa linea, Sunstein e Thaler difendono gli approcci basati sugli incentivi perché più efficaci di quelli classicamente coercitivi⁴¹, ma anche più efficienti: comportano costi più bassi degli altri, com'è nella loro natura di mezzi indiretti⁴². Sia in un caso che nell'altro, la maggiore efficacia dei mezzi indiretti dipende dal fondarsi su un'accurata conoscenza scientifica dei meccanismi della condotta *reale* – quella ideale soddisfa solo modelli a priori (e irrea-

Psychology”, in Posner, Sunstein (eds.), *Law and Happiness*, cit., pp. 81-113, in part. p. 82; M. Nussbaum, “Mill between Bentham and Aristotle”, *Daedalus*, 133, 2, 2004, pp. 60-68; curiosamente Kahneman e Krueger individuano la concezione di «hedonic flow» proprio in Bentham: cfr. D. Kahneman, A.B. Krueger, “Developments in the Measurement of Subjective Well-Being”, *Journal of Economic Perspectives*, 20, 2006, pp. 2-24, in part. p. 6. Kahneman e Bentham hanno in comune il fatto di identificare la felicità con il piacere. Altri psicologi adottano concezioni più sottili, ad esempio M. Seligman, *Authentic Happiness*, Free Press, New York, 2002.

³⁷ Bentham, *Introduzione*, cit., pp. 90-91.

³⁸ Bentham, *Traité*, cit., p. 136.

³⁹ Ivi, p. 332.

⁴⁰ Ivi, p. 332.

⁴¹ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 192.

⁴² «Rammentiamo che i paternalisti libertari vogliono minimizzare i costi che gravano su quanti fanno queste scelte»: *Nudge*, cit., p. 184.

listici) della condotta razionale. La conoscenza psicologica della natura umana si trova concettualmente al centro sia della legislazione indiretta di Bentham, sia del *nudge* di Sunstein e Thaler.

Non sorprende dunque che la prima sia invocata come strumento di governo soprattutto a partire da *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* recentemente pubblicati⁴³. In essi, la base scientifica della legislazione produce una certa creatività teorica che trova riscontri nei molteplici mezzi di attuazione della legislazione indiretta, oltre che nella loro descrizione. Bentham descrive la legislazione diretta come «uno stato di guerra», dove il danno politico è «il nemico» e il legislatore «il comandante»; o come «un attacco formale fatto con il corpo principale delle forze in campo aperto»; e rappresenta quella indiretta come «un piano segreto di operazioni connesse e concertate da eseguire nello stile dello stratagemma o della piccola guerra»⁴⁴. Come vedremo nei prossimi paragrafi, la questione della segretezza solleva domande che preoccupano gli autori di *Nudge*: è un problema se coloro che agiscono entro le architetture della scelta non sono informati della modificazione degli ambienti della scelta e delle ragioni per queste modificazioni? Sia i neopaternalisti sia Bentham dichiarano la necessità della pubblicità e di un buon grado di trasparenza da mantenere nella regolazione. Per Bentham la pubblicità è un mezzo primario della legislazione indiretta, e la pubblicità appare come requisito di molti *nudge*⁴⁵. Do-

⁴³ Come si è detto (nota 26, *supra*) “Indirect Legislation” è in origine il Capitolo 18 dell’incompleto progetto di codificazione benthamiano attualmente pubblicato come *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Grazie alla pubblicazione nel 2010 di *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (d’ora in poi ‘*Limits*’) è possibile vedere più chiaramente il posto che la legislazione indiretta occupa nell’intero progetto benthamiano: cfr. J. Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ed. P. Schofield, Oxford University Press, Oxford, 2010; Id., *Of Laws in General*, ed. H.L.A. Hart, The Athlone Press, London, 1970; S.G. Engelmann, “Limits and Indirect Legislation”, in G. Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on “Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence”*, Routledge, London, 2014, pp. 308-319; D. Lieberman, “Of the Limits and the Theory of Legislation”, *ivi*, pp. 293-307.

⁴⁴ Bentham, *Limits*, cit., p. 233.

⁴⁵ Thaler e Sunstein sembrano andare più lontano di Bentham quando invocano un genuino “principio di pubblicità” kantiano che proibisce al governo

vremo tornare su questo tema a più riprese. Per ora è più importante verificare se la contrapposizione tra legislazione diretta – l'esistenza di leggi di tipo coercitivo, quindi classicamente legislative – e indiretta possa esaurirsi nel ricorso a strumenti di regolazione non giuridici per quest'ultima⁴⁶. Se una tale contrapposizione fosse possibile, l'ipotesi che esista una dicotomia tra *nudge* e regolazione giuridica potrebbe consolidarsi. In realtà, ci accorgeremo che la linea che separa le disposizioni giuridiche da quelle non giuridiche è molto più sottile e non conduce a dicotomie nette. Lo si può sostenere alla luce di una delle spiegazioni del carattere indiretto della legislazione estratta dai manoscritti di Bentham:

[...] Legislazione diretta, legislazione indiretta. Chiamo leggi dirette quelle che vanno dritte all'obiettivo: cioè proibire o comandare l'atto in questione nel diritto penale; o decidere espressamente che un titolo di proprietà o una posizione appartengano a questo o quell'individuo nella legge civile o costituzionale. Tutti gli altri mezzi saranno chiamati indiretti. La stessa legge che è diretta sotto un aspetto e in relazione ad un fine è indiretta in relazione ad un altro fine.⁴⁷

L'opposizione è tra carattere obliquo o indiretto di questa nuova tipologia di legislazione e carattere diretto della legislazione ordinaria. Il carattere obliquo non si riferisce alla natura non giuridica dei mezzi usati dalla legislazione indiretta, ma alla via indiretta che si prevede che certi mezzi seguano per raggiungere un certo obietti-

di selezionare una politica che non sarebbe in grado o non sarebbe disposta a difendere pubblicamente davanti ai propri cittadini: cfr. *Nudge*, cit., pp. 237-238. Si confronti con Bentham, che, in "Indirect Legislation" (UC lxxxvii. 110), sottolinea la necessità di «dare pubblicità alle ragioni per cui gli atti di uno stato sono stati decisi. Così come ai dati riferibili a quelle ragioni» («giving publicity to the reasons in which the acts of state have been grounded. As also to the data referred to by those reasons»).

⁴⁶ Brunon-Ernst, "Back to the Sources of Nudges", cit., p. 104.

⁴⁷ «[...] Direct legislation, indirect legislation. I call direct laws those which go straight to their target: that is prohibiting or ordering the act itself in question in criminal law; expressly deciding that a title to property or a position will belong to this or that individual in civil or constitutional law. All other means would be called indirect. The same law which is direct in one respect in relation to an end is indirect in relation to another end»: Bentham, "Indirect Legislation", cit., UC xxxiii. 111-12. Cfr. Brunon-Ernst, "Back to the Sources of Nudges", cit., p. 104.

vo (o effettuare una certa azione), si riferisce cioè alla mancanza di un'ovvia e diretta connessione tra gli obiettivi e i mezzi usati dalla disposizione giuridica, cioè tra questi mezzi e l'azione (o il fine) che si dovrebbe conseguire attraverso di essi.

In base a questa prima approssimazione sembra che la legislazione indiretta includa forme non giuridiche di controllo simili al controllo esercitato dalle forme attuali di regolazione attraverso il *nudge*. Ma prima di affermarlo occorre rivolgere l'attenzione alla legislazione diretta, che, come sappiamo⁴⁸, si occupa per lo più di colpire la delinquenza⁴⁹, coinvolgendo in primo luogo l'ambito del diritto penale (anche se, stando alla citazione precedente, la legislazione indiretta può trovare applicazione nel diritto civile e costituzionale), e descrive il sovrano come provvisto di due mezzi per combattere le azioni criminali: la legislazione diretta, che proibisce certe azioni e punisce ogni trasgressione dei divieti imposti dal sovrano (le leggi penali in senso proprio), e la legislazione indiretta, che cerca di conseguire lo stesso scopo usando strumenti differenti, come «accessory laws» o «adjective law»⁵⁰, cioè diritto procedurale, indirizzati ad altro tipo di soggetti. Come abbiamo già visto, Bentham scrive che: «Al capitolo della legislazione indiretta può essere ricondotta qualsiasi altra cosa possa essere fatta nella modalità della legge e al servizio dello stesso fine»⁵¹. Evidentemente, 'qualsiasi altra cosa' produce uno spazio di indeterminatezza concettuale che rende difficile predefinire i mezzi da utilizzare per mettere in pratica la legislazione indiretta. Questa indeterminatezza si evidenzia anche nel modo traslato con cui Bentham cerca di circoscrivere un campo che si mostra indefinibile, almeno immediatamente. Egli ricorre infatti all'uso di metafore in cui la legislazione indiretta è paragonata alla guerra (*storm, sap*)⁵²; oppure usa la geometria per parlare della legislazione indiretta come di una linea obliqua⁵³, e di quella diretta come una la linea retta; o, ancora, usa metafore ispirate

⁴⁸ Si vedano le definizioni del par. 3, *supra*.

⁴⁹ J. Bentham, "Indirect Legislation", cit., UC, lxxxvii, 2-3.

⁵⁰ Cfr. Brunon-Ernst, "Back to the Sources of Nudges", cit., p. 105.

⁵¹ Bentham, "Indirect Legislation", cit., UC, lxxxvii. 2-3. Cfr. nota 27, *supra*.

⁵² Vedi nota 29, *supra*.

⁵³ Vedi nota 29, *supra*.

alla caccia o al teatro per rappresentare l'idea della cattura di una preda da parte di un cacciatore, o delle operazioni dietro la quinta della scena nascoste all'occhio dello spettatore⁵⁴. L'indeterminatezza della legislazione indiretta è tale da sottrarla a una definizione concettuale, infatti Bentham ricorre all'espedito della descrizione di iniziative che possono ricadere nell'ambito di questo tipo di regolazione (indiretta) da parte di un sovrano: non fornisce cioè una definizione ma un elenco di esempi di applicazione. Nei *Traités* si citano mezzi come il controllo delle persone attraverso il salario (*pay*)⁵⁵, il conferimento di onorificenze come ricompensa o premio per certi tipi di comportamento⁵⁶, la promozione della scuola pubblica al posto di quella privata⁵⁷, la promozione della libertà di stampa⁵⁸, l'identificazione delle vittime dei crimini⁵⁹, e così via. Nel manoscritto *Indirect Legislation*, che precede i *Traités*, Bentham fa cenno anche ad altri tipi di iniziative indirette: prevenzione del crimine, beneficenza (*benevolence*), *poor law*, prevenzione dell'alcolismo, promozione della cultura, patrocinio di attività nel Sabbath, regole per rafforzare l'amministrazione della giustizia, tutela dell'informazione, pubblicità dei procedimenti pubblici, marcatura di individui⁶⁰, registri⁶¹, predisposizione di standard

⁵⁴ Vedi nota 30, *supra*.

⁵⁵ Bentham, *Traités*, cit., p. 356.

⁵⁶ Ivi, p. 356.

⁵⁷ Ivi, pp. 388-390.

⁵⁸ Ivi, pp. 392 ss.

⁵⁹ Ivi, pp. 404-405.

⁶⁰ Si veda Engelmann, "Nudging Bentham", cit., p. 75, che scrive che il *marking* è tra gli espedienti più scioccanti annoverati da Bentham tra le tecniche di legislazione indiretta – «la famigerata proposta di tatuare l'intera popolazione britannica – come una misura intesa, semmai, ad aumentare la libertà». Tra gli altri vantaggi, il 'marking' «può darmi le assicurazioni di cui ho bisogno per entrare in relazione e transazione con estranei che altrimenti temerei di intraprendere, e la libertà di camminare per le strade senza essere molestato» («can give me the assurances I need to enter into relationships and transactions with strangers that I would otherwise fear to undertake, and the freedom to walk the streets unmolested»): Bentham, "Indirect Legislation", cit., UC lxii. 189-190, 179-181.

⁶¹ Si tratterebbe della «standardizzazione di pesi e misure» e di «title registers» come «tecniche di legislazione indiretta che funzionano in questo

della qualità e della quantità, contributi previdenziali (*stamps*)⁶², e altro ancora⁶³. Sono mezzi eterogenei che non aiutano a circoscrivere il dominio di applicazione della legislazione indiretta; tuttavia è lo stesso Bentham a dire che «L'ambito della legislazione indiretta potrebbe risultare immenso nel dettaglio ma ancora circoscritto da certi limiti»⁶⁴. Non è un indizio chiaro e non aiuta a trovare una definizione che vada oltre l'indicazione disordinata di possibili iniziative del sovrano⁶⁵; ma, forse, è proprio questa duttilità a farla assomigliare al *nudge*.

modo»: cfr. Engelmann, “Nudging Bentham”, cit., p. 76. Cfr. Bentham, “Indirect Legislation”, cit., UC lxxxvii. 154-156, 161-162.

⁶² Engelmann, “Nudging Bentham”, cit., p. 77; cfr. Bentham, “Indirect Legislation”, cit., UC lxxxvii. 143.

⁶³ Brunon-Ernst, “Back to the Sources of Nudges”, cit., p. 106.

⁶⁴ Cfr. nota 34, *supra*.

⁶⁵ Secondo Brunon-Ernst, è utile riferire la ‘legislazione indiretta’ alla più generale architettura del diritto usando le suddivisioni correnti: diritto penale, civile e costituzionale. A questo proposito tra gli studiosi del pensiero benthamiano c'è un generale consenso sul fatto che il diritto penale contiene esempi di legislazione indiretta: ad esempio, D. Lieberman, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989. La definizione data all'inizio del par. 3 in effetti identifica il diritto penale come l'ambito privilegiato di applicazione della legislazione indiretta. Più controversa è la tesi se il diritto civile possa essere un campo in cui la legislazione indiretta può essere utilizzata (J. Bentham, *Selected Writings of Jeremy Bentham*, ed. S.G. Engelmann, Yale University Press, New Haven 2011, p. 12). Altri studiosi credono che nell'opera di Bentham non ci sia alcun segnale di un suo possibile impiego nell'ambito del diritto civile. In effetti, Bentham non sviluppa la teoria della legislazione civile indiretta con la profondità e l'estensione che dedica a questo tipo di dispositivi nel diritto penale, ma secondo Brunon-Ernst questo fatto non implica che Bentham non consideri l'applicazione di mezzi indiretti di controllo ai diversi ambiti del diritto civile, anche perché ci sono testimonianze del fatto che Bentham non credeva nell'utilità della divisione disciplinare delle diverse branche del diritto. Per un'analisi della divisione del diritto in civile, penale, ecc. si veda A. Brunon-Ernst, “Délimiter la branche civile du droit: Bentham et la quête impossible”, in G. Tusseau, M. Bozzo-Rey (sous la direction de), *Bentham juriste*, Economica, Paris, 2010, pp. 177-200, e A. Brunon-Ernst, “Of the Limits of the Civil Branch of Jurisprudence: Background, Definitions and Limits of Bentham's Discussion on Civil Law in Limits”, in Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, cit., pp. 117-128; Brunon-Ernst, “Back to the Sources of Nudges”, cit., p. 120. Il diritto costituzionale è raramente menzionato come ambito che ammette l'uso della legislazione in-

Il senso dell'accostamento tra legislazione indiretta e *nudge* non si esaurisce nelle possibilità pratiche e tecniche che ciascuno di questi mezzi offre, perché va al cuore del pensiero stesso di Bentham, cioè il rapporto tra etica individuale e legislazione⁶⁶. In generale, l'etica include la legislazione, poiché è l'arte di dirigere le azioni umane verso il fine di conseguire la più grande quantità di felicità da parte di coloro il cui interesse è in questione⁶⁷. L'etica privata è invece una parte dell'etica intesa come l'arte di dirigere le azioni proprie del singolo, una sorta di arte dell'auto-governo⁶⁸. Quando non si tratta di etica privata, gli "altri" da dirigere possono essere uomini o animali (degradati dalla teoria del diritto a classe di oggetti inanimati). Per gli uomini, l'arte di dirigere le loro azioni verso il fine della massima felicità altro non è che «l'arte del governo»⁶⁹: essa è conosciuta come 'legislazione' quando le misure del governo assumono carattere permanente, si chiama invece 'amministrazione' quando i dispositivi della regolazione hanno carattere temporaneo e sono determinati dalle necessità del momento.

Nella discussione dell'arte del governo Bentham finisce per introdurre, benché implicitamente, la legislazione indiretta. Infatti, nel governo di se stessi attraverso l'etica privata ogni soggetto ha doveri di prudenza (*prudence*, la cura per la propria felicità), di probità (*probity*, il dovere di non danneggiare gli altri), e di beneficenza (*beneficence*, il dovere di aiutare gli altri), che sono anche i fini del legislatore utilitarista. Occorre perciò stabilire, se c'è, una differenza tra i due ambiti pratici. Non tutto quello che devo fare come agente privato può essere reso obbligatorio da un legislatore; c'è infatti un'intera classe di casi "inadeguati alla punizione" attraverso il diritto, per i quali cioè la sanzione giuridica può risultare inefficace e non giustificata, quindi non necessaria né proficua⁷⁰. In definitiva,

diretta, anche se Bentham afferma che può presentarsi anche in questo campo: cfr. Bentham, *Traité*s, cit., p. 392.

⁶⁶ Si deve questa suggestione a Engelmann, "Nudging Bentham", cit., pp. 74 ss. Cfr. Bentham, *Limits*, cit., p. 3.

⁶⁷ Ivi, p. 4.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Ivi, p. 5

⁷⁰ Si veda Bentham, *Introduzione*, cit. pp. 270 ss., in part. 276-278.

secondo Bentham non c'è nessun caso in cui un soggetto privato non dovrebbe orientare il proprio comportamento alla produzione della sua propria felicità e a quella dei suoi simili, ma ci sono casi in cui il legislatore non dovrebbe tentare di orientare – almeno in maniera diretta, e per mezzo di sanzioni applicate a particolari azioni individuali – il comportamento dei membri della comunità⁷¹. Se poi ci chiediamo come tracciare la linea tra azione eteronoma ed etica privata, Bentham risponde che essa non può essere identificata con certezza, perché si tratta di dare un'idea dei casi in cui l'etica dovrebbe, e la legislazione non dovrebbe (per lo meno direttamente) interferire. Se la legislazione interferisce in maniera diretta lo fa unicamente attraverso la sanzione⁷². In sostanza, il confine tra ciò che pertiene all'etica e ciò che pertiene al diritto (per definizione sanzionatorio) non è il confine tra etica e legislazione in generale, bensì tra etica e legislazione diretta, il che lascia intendere che quella indiretta sia perfettamente compatibile con l'etica, a patto che i benefici superino i costi della sua applicazione e che la legislazione indiretta sia in grado di aiutarci ad aiutare noi stessi⁷³.

Alla base del collegamento tra legislazione ed etica c'è inoltre l'idea fondamentale che informa tutto il sistema benthamiano, cioè che la conoscenza della natura umana è necessaria per influenzare la condotta delle persone. Nella *Introduction to the Principles of Moral Legislation*, dopo aver spiegato, nei primi due capitoli, quali debbano essere i fini della legislazione, nei nove capitoli seguenti Bentham si occupa di psicologia⁷⁴. Le relazioni tra legislazione indiretta e conoscenza della natura umana diventano esplicite quando Bentham lamenta l'imperfezione del diritto penale e la sua incapacità di agire a livello di prevenzione. L'inefficacia si deve alla scarsa conoscenza

⁷¹ Bentham, *Limits*, cit., p. 7.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Engelmann, "Nudging Bentham", cit., p. 75.

⁷⁴ Si veda Bozzo-Rey, "Indirect Legislation", cit., p. 109, e Harrison, *Bentham*, cit., pp. 135-166. Cfr. M. Bozzo-Rey, "Le droit comme système de contrôle social. La question des normes chez Bentham et Foucault", *Revue d'études benthamiennes*, 8, 2011, pp. 1-10, <https://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/295>; Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, cit.; Bozzo-Rey, Tusseau (sous la direction de), *Bentham juriste*, cit.

del male morale e della psicologia di chi vuole fare il male. Il diritto penale ha bisogno di trovare nuovi espedienti, nuovi mezzi di un'arte di dirigere le inclinazioni umane tale da indebolire la capacità seduttiva del male e fortificare l'inclinazione a fare il bene. Si tratta di "mezzi indiretti" che, senza avere le caratteristiche della pena, agiscono sul fisico e sul morale dell'uomo per disporlo all'obbedienza delle leggi evitando la tentazione del crimine, e governarlo attraverso le sue debolezze e i suoi punti di forza⁷⁵.

Sono molte le conclusioni che possiamo ricavare da queste osservazioni. In primo luogo, la legislazione diretta manca di mezzi indiretti od obliqui per sua propria natura poiché si occupa di repressione. In secondo luogo, la legislazione indiretta riguarda essenzialmente la prevenzione, e questo è il suo carattere distintivo rispetto alla prima. In terzo luogo, la legislazione indiretta ha a che fare con la conoscenza, il potere e la volontà: attivando uno o più di queste variabili essa può conseguire i suoi fini, rendendosi in ciò superiore alla legislazione diretta. In quarto luogo, la legislazione diretta e indiretta condividono lo stesso scopo, cioè assicurare che le persone obbediscano alle leggi espresse dalla volontà del sovrano. Infine, legislazione diretta e indiretta condividono due ambiti di applicazione, cioè il corpo e la mente delle persone; entrambe si avvantaggiano della conoscenza scientifica e profonda delle dinamiche del comportamento⁷⁶. Tutta l'arte della legislazione benthamiana si basa e si sviluppa sui presupposti della conoscenza della psicologia umana⁷⁷, a sua volta basata sull'osservazione. Non sarebbe un'arte del governo, e mancherebbe di efficacia, se il legislatore non conoscesse gli interessi che muovono gli individui. L'intero sistema giuridico presuppone la possibilità di conoscerli⁷⁸; anzi, è tutta la cultura utilitaristica a presupporre la possibilità e la

⁷⁵ Bentham, *Traités*, cit., p. 332.

⁷⁶ Cfr. Bozzo-Rey, "Indirect Legislation", cit., p. 109.

⁷⁷ Alcune citazioni da Bentham illustrano questa convinzione: "Gli uomini calcolano, alcuni con maggiore, altri con minore esattezza, è vero: ma calcolano tutti. Persino i pazzi" (*Introduzione*, cit., p. 290); cfr. *ivi*, pp. 92-93. La conoscenza della natura umana e delle sue patologie è perciò alla base di una buona legislazione (Bentham, *Traités*, cit., p. 170), e garantisce che l'intero sistema giuridico funzioni in maniera appropriata.

⁷⁸ Si veda Harrison, *Bentham*, cit., p. 146.

necessità di soppesare gli interessi individuali per promuovere l'utilità e la felicità collettiva⁷⁹. Proprio per questo, l'architettura giuridica non potrebbe raggiungere la sua piena realizzazione se le persone non avessero una chiara visione dei propri interessi. Se un legislatore basasse una certa legge su un interesse supposto tale per un certo tipo di soggetto, e i soggetti cui si rivolge ignorassero qual è il loro interesse, questa legge sarebbe manifestamente inefficace e le persone finirebbero per non seguire la volontà sovrana che, direttamente o indirettamente, intende perseguire la loro felicità. Perciò, le conoscenze necessarie all'architettura legislativa utilitaristica sono due: quella del legislatore rispetto agli interessi dei destinatari del diritto, e quella dei destinatari rispetto ai propri interessi. Dandosi queste due conoscenze, il diritto funziona e soddisfa il principio di utilità. Inoltre, la base osservativa ed empirica è importante soprattutto per la legislazione indiretta, cioè per le strategie oblique che l'ordinamento giuridico è in grado di adottare per raggiungere i suoi scopi.

Sunstein e Thaler credono di arrivare al medesimo risultato rinunciando a una parte importante della conoscenza necessaria a governare: quella che pertiene ai soggetti (delle leggi e) delle politiche di *nudging*. Circa due secoli dopo Bentham l'argomento epistemico difeso da Mill, ma messo in campo da Bentham, è ridotto a un'illusione. Chi deve conoscere moventi, interessi e intenzioni dell'azione non è il soggetto che li ha, ma colui che lo governa. La lezione più importante che i neopaternalisti ricavano dalla psicologia comportamentale è chiamata la 'falsa ipotesi' (*false assumption*⁸⁰) secondo cui le persone agiscono sempre perseguendo quello che conoscono come il proprio interesse. Tuttavia, questa divaricazione epistemologica non impedisce che, proprio come alla legislazione indiretta, al *nudge* si addicano l'anticipazione e la prevenzione di problemi che possono interessare la sfera etica privata⁸¹. Scrive Engelmann: «Da

⁷⁹ Per esempio, C. Arnspenger, P. Van Parijs, *Quanta diseguaglianza possiamo accettare? Etica economica e sociale*, Il Mulino, Bologna, 2003.

⁸⁰ Questa falso presupposto assieme a due errori del ragionamento sono la base del *nudge approach* e le premesse per molteplici argomenti: Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., pp. 15-16.

⁸¹ Su *indirect legislation* e prevenzione si veda A. Marciniak, "Prevention of Evil, Production of Good": Jeremy Bentham's Indirect Legislation and its

notare che, per Bentham, prevenire la delinquenza sfuma nell'aiutarci ad aiutare noi stessi, mentre per Sunstein e Thaler aiutarci ad aiutare noi stessi sfuma nel prevenire la delinquenza. In entrambi i casi il punto è attuare disposizioni che fanno uso della libertà individuale per potenziare l'auto-controllo e il mutuo controllo al servizio del welfare aggregato»⁸². Stabilito questo punto, pur nella parziale asimmetria dei presupposti, l'affinità tra legislazione indiretta e *nudge* appare evidente. Essa trova conferme nella convinzione, condivisa da Bentham e dai neopaternalisti, che l'efficienza e l'effettività delle regole giuridiche migliori mobilitando e aumentando, in maniera creativa, altri tipi di regolazione e di "sanzione".

5. Strategie oblique I: sanzione e prevenzione

Oltre alla sanzione «politica», Bentham prevede la sanzione «fisica» (*physical*), «morale» (*moral*), «religiosa» (*religious*) e «popolare» (*popular*)⁸³. Sono tutte in grado di promuovere la felicità dei governati a patto che si ricordi che l'«arte del governo» benthamiana è una sorta di medicina che predispone terapie⁸⁴. Le sanzioni sono espedienti terapeutici sofisticati, che richiamano l'idea avanzata da Sunstein e Thaler quando parlano del ricorso all'economia comportamentale come alla necessità di governare le condotte focalizzandosi sui meccanismi psicologici ("malati", deficitari) del sé indivi-

Contribution to a New Theory of Prevention", *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 83-105.

⁸² Engelmann, "Nudging Bentham", cit., p. 76. Riprenderemo questo concetto di prevenzione nell'ultimo capitolo.

⁸³ Bentham, *Introduzione*, cit., pp. 117-121. Bentham elenca quattro tipi di sanzione (o «fonti di dolore o piacere»): «sanzione fisica (*physical*)», «politica», «morale o popolare», «religiosa». Più avanti aggiunge la «*sympathetic sanction*», probabilmente implicata nella breve discussione su come coltivare la benevolenza in "Indirect Legislation". Più tardi elenca 14 tipi di sanzione: si veda in proposito M. Mack, *Jeremy Bentham: An Odyssey of Ideas, 1748-1792*, Columbia University Press, New York, 1963, p. 243.

⁸⁴ Scrivendo all'alba dell'emergere delle scienze sociali, Bentham modella il suo lavoro sulla medicina; l'arte del governo viene cioè presentata come un'arte terapeutica che deve essere strutturata a partire da una scienza di anatomia politica: si veda Bentham, "Preface" del 1789 a *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, cit.; cfr. Bentham, *Introduzione*, cit., p. 86.

duale. Entrambe le teorie si propongono come diagnosi della realtà dei meccanismi sociali e predispongono “cure”, lasciandoci però in preda a una strana impressione: di fronte a ciò che affligge la società (l’infelicità delle persone, delinquenza e cattivo governo), Bentham squaderna una visione etica, ideologica, giuridica, e molti mezzi per plasmarla, laddove i neopaternalisti pensano unicamente al *nudge* affermando il proprio disinteresse per qualsiasi visione ideologica⁸⁵. Gli avvocati del *nudge* respingono l’accusa di difendere una visione assolutista del bene attorno a cui costruire una società finalisticamente orientata e l’idea di ricorrere al paternalismo coercitivo. Il loro interesse si concentra sulle architetture della scelta e sui default, cioè sui mezzi tecnici (obliqui, indiretti) che orientano le decisioni e le condotte senza interferire coercitivamente con esse. La forma di sanzione più creativa che concepiscono è la difficoltà del *nudgee* di mettere in atto una reazione al default, poiché la creatività vera è quella che presiede alla strutturazione dell’architettura. Che questa faccia del *nudge* un mezzo non sanzionatorio e libertario è loro espressa convinzione. Tuttavia, l’argomento vale solo se per ‘sanzione’ si intende quella giuridica; se invece ragioniamo più a fondo sulla creatività del *nudging* vi si può vedere annidata una forma di sanzione morale – ma forse dovremmo dire *moralistica*.

Il presupposto perché un *nudge* funzioni è che il soggetto cui si applica sia difettoso, e gli si applica proprio *in quanto* difettoso, inadeguato, intrinsecamente imperfetto. Che un’architettura della scelta costruita su questi presupposti non cambi gli incentivi, sia cioè davvero in grado di agire sulle motivazioni del comportamento che i *nudgee* possono coscientemente riconoscere, sembra negato a

⁸⁵ Ovviamente possiamo vedere in questo una sorta di vantaggio, nel fatto cioè che il *nudge* non sia, come la teoria benthamiana, così “totalitario”. Né vorremmo dare l’impressione che ammiriamo l’utilitarismo e ne rimpiangiamo una certa inibizione nel realizzare il suo progetto. In effetti, dice Engelmann, c’è nell’arte del governo benthamiana un’aura di «*unlimited ambition*» che però non è la fede nelle capacità illimitate di governo come scienza pratica. Questa errata impressione sul progetto di Bentham sarebbe da imputare a Mill, soprattutto alla prima edizione della sua *Logic*. Per questa critica, e per un confronto tra Mill e Bentham su arte, scienza e governo, si veda S.G. Engelmann, “Mill, Bentham, and the Art and Science of Government”, *Revue d’études benthamiennes*, 4, 2008, pp. 1-14, <https://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/178>.

priori. Le motivazioni non sono mai prese in considerazione, se non dal lato degli errori che presumibilmente si interpongono tra l'identificazione del fine della scelta e la messa in atto dei mezzi per conseguirlo. Ma anche ammettendo l'ipotesi che il *nudge* funzioni in senso emancipativo su qualche soggetto, metta cioè capo a un processo conoscitivo e di autocoscienza del *nudgee* rispetto ai propri interessi e desideri, questa non è la ragione per cui Thaler e Sunstein lo difendono. La funzione emancipativa del *nudging* è elusa del tutto e con essa la funzione politica degli architetti e dell'architettura, cui spetta un compito più affine a quello dei tecnocrati. Se, dopo tutto, ciò non sorprende, ha però l'effetto di portare il confronto con Bentham a un livello più alto, cioè al significato di 'architettura della scelta'⁸⁶.

Secondo Michael Quinn tra questa nozione e l'intero progetto legislativo benthamiano, basato su un'arte del governo attenta al contesto della scelta, esistono evidenti affinità⁸⁷. Non potrebbe essere altrimenti, dal momento che potere, volontà e conoscenza sono interconnessi nell'azione di governo, e non si esercita nessun potere sulle motivazioni dei governati se non si conoscono i loro moventi – e, come abbiamo visto, se non si conoscono i moventi la volontà sovrana rischia di essere ineffettiva. Non è perciò azzardato affermare che l'intero progetto legislativo di Bentham è un esercizio di progettazione dell'architettura della scelta «informato dall'obiettivo di massimizzare la felicità di cui gli esseri umani fanno esperienza facendo delle scelte nel contesto della società politica governata dalla legge»⁸⁸. Ma mentre per Thaler e Sunstein l'architettura della scelta è associata al concetto di *nudge* (non coercitivo), per Bentham, al contrario, organizzare il contesto in cui le persone fanno le loro scelte è il compito principale del diritto penale. Sappiamo bene che il legislatore organizza questo contesto anche al di là dell'ambito del diritto

⁸⁶ Un'espressione coniata e poi resa popolare da Thaler e Sunstein e mai usata da Bentham.

⁸⁷ Scrive Quinn: «non è certo esagerato descrivere l'intero progetto legislativo di Bentham come un esercizio di *choice architecture*, informato dal fine di massimizzare la felicità così come vissuta dagli esseri umani che compiono scelte nel contesto della società politica strutturata attraverso il diritto»: Quinn, "Jeremy Bentham Choice Architect", cit., p. 11.

⁸⁸ *Ibidem*.

penale, ma limitare l'architettura della scelta a misure non coercitive vuol dire misconoscere la nozione di scelta⁸⁹.

Il significato che Bentham dà alla legge si concentra infatti sulla sua funzione di dirigere le condotte secondo la volontà del legislatore, e il modo più ovvio di modificare il comportamento in base a tale volontà è aumentare i costi della non conformità attraverso la minaccia di una sanzione giuridica (cioè *politica*). L'analisi benthamiana della legge mantiene ovunque questa attenzione penalistica, tanto che la stessa legislazione indiretta è definita in contrapposizione a essa, come in questo caso: la legislazione indiretta si dà in presenza di molti modi di prevenire misfatti in maniera diversa dal ricorso alla punizione (e alla forza della sanzione) applicata immediatamente all'atto che appare odioso al sovrano⁹⁰. Secondo Quinn, ciò rende il *nudge* simile alla legislazione indiretta anche in virtù dell'ampia varietà delle sue manifestazioni e delle architetture, e grazie alla possibilità che il ruolo di architetto possa essere ricoperto da una molteplicità di attori. Nella nozione di 'legislazione indiretta' si ritrova cioè l'ammissione implicita che soggetti diversi dal sovrano siano nella posizione per produrla, nonostante il fatto che il default benthamiano sia la volontà del legislatore che agisce direttamente, cioè il sovrano. Al tempo stesso, l'identificazione della legge con la manifestazione di una volontà determinata rende potenzialmente 'legge' ogni dichiarazione di questo tipo. La maggior parte di tali atti di volontà non sono 'legge', poiché l'unica dichiarazione a costituire legge deve essere riconducibile al sovrano; tuttavia, poiché l'identità del sovrano dipende dal prevalere di una disposizione a obbedire alle sue dichiarazioni di volontà, dall'esistere cioè di soggetti che mostrano un'attitudine a compiacere la volontà di qualcuno, quel *qualcuno* è nella posizione di "legiferare" con successo, soprattutto se l'azione

⁸⁹ *Ibidem*. Cfr. Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 11.

⁹⁰ Cfr. nota 27, *supra*. Si veda Bentham, "Indirect Legislation", cit., UC lxxxvii. 2-3; UC lxxxvii. 42: «Ora, per prevenire i misfatti il più ovvio e universale metodo è sforzarsi di prevenire le azioni che hanno la tendenza a promuoverli, per mezzo delle punizioni inflitte dalla sanzione politica e applicate immediatamente proprio a quelle stesse azioni. Questo, allora, può essere inteso costituire l'affare della legislazione diretta e ordinaria: gli altri espedienti la cui natura delle cose può portare alla promozione dello stesso fine possono essere riferiti al capitolo della legislazione indiretta o trascendentale».

regolativa è legata all'esistenza di una sanzione non di tipo politico (quella del diritto) ma di tipo *morale*⁹¹.

In pratica, Bentham mostra che ci sono contesti della scelta non rappresentabili attraverso i comandi o i divieti del diritto, cioè non riferibili a un architetto in quanto legislatore (sovrano), ma di altro tipo. Tutto questo è coerente con l'idea che esistono molteplici fonti della legislazione indiretta e molti mezzi o espedienti per metterla in pratica. Occorre dunque chiedersi se le categorie del pensiero giuridico siano adeguate a interpretare l'idea di legislazione indiretta. In essa si sovrappongono, come abbiamo visto, diritto civile, penale, costituzionale e procedurale (*adjective law*); inoltre, essa ha a che fare con questioni disomogenee e scollegate, come rimedi alla povertà, prostituzione, beneficenza – solo per dirne alcune⁹². In quale misura tali applicazioni ricadano nell'area identificabile con queste branche del diritto, o al di fuori di esse, è difficile dirlo, per la difficoltà sia di distinguere tra legislazione diretta e indiretta, sia di rinvenire criteri per distinguere tra *nudge* e legislazione indiretta e ogni altra forma di legislazione e di controllo sociale non giuridico, quasi a indicare che i due mezzi regolativi (*nudge* da un lato, legislazione indiretta dall'altro) non operano al medesimo livello normativo. Non a caso, Bentham stabilisce una gerarchia tra i due strumenti di regolazione⁹³: legislazione diretta sanzionatoria, e indiretta, cioè obliqua.

Quali conclusioni possiamo ricavarne? In primo luogo una conferma: se è vero che per Bentham definire una norma significa chiedersi se ci sono i mezzi per renderla coercibile – se è vero, cioè, che la punibilità è il cuore della legislazione diretta –, è altrettanto vero che la teoria del diritto benthamiana non si limita a fondarsi sul sistema sanzionatorio classico. Come si è visto, Bentham parla di (almeno)

⁹¹ Quinn, "Jeremy Bentham Choice Architect", cit., p. 12.

⁹² Tutto questo produce, come abbiamo detto, l'impressione che Bentham fosse in difficoltà a collocare la legislazione indiretta in una categoria specifica; tuttavia egli non pensava che la sua efficacia dipendesse dalla possibilità di averne una conoscenza compiutamente organizzata, e infatti scrive: «it will be no great matter: nothing of moment will turn upon the accuracy of the division» tra legislazione diretta e indiretta. Cfr. nota 39, *supra*.

⁹³ Cfr. par. 3, nota 31, *supra*.

quattro forme di sanzione: politico/giuridica, prevista dal diritto; morale-popolare, riferibile alla valutazione morale di azioni e condotte altrui; fisica, che scatta quando un atto di natura si fa carico delle conseguenze delle proprie azioni; e religiosa, un tipo di “coercizione” riferibile alla vincolatività rispetto ai comandamenti di un essere trascendente. Inoltre, come si è visto a proposito del rapporto tra legislazione ed etica privata (l’arte di governo complessiva di tipo utilitaristico), il confronto con la legislazione diretta illumina non tanto l’elemento coercitivo della *legal theory* benthamiana, quanto piuttosto l’elemento utilitaristico, il fine della massimizzazione dell’utilità. Non sembra quindi scorretto dire che il legislatore indiretto appare come un agente analogo al *choice architect*⁹⁴.

Come l’architetto della scelta nella teoria del *nudge*, il legislatore che ricorre a mezzi diretti o indiretti per guidare la condotta lo fa con l’esplicito intento di controllarla. A tal proposito, Engelmann scrive: «Bentham concepisce tutta la legislazione come controllo, e in questo senso è diretta e indiretta allo stesso tempo. [...] in questo modo, la legislazione indiretta raccomanda al legislatore di adottare modalità diverse della sanzione»⁹⁵. I due modi per controllare il comportamento umano e collettivo sono la legislazione diretta, ovvero la legge promulgata come espressione della volontà del legislatore, diretta a coloro che vi sono sottoposti, sostenuta dalla minaccia della sanzione e avente lo scopo di controllare la loro condotta in caso di mancata obbedienza⁹⁶; e la legislazione indiretta, cioè gli atti predisposti dal legislatore, o da altri tipi di agenti, per influenzare la condotta di altri soggetti, sia sostituendola alla sanzione del diritto (manifestando, in questo caso, la natura non giuridica di questo

⁹⁴ Questo si evidenzia nell’attenzione che la letteratura riserva al ruolo combinato di legislazione diretta e indiretta nel controllo del comportamento: Si veda Engelmann, “‘Indirect Legislation’: Bentham’s Liberal Government”, cit., pp. 372-373; M. Bozzo-Rey, *Le statut du principe d’utilité dans la philosophie politique de Jeremy Bentham*, PhD Dissertation, Paris-Ouest-Nanterre-La Défense University, 2007; Brunon-Ernst, *Utilitarian Biopolitics*, cit.

⁹⁵ Engelmann, “‘Indirect Legislation’: Bentham’s Liberal Government”, cit., p. 371.

⁹⁶ Cfr. Bentham, *Limits*, cit. *Contra*, cfr. per es., H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Studies on Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 252. Cfr. Brunon-Ernst, *Utilitarian Biopolitics*, cit., pp. 67-85.

tipo di regolazione), sia usandola come elemento accessorio della sanzione, trasformandola cioè in una particolare forma giuridica di regolazione⁹⁷. Il primo obiettivo di Bentham, cioè il controllo della condotta, si produce con mezzi giuridici e non giuridici. La distinzione tra mezzi di un tipo o dell'altro non è quindi molto rilevante, se siamo disposti ad accettare che tutte le forme di diritto contribuiscono alla formazione di un'architettura della scelta, cioè alla messa a punto dell'ambiente in cui gli individui compiranno le loro scelte e adotteranno le proprie condotte⁹⁸.

Su queste basi, la risposta all'interrogativo che ci siamo posti all'inizio – se il *nudge* possa intendersi come meccanismo di regolazione della condotta in grado di sostituirsi agli strumenti tipicamente giuridici – non trova ancora una risposta netta. Esattamente come c'è continuità tra legislazione diretta e indiretta, al punto che il confine tra le due forme di regolazione è per Bentham indefinibile, dovremmo vedere nelle manifestazioni del *nudge* non tanto un elemento dicotomico rispetto a quello del diritto, ma una serie di dispositivi che differiscono dal diritto solo per il grado di coercitività che incarnano. Di fronte ai molti esempi di presenza del *nudging* nel diritto (a questi aspetti fenomenologici dedicheremo il prossimo capitolo) la tentazione è, in realtà, vedere i *nudger* come figure coinvolte nella predisposizione di opzioni di default facilmente evitabili per agevolare l'autonomia di scelta, e nella costruzione di architetture generalmente prevalenti in ambienti che presentano per lo più dispositivi non giuridici della regolazione. Tuttavia, se il fine non è sanzionare i comportamenti con lo strumento diretto della sanzione ma operare in vista del loro controllo, legislazione indiretta e *nudge* paiono accomunati dal fine *preventivo*.

⁹⁷ Si veda Engelmann, “Indirect Legislation’: Bentham’s Liberal Government”, cit., pp. 372 ss.. Per esempio, produrre una legislazione che penalizza la compravendita dei servizi delle prostitute è un chiaro esempio di legislazione diretta che ha l'effetto intenzionale di proibire a certe categorie di individui certi tipi di comportamento, proprio attraverso la minaccia della sanzione giuridica. Al tempo stesso, però, occorre vedere nella legislazione indiretta la prevenzione della prostituzione come obiettivo primario: si veda Bentham, *Traité*s, cit., pp. 375-377. Un esempio di uso non giuridico della sanzione sembra quello della sanzione popolare di cui si fa cenno in questo paragrafo.

⁹⁸ Cfr. Quinn, “Jeremy Bentham Choice-Architect”, cit.

Prevenire i comportamenti non è solo evitare che venga commesso un crimine, ma predirigere la condotta, anticiparla, prevederla. Inoltre, «la distinzione tra mezzi giuridici e mezzi non giuridici di controllo – così come è intesa dai *nudger* – non si sovrappone interamente a quella fatta da Bentham»⁹⁹. In pratica, non è detto che la legislazione indiretta benthamiana richieda necessariamente sanzioni non giuridiche. Il vero discrimine non è la scelta tra carattere sanzionatorio e non sanzionatorio, ma il *modo* di usare le sanzioni. È questa modalità a indicare la specificità della legislazione indiretta rispetto ad altri mezzi di controllo. Quando il legislatore legifera direttamente fa leva sulle motivazioni e sulla minaccia della sanzione per dirigere la condotta del trasgressore; operando invece a livello di legislazione indiretta, il legislatore agisce sia basandosi sulle condizioni dell'azione intenzionale (conoscenza, intenzione, motivazione, potere) di un attore differente da quello che mette in atto la condotta; sia basandosi su queste stesse condizioni, ma da una prospettiva diversa. Detto altrimenti, nel primo caso la legislazione indiretta coincide con quella diretta, cioè ricorre alla sanzione politico/giuridica ma in maniera obliqua.

Mettiamo che un certo tipo di condotta sia vietato: la commissione di questo atto porterà all'applicazione di una sanzione il cui ammontare sarà stabilito in base alla necessità di superare il probabile beneficio che deriva dalla commissione del crimine, nella speranza di esercitare azione di deterrenza. La differenza consiste nel fatto che, invece di punire chi commette crimine, il legislatore punisce un altro attore che potrebbe trarre beneficio dall'azione del criminale, o che potrebbe incoraggiare il criminale a commettere il suo crimine, o essere strumentale nella commissione dell'atto criminale. Per esempio, invece di punire l'ubriacone, il legislatore di Bentham infligge pene al venditore di birra o a chi produce e vende luppolo; invece di immaginare un sovrano che punisce la prostituta, Bentham pensa a un sovrano che punisce lo sfruttatore e il consumatore di prostituzione. In questa forma, la legislazione indiretta riguarda i reati accessori e non i meccanismi regolatori simili al *nudge*. Nel secondo caso, cioè guardando l'azione regolativa “da un'altra prospettiva”, il legislatore usa mezzi alternativi di regolazione della condotta tentando di stroncare

⁹⁹ Bruonon-Ernst, “Back to the Sources of Nudges”, cit., p.108.

sul nascere ogni desiderio di delinquere, cioè creando un ambiente della scelta che previene il prosperare del crimine.

Secondo Brunon-Ernst, quest'ultimo è il tipo di strategia che prediligono i *nudger* quando usano il flusso dei condizionamenti psicologici degli agenti della scelta per rendere certe opzioni più desiderabili di altre¹⁰⁰. In modo simile, Bentham suggerisce di predisporre opzioni che assomigliano al default creato dai *nudger*: «La Legislazione Indiretta opera inducendo gli uomini a non avere certi desideri, invece di ostacolarli quando sono sorti»¹⁰¹. In pratica, mettendo in primo piano una serie di opzioni da cui scegliere la propria linea di condotta, Bentham predispone delle opzioni di default in grado di massimizzare, meglio di altre, l'utilità degli individui. Poiché il default punta all'umano desiderio ed è una forma di controllo sociale che procura meno sofferenza della sanzione giuridica, esso può allontanarsi dal campo del crimine in quanto tale (e quindi anche dagli atti criminali che sono il suo oggetto)¹⁰², e contribuire, al tempo stesso, al controllo di molti ambiti del comportamento umano e collettivo – la povertà, l'alcolismo, l'inclinazione al vizio, ecc. Questo secondo tipo di legislazione indiretta potrebbe risultare utilizzabile anche all'interno della regolazione giuridica, esattamente come un tassa sul gin, o sulle sigarette in tempi più recenti – ed è altrettanto ovvio che una tassa è racchiusa in una legge ed è sostenuta da sanzioni¹⁰³.

¹⁰⁰ Ivi, p. 109.

¹⁰¹ Cfr. par. 3, nota 28, *supra*. Bentham fa un'affermazione simile nei successivi *Traités*, cit., p. 341: «L'oggetto (scopo) della legislazione diretta è ostacolare i desideri perniciosi attraverso divieti e sanzioni diretti contro le azioni dannose a cui questi desideri possono dare origine. [...] Lo scopo della legislazione indiretta è contrastare la loro influenza, aumentando la forza dei desideri meno pericolosi che possono entrare in competizione con loro». Questa definizione si applica esplicitamente all'insieme di espedienti indicati a proposito della legislazione indiretta, dove si suggerisce una tassa sul gin, non certo sul tè.

¹⁰² Si veda Bentham, *Introduzione*, cit., cap. XI, e *Limits*, cit., p. 7: «These cases, it may be remembered, are of four sorts: 1. Where punishment would be groundless. 2. Where it would be *inefficacious*. 3. Where it would be *unprofitable*. 4. Where it would be *needless*».

¹⁰³ Nel prossimo capitolo vedremo come questa possibilità incide sulla concezione *soft* del paternalismo legato al *nudge*.

La distinzione tra la prima forma (giuridica) di legislazione indiretta, e la seconda (non giuridica) diventa centrale se riportata al dibattito sul *nudge*. Se guardiamo alla letteratura sulla normatività del *nudge*, l'impressione è che i *nudge* possono essere resi operativi da un *framework* giuridico ed entro l'ambito del diritto; al tempo stesso, scienziati politici e studiosi del diritto si sono interessati al fenomeno del *nudge* proprio per il suo aspetto tipicamente non giuridico di regolazione sociale. Il *nudging* è considerato da questi ultimi come un mezzo efficace ed economico di attuare politiche che non implicino strumenti legislativi costosi (in termini di apparati esecutivi, di corretta attuazione e punizione in caso di inadempimento delle iniziative, e di invasività nella sfera della libertà di scelta delle persone), ma anche come una modalità di regolazione che prevede "costi alti", cioè coinvolge processi di legislazione, o per migliorare l'efficacia degli obiettivi che intende conseguire, o per ragioni di legittimazione democratica¹⁰⁴.

Questo significa che giuridico e non giuridico si coniugano variamente nel *nudge*. Se si tratta di iniziative volte a modificare o restringere la scelta degli attori sociali, è facile immaginare che strumenti giuridici e non giuridici si trovino variamente combinati in un *continuum* di gradi di interferenza che vanno dal *nudge* dolce e suadente ai provvedimenti coercitivi del diritto. Le iniziative pubbliche improntate al *nudge* sono cioè idealmente poste su una scala che va dalle forme più gentili di condizionamento della (libera) condotta e della gestione della libertà di scelta, il cosiddetto *soft paternalism*, alle forme più invasive di intervento (che, più che con l'*hard paternalism*, coincidono con l'applicazione della sanzione). Il livello più alto di intromissione nella sfera della scelta individuale è toccato quando tali iniziative assumono la forma di legge, di coercizione vera e propria¹⁰⁵. Non è però chiaro se la sanzione indiretta sia davvero una forma di *nudging*. Tecnicamente, essa non altera gli incentivi presentati a chi sceglie: se punisco lo sfruttatore, gli incentivi del cliente della prostituta non sono alterati. È tuttavia evidente che la forma stessa della proibizione, e quindi della coercizione, è estranea al *nudging*. In linea con quanto espresso nei capitolo 3, il

¹⁰⁴ Lo vedremo nel prossimo capitolo, in particolare al par. 8, *infra*.

¹⁰⁵ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 15-16.

nudging sembra più un caso di prevenzione tramite coercizione, ed è (spesso ma non sempre) prevenzione tramite manipolazione.

6. Strategie oblique II: incentivi e controllo del comportamento

La dialettica coercizione-controllo-prevenzione rimanda ai tre elementi che Bentham ha identificato nei *Traités* come condizioni necessarie per l'azione intenzionale: il potere (inteso come giuridico, fisico o economico), la conoscenza, e l'inclinazione (cioè l'interesse o la volontà di agire)¹⁰⁶. La prima condizione mira a privare un individuo del potere di comportarsi in un modo che il legislatore

¹⁰⁶ Non solo nei *Traités*, ma anche all'inizio di "Indirect Legislation", quando Bentham riassume i compiti del legislatore come volontà di influenzare la condotta (si veda M. Foucault, "Il soggetto e il potere", in H.L. Dreyfus, P. Rabinow, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1989, pp. 237-254) e come un modo di condursi in un ambito più o meno aperto di possibilità. Per Bentham ci sono tre condizioni necessarie e sufficienti per il darsi di azioni volontarie da parte di agenti umani: *inclination, knowledge e power*. Scrive Bentham: «Inclinazione conoscenza, potere: questi sono tre punti all'uno o all'altro dei quali deve applicarsi ogni espediente che può essere usato per influenzare la condotta di un uomo. In queste tre parole abbiamo la somma e la sostanza della portata e dei limiti di ogni cosa che può essere fatta in termini di legislazione, sia diretta che indiretta» («Inclination, knowledge, power: these are the three points to one or other of which every expedient which can be made use of in the view of influencing a man's conduct must apply itself. In these three words we have the sum and substance of the scope and limits of every thing that can be done in the way of legislation, direct and indirect put together»: Bentham, "Indirect Legislation", cit., UC lxxxvii. 3; e «Pensate a un uomo che possieda tutte queste tre dotazioni in relazione a qualsiasi azione, e l'azione seguirà necessariamente, tale è la forza di queste espressioni: la volontà o l'effettiva inclinazione a far sì che l'atto abbia luogo, la conoscenza dei mezzi o degli espedienti richiesti a tale scopo, e il potere di far funzionare questi espedienti: supponiamo che qualcuno di loro lo voglia, e l'atto [...] non può avere luogo» («[C]onceive a man to possess all these three endowments with relation to any act, and the act follows necessarily [...] for such is the force of these expressions: will or effectual inclination to cause the act to take place, knowledge of the means or expedients requisite for that purpose, and power to set these expedients to work: suppose any of them to be wanting to him, and the act ... cannot take place» (ivi, UC lxxxvii. 7)). Così commenta Quinn, "Jeremy Bentham Choice Architect", cit., p. 16: «la legislazione diretta agisce contro un'offesa agendo sull'interesse o sull'inclinazione, cioè la volontà, del potenziale offensore. Molte misure di legislazione indiretta

non ritiene desiderabile, o, al contrario, ad accrescere il potere delle sue potenziali “vittime”. Bentham chiama questo tipo di condizionamento «nanny policy», perché assomiglia all’atteggiamento delle balie che si prendono cura dei lattanti sottraendogli il potere di agire¹⁰⁷. La seconda cerca di far circolare la conoscenza e le informazioni per far sì che, grazie a una più ampia comprensione delle condizioni e delle conseguenze di certe azioni, gli individui siano indotti a prendere le decisioni migliori per sé, siano essi potenziali vittime o potenziali trasgressori. Il terzo tipo di condizione, l’inclinazione¹⁰⁸, è forse la più rilevante perché coincide con la ragione per cui gli individui decidono di agire, cioè con la loro motivazione.

L’azione intenzionale è generalmente innescata dalle forze combinate di inclinazione, potere e conoscenza. Ci sono modi diversi di dirigere l’inclinazione, e ogni società, in un particolare spazio-tempo, decide per il proprio, poiché ogni generazione ha la propria scala di valori e predilige certi modi di vita¹⁰⁹. Uno dei mezzi più potenti di condizionamento dell’inclinazione opera, come abbiamo visto, attraverso la produzione di conoscenza, cioè fa dipendere da un certo uso delle informazioni la prevenzione dei crimini o la promozione di comportamenti che massimizzino l’utilità (se gli individui sono consapevoli dei modi in cui gli imbroglioni ingannano le loro vittime saranno più probabilmente immuni dal cadere nelle loro insidie). L’informazione può essere usata anche per promuovere l’utilità massimizzando il comportamento. Se un imprenditore, ad esempio, è informato su certe tendenze dei consumatori, può mettere a punto un tipo di commercio in grado di insistere su queste stesse tendenze. In pratica, il sovrano/legislatore coi mezzi della legislazione indiretta, e i *nudger* di oggi con le spinte gentili, sono gli architetti

semplicemente allargano il focus per agire su interesse, conoscenza e potere delle persone diverse dal potenziale autore del reato principale».

¹⁰⁷ Bentham, *Traités*, cit., p. 332. L’idea è usata anche in “Indirect Legislation”, come «policy of the nursery».

¹⁰⁸ Bentham, *Traités*, cit., p. 333.

¹⁰⁹ Quando Bentham fa esempi dei modi in cui il sovrano può controllare il comportamento, precisa che si tratta di esempi da considerare contestualmente, e che ogni governo, istituzione o organizzazione del potere deve trovare i propri strumenti regolativi *indiretti*: Bentham, *Traités*, cit., p. 355.

che cercano di migliorare i nostri limiti cognitivi, o per combattere il crimine, o per massimizzare l'utilità.

La conoscenza è il motore di entrambi i tipi di legislazione indiretta, che non per questo è sempre traducibile in un *nudge*. Come noto, che un certo attore economico o un'agenzia governativa forniscano informazioni ai consumatori/cittadini non li rende *nudger* o paternalisti *soft* in ogni caso. Un certo uso dell'informazione è un *nudge* solo quando l'informazione è diffusa per soddisfare una particolare esigenza o conseguire un certo scopo in senso paternalistico. Inoltre, la produzione di conoscenza non è in grado (dentro la teoria del *nudge*) di rendere il suo destinatario autoconsapevole dei propri interessi; ma, a parte queste distinzioni, è possibile vedere nella legislazione indiretta qualcosa che, in generale, incanala le motivazioni in certe direzioni, combinando o alternando operazioni tarate sul potere, sull'inclinazione e/o sulla conoscenza.

Inoltre, per essere pienamente effettivi, gli incentivi prodotti dalla legislazione indiretta devono essere sostenuti in generale da sanzioni o disincentivi che agiscono di fatto come motivi per l'azione individuale. Dei quattro tipi di sanzione sopra descritti, nella legislazione indiretta del primo tipo (cioè giuridica) agisce la sanzione politico/giuridica; ma nella legislazione indiretta del secondo tipo (cioè non giuridica) si attiva la sanzione morale/popolare attraverso il ben noto *Public Opinion Tribunal*, che agisce da solo o in collaborazione col diritto¹¹⁰.

Il *Public Opinion Tribunal* è un tribunale immaginario e “temporaneo” costituito dai membri che appartengono alla comunità o anche da estranei accomunati ai primi dall'interesse per specifiche questioni e intenzionati a esprimere un giudizio sul comportamento

¹¹⁰ Bentham, *Traités*, cit., pp. 380-2; pp. 392-402 per l'uso costituzionale della sanzione popolare attraverso il *Public Opinion Tribunal*. Gli esseri umani non hanno controllo sugli eventi naturali, quindi la sanzione naturale non può essere utilizzata come base della legislazione, cioè di una politica razionalizzata e scientifica. Il ruolo della sanzione religiosa è più ambiguo. Bentham riconosce che può avere un effetto sul controllo del comportamento degli individui timorati di Dio, tuttavia mirando a massimizzare non l'utilità ma l'obbedienza e l'adesione a un corpo di regole interne ai dogmi religiosi, non può essere la base dell'*utilitarian state* di Bentham: Cfr. Brunon-Erst, *Back to the Sources of Nudges*, cit., pp. 110-112.

di funzionari pubblici o soggetti privati. Il *Tribunal* è in grado di distribuire credito o discredito morale, infatti da esso promana la sanzione popolare/morale (punizione e ricompensa) contro i gruppi o gli individui devianti per promuovere determinate azioni e scoraggiarne altre. È una specie di principio di autoregolazione della comunità che si sostiene sui suoi valori e influenza le soluzioni dei problemi coerentemente con essi¹¹¹. Il *Tribunal* si basa infatti sul desiderio diffuso tra gli esseri umani di trovare un adattamento normativo rispetto a un comportamento definibile come “norma della comunità”. L’opinione pubblica è l’elemento che corregge il comportamento deviante dalla norma comunitaria, producendo un sovrappiù di motivazione nei comportamenti individuali e collettivi¹¹².

L’appello all’infallibilità di questo *Tribunal* da parte di Bentham assomiglia alle rassicuranti garanzie del mercato che per Sunstein rappresentano il migliore e più efficace antidoto alle azioni dei *nudger* malevoli, la cui esistenza è bene presumere a scopi preventivi. I «nudger for bad» possono essere tali o per incompetenza (perché dovremmo ritenere che non siano *biased* e *burdened* come l’umano più ordinario?), o per vera e propria malevolenza dettata da auto-interesse¹¹³; ma contro queste anomalie il mercato è in grado di fare molto: possiamo confidare nel fatto che le forze del mercato metteranno un argine all’uso delle regole di default più dannose¹¹⁴, e sul fatto che, «per la maggior parte, le regole di *default* si applicano alle persone giuste»¹¹⁵. Infatti, la tendenza ad adattarsi alla *norma* col-

¹¹¹ Per una discussione sul potere esercitato dal *Public Opinion Tribunal*, si veda F. Rosen, *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, Clarendon Press, Oxford, 1983; L.J. Hume, *Bentham and Bureaucracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980; P. Schofield, *Utility and Democracy. The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 2009; Brunon-Ernst, *Utilitarian Biopolitics*, cit., pp. 67-85.

¹¹² Sul tema dell’importanza dell’opinione pubblica e sulla «peer pressure» nei meccanismi della legislazione indiretta, si vedano gli esempi fatti da Brunon-Ernst, van Waeyenberge, “Indirect Legislation in Eu Policy Making: The Case of the Open Method of Coordination”, cit.; Brunon-Ernst, “Le gouvernement des normes: Jeremy Bentham et les instruments de régulation post-modernes”, cit.

¹¹³ Vi accenneremo nel capitolo finale, al quale rimandiamo.

¹¹⁴ Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 152 ss.

¹¹⁵ Ivi, p. 154.

lettiva sancita come tale dal *Tribunal* assomiglia all'appello al senso comune e al buon senso espresso della comunità del *nudge*. Il *nudger* in un certo senso lo conferma quando costruisce il default: egli conosce le motivazioni dei suoi destinatari ed è in grado di interpretare gli interessi degli individui sottoposti alle spinte gentili. Sul fatto che si possano identificare questi interessi come *norma* è ciò su cui la psicologia comportamentale sottesa al *nudge* costruisce gran parte dell'impresa neopaternalistica. La deviazione dalla norma della comunità è infatti produttrice di malessere, infelicità, sofferenza.

Potere, conoscenza e inclinazione sono dunque usati nella legislazione indiretta e nel *nudging* per controllare la condotta delle persone e anticiparla. Gli appelli di Sunstein e Thaler all'uso corretto delle informazioni, alle strategie di *disclosure*, al buon senso dei *nudger* e al senso comune addestrato dai default richiamano gli argomenti benthamiani a difesa delle strategie oblique: nei default si concentrano conoscenza delle motivazioni e degli interessi, e, in un certo senso, "si nascondono" le sanzioni del *Tribunal* che rendono coercibile la *norma* della comunità implicita nelle politiche dei *nudger*. Partire da Bentham per capire il *nudge* significa comprenderne il presupposto comune. In un caso come nell'altro, conoscendo le fonti psicologiche e i moventi delle azioni individuali si può fare in modo che si conformino a un comportamento presentato come *norma* e come tale difeso da una logica collettivistica¹¹⁶.

7. La transizione paradigmatica

Tuttavia, l'interesse di Bentham per il *misrule* rivela una differenza netta coi suoi "successori". Prima del manifestarsi della sua attenzione verso il «sinister interest»¹¹⁷ – dove l'autointeresse dei governanti è elemento di un cattivo governo ed effetto di «disattenzione e pregiudizio»¹¹⁸ –, Bentham ha mostrato un salutare scetticismo nei confronti del potere, più salutare e più accentuato di quello mostrato

¹¹⁶ Cfr Brunon-Ernst, "Back to the Sources of Nudges", cit., p. 113.

¹¹⁷ Sull'emergere del *sinister interest* nel pensiero di Bentham si veda Schofield, *Utility and Democracy*, cit., pp. 109-136.

¹¹⁸ J. Bentham, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, eds. J.H. Burns, H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 2009, p. 508.

dagli autori di *Nudge*¹¹⁹. Ma qual è il potere di cui si sospetta nel caso della *Indirect Legislation*?

Se il potere combatte delinquenza e cattivo governo come in un campo di guerra, il sospetto dell'utilitarista si scaglia contro un nemico posto al di fuori del perimetro del potere stesso e investe tutto ciò che contrasta con la felicità e l'utilità. Il sospetto ha connotazioni politico-morali, non moralistiche. In Thaler e Sunstein, invece, investe i singoli assoggettati al potere: il pericolo non è rappresentato dal potere, e non è nemmeno fuori di essi¹²⁰. Mentre per Bentham diagnosticare il *misrule* vuol dire denunciare le strutture di governo che falliscono nell'incentivare i governanti a operare esclusivamente per il bene pubblico, Thaler e Sunstein difendono il *nudge* facendo leva sulla moralità e la razionalità difettosa degli Umani. Anche quando si difendono dalle possibili obiezioni degli antipaternalisti distinguendo tra *nudge for bad* e *for good*, finiscono per parlare di «evil nudger». È un epiteto evidentemente moralistico che lascia sorpresi perché usato da autori dichiaratamente interessati a discutere i *behavioural market failures*¹²¹. Questo atteggiamento contrasta, per di più, con la loro autodifesa fondamentale: non voler apparire ideologici e attenersi all'ambito di analisi squisitamente scientifiche, cioè psicologiche ed economiche¹²². Il ricorso a una terminologia morali-

¹¹⁹ Cfr. Engelmann, “Nudging Bentham”, cit., p. 78.

¹²⁰ Cfr. Thaler e Sunstein, *Nudge*, pp. 25-27.

¹²¹ Un esempio tra i tanti, il titolo «Evil Nudgers and Bad Nudges», cioè «Pungolatori malintenzionati e cattivi pungoli»: Thaler e Sunstein, *Nudge*, cit., p. 232.

¹²² Scrive Engelmann, “Nudging Bentham”, cit., 2017, p. 82, che i due autori parlano della crisi economica mondiale scoppiata nel 2007-2008 nella Postfazione a *Nudge*, leggendola come causata dalla qualità poco sofisticata degli atteggiamenti dei consumatori: essi riconoscono che i pungoli sono insufficienti ad affrontare la crisi finanziaria globale ma sostengono che la loro attuazione può prevenirne un'altra, poiché la crisi, secondo loro, è stata in gran parte il prodotto dei difetti dei comportamenti economici – problemi legati alla razionalità limitata, all'auto-controllo e alla *social influence* – che le spinte gentili sono destinati a contrastare. «L'avidità e la corruzione hanno contribuito a provocare la crisi, ma un ruolo chiave l'ha svolto anche la semplice fragilità umana» (*Nudge*, cit., pp. 254). La diagnosi della crisi è dunque espressa nei termini di fallimenti morali e mentali dei consumatori, e la “cura” è da trovare nei dispositivi che fanno di noi dei consumatori e dei soggetti della scelta più

stica appare dissonante rispetto al paternalismo che essi difendono, che non si giustifica con l'elezione di una qualità del bene morale (come sarebbe se fossero paternalisti *tout court*), né con la selezione di una qualità morale dei soggetti a cui si rivolge (perfezionismo), ma con la qualità delle spinte e con l'efficacia del controllo delle azioni degli *Humans*.

Abbiamo già qualificato questo paternalismo come “spolitizzato”, ma sono gli stessi Sunstein e Thaler a insistere sulla spoliticizzazione quando parlano, ad esempio, dei *nudgee* come «consumatori», come «novizi del mercato» che interagiscono in un mondo abitato da professionisti esperti che cercano di vender loro delle cose¹²³. Una delle prime applicazioni pratiche dell'economia comportamentale di cui parla Thaler in *Misbehaving* è aiutare un venditore nella sua attività¹²⁴ – il che, tra parentesi, induce a chiedersi se, dal punto di vista politico che interessa ai cittadini democratici, ciò che Thaler e Sunstein hanno fatto per Obama e Cameron fosse politicamente disinteressato o invece rispondesse a esigenze specifiche del mercato. Perché, dunque, parlare di Umani in maniera moralistica? L'antropologia differenziale, l'infantilizzazione del *nudgee*, il paternalismo come giudizio negativo degli individui (di cui si è parlato nel capitolo iniziale) sono in definitiva atteggiamenti distonici rispetto all'intenzione dichiarata dai due autori e alla loro proposta paternalistica libertaria e mite. La percezione della distonia si attenua solo alla fine di *Nudge*, quando Sunstein e Thaler esplicitano il carattere asimmetrico del paternalismo *soft*: il *nudging* è un tipo di «paternalismo asimmetrico» che si prefigge di disegnare politiche in grado di aiutare le persone «meno sofisticate» (*the least sophisticated people in society*), imponendo ai soggetti della scelta più sofisticati

robusti di quanto siamo stati finora. Siamo individui in cerca di aiuto, più che cittadini che hanno risentito dei fallimenti istituzionali degli stati rimanendo vittime di conflitti di interessi e di vistose contraddizioni tra poteri politici ed economici.

¹²³ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., pp. 15-16.

¹²⁴ Thaler, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, cit., pp. 141-151.

(*most sophisticated*) dei costi massimamente bassi¹²⁵. Anche quando affrontano il problema (tutto politico) della trasparenza delle architetture della scelta, essi parlano delle strategie di *disclosure* come dispositivi destinati ai politici, e non agli attori del mercato, e il cui scopo non è dare feedback ai consumatori ma informare elettori¹²⁶. Queste strategie servono a renderci “più cittadini” – non solo «better choosers» –, a migliorare le condizioni della democrazia a dispetto delle imperanti logiche del mercato. Le due pagine che seguono a questa dichiarazione sono però le uniche a trattare della funzione della pubblicità nei *nudge* pubblici, quasi a significare, per l'ennesima volta, la loro non intromissione nella strutturazione del politico, come se curarsi della non interferenza fosse di per sé garanzia della compatibilità tra scienza comportamentale e democrazia¹²⁷. Tutto ciò conferma la connotazione del *nudge* non solo come post-ideologico (nel senso di anti-ideologico e di surrettiziamente ideologico), ma anche come sintomo di una sconfessione totale del paradigma liberale, da sempre impegnato a interrogarsi sulla razionalità della democrazia e del diritto e dei loro rapporti con il potere economico e le acquisizioni scientifiche. Anche per questa ragione è importante confrontarsi con l'arte del governo utilitaristica.

Bentham sostiene che condizionare il comportamento è più facile se si ricorre a mezzi indiretti od obliqui, sebbene generalmente i governi non lo facciano¹²⁸. Oltre al vantaggio della mitezza dei

¹²⁵ Il paternalismo libertario del *nudge* «è una forma di paternalismo asimmetrico in cui i costi imposti ai soggetti sofisticati sono mantenuti prossimi allo zero»: Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 242. Il paternalismo asimmetrico è stato «battezzato» così dagli economisti comportamentali (*ibidem*).

¹²⁶ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., pp. 195 ss.

¹²⁷ Per Bentham, invece, la pubblicità è un requisito politico e morale fondamentale, da usare a livello costituzionale, di ogni forma di tutela contro il *misrule*. L'impressione è che Sunstein e Thaler concepiscano trasparenza e pubblicità solo come mezzi per renderci “better choosers”. Critica assai condivisibile espressa da Engelmann, *Nudging Bentham*, p. 78. Thaler sostiene, e *Nudge* implica, che il *nudging* è un tipo di mezzo totalmente neutrale, e questa è la ragione per cui egli finisce il suo libro con un richiamo al *nudge for good*: Thaler, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, cit., in part. pp. 369-393.

¹²⁸ Bentham, *Traité*s, cit., p. 136.

mezzi coinvolti, essi hanno quello della maggiore efficacia: riescono dove quelli diretti falliscono¹²⁹. Un ragionamento molto simile si trova all'inizio e alla fine di *Nudge*¹³⁰. Come abbiamo visto, sia per Bentham che per i neopaternalisti l'efficacia dipende soprattutto dalla conoscenza della psicologia dei destinatari di queste strategie di governo¹³¹, e da una solida conoscenza scientifica delle fonti che influenzano e motivano l'azione degli individui¹³². Ma mentre la psicologia di Bentham è fondata sull'idea che piacere e dolore sono alla base delle nostre esperienze morali e determinano i moventi delle nostre azioni, le strategie oblique riferibili al *nudge* sembrano basarsi su strumenti di analisi del comportamento umano molto più potenti e raffinati¹³³. Sunstein e Thaler vi si richiamano esplicitamente e in più occasioni per parlare di ciò che chiamano il «falso presupposto», vale a dire:

che pressoché tutti gli individui, quasi sempre, compiono scelte che sono nel loro migliore interesse, o, come minimo, migliori delle scelte che verrebbero fatte da qualcun altro. Noi pensiamo che questo presupposto sia falso, palesemente falso. Anzi, pensiamo che nessuno, riflettendoci sopra, ci creda davvero.¹³⁴

¹²⁹ Ivi, p. 332.

¹³⁰ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 14, p. 254.

¹³¹ Bentham, *Traité*s, cit., p. 332.

¹³² Bentham ha dedicato un libro a questo tema, cioè *La table de ressorts de l'action, Cahiers de l'Unebévue*, L'Unebévue éditeur, Pris, 2008, curato e introdotto da J.-P. Cléro. Su questa base scientifica insistono per esempio P.J. Kelly, *Utilitarianism and Distributive Justice: Jeremy Bentham and the Civil Law*, Oxford University Press, New York, 1990; Harrison, *Bentham*, cit.; sulla relazione tra descrittivo e normativo e tra norme e valori in Bentham si veda R. Ogien, C. Tappolet, *Les concepts de l'éthique: Faut-il être conséquentialiste?*, Editions Hermann, Paris, 2009.

¹³³ Bozzo-Rey, "Indirect legislation", cit., pp. 127-28. Si veda E. Cartwright, *Behavioral Economics*, Routledge, New York, 2014, pp. 3 ss. Per una presentazione prettamente storica di questa disciplina, si veda Thaler, *Misbehaving*, cit. Per una presentazione degli ultimi avanzamenti della disciplina si veda C.F. Camerer, G. Loewenstein, M. Rabin, *Advances in Behavioral Economics*, Princeton University Press, New York, Princeton, N.J., 2004.

¹³⁴ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 16.

Su questa base, come sappiamo, essi ridiscutono il ruolo della razionalità nelle decisioni individuali avvalendosi delle scoperte di Tversky e Kahneman. Ma l'argomento della falsa ipotesi è anche e soprattutto la leva per la giustificazione di una strategia obliqua di influenza dei comportamenti fondata su una concezione della natura umana inclusiva e al tempo stesso sottile, in grado di identificare i fattori che agiscono come leve motivazionali e incentivi per l'individuo. A prima vista, l'efficacia di una strategia regolativa nella riflessione che va da Bentham al *nudge* sembra cioè coincidere con la capacità di aderire alla realtà degli processi decisionali effettivi presupposti dalle strategie oblique. A ciò si lega una considerazione epistemologica già introdotta, che dovrebbe indurre a una forma di cautela nei confronti del paternalismo basato sulle scienze comportamentali. Per Sunstein e Thaler le politiche pubbliche *behaviourally informed* si basano su un'accurata conoscenza e una profonda comprensione del modo in cui le persone effettivamente si comportano¹³⁵. Le scienze comportamentali sono cioè scienze empiriche raffinate che interpretano il comportamento umano con precisione¹³⁶, e per questo sono in grado di supportare politiche improntate al *nudge*. Ma nonostante siano in grado di confutare la teoria neo-classica del comportamento economico, le prove sperimentali su cui si basano sollevano alcune domande¹³⁷: in che senso queste prove di laboratorio confermano la correttezza dei modelli interpretativi dei comportamenti *reali* diversi da quelli usati fino a questo momento? Dobbiamo accettare acriticamente che il comportamento tenuto in fase sperimentale, cioè in un ambiente ideale, sia lo stesso di quello tenuto nella "vita

¹³⁵ «Poiché le scelte su cui esercitate la vostra influenza sono fatte da Umani, la vostra architettura delle scelte dovrà essere basata su una buona comprensione del loro comportamento»: *ivi*, p. 94.

¹³⁶ Cfr. M. Sanders, D. Halpern, "Nudge Unit: Our Quiet Revolution Is Putting Evidence at Heart of Government", *The Guardian*, 3 febbraio 2014, <https://www.theguardian.com/public-leaders-network/small-business-blog/2014/feb/03/nudge-unit-quiet-revolution-evidence>; D. Halpern, *Inside the Nudge Unit: How Small Changes Can Make a Big Difference*, Allen, London, 2015.

¹³⁷ Si veda A. Barton, T. Grüne-Yanoff, "From Libertarian Paternalism to Nudging – and Beyond", *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 341-359, spec. 352-354.

reale”? Questi risultati di laboratorio sono generalizzabili¹³⁸? Dubbi simili segnalano la difficoltà di far coincidere l’efficacia di dispositivi governamentali in condizioni sperimentali con l’effettività di una politica di intervento pubblico, cioè con la valutazione dei suoi effetti su una popolazione che è la reale destinataria di tali dispositivi¹³⁹. L’alternativa sarebbero i cosiddetti *field experiments* che però non sono meno problematici: provare sperimentalmente l’utilizzo di una certa politica su una popolazione per realizzarla in seguito su un’altra solleva il problema, forse irrisolvibile, di dimostrare che i destinatari di questo intervento sono esattamente uguali a quelli utilizzati nell’esperimento – che poi è un altro modo di enunciare il problema della corretta generalizzazione degli esiti sperimentali¹⁴⁰.

Se tutto questo sembra la riproposizione del secolare problema del rapporto tra politica e scienza, bisogna riconoscere l’aspetto di novità che esso manifesta. Qui non si tratta più di argomentare ideologicamente la plausibilità del connubio o la necessità del principio di precauzione, ma di riconoscere che le tattiche del potere si sono fatte “oblique” nascondendo dentro i dispositivi di governo le vere intenzioni dei *nudger*, i loro fini, come se bastasse celarle per essere messi al riparo da interventi paternalistici, cioè ideologici e/o illiberali. In altri termini, se ci fermiamo al problema del rapporto tra politica e scienza finiamo per trascurare un elemento fondamentale

¹³⁸ Si vedano N. Berg, G. Gigerenzer, “As-if Behavioral Economics: Neoclassical Economics in Disguise?”, *History of Economic Ideas*, 18, 1, 2010, pp. 133-166; K. Binmore, “Why Experiment in Economics?”, *Economic Journal*, 109, 453, 1999, pp. 16-24; K. Binmore, A. Shaked, “Experimental Economics: Where Next?”, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 73, 1, 2010, pp. 87-100; E. Brandstätter, G. Gigerenzer, R. Hertwig, “Risky Choice with Heuristics: Reply to Birnbaum (2008), Johnson, Schulte-Mecklenbeck, and Willemsen (2008), e Rieger and Wang (2008)”, *Psychological Review*, 115, 1, 2008, pp. 281-289.

¹³⁹ Barton, Grüne-Yanoff, “From Libertarian Paternalism to Nudging – and Beyond”, cit., pp. 353-354. Cfr. Bozzo-Rey, “Indirect legislation”, cit., p. 114. Come scrive Cartwright, *Behavioral Economics*, cit., p. 133: «questo corrisponde a ciò che viene detto “problema della validità esterna”. L’efficacia non è la prova dell’effettività a meno che non venga prodotta un’enorme quantità di *evidence* addizionale per dimostrare che l’efficacia sia su una popolazione e sui nuovi metodi di attuazione».

¹⁴⁰ Cfr. Bozzo-Rey, “Indirect legislation”, cit., p. 114.

di tutte le strategie oblique e anche del *nudge*, un elemento che non ha a che fare col dato oggettivo della natura umana su cui insistono i neopaternalisti (e prima di loro Bentham), bensì con la creatività (soggettiva) dell'architetto. L'efficacia dei dispositivi non si deve cioè unicamente alla base empirica su cui poggiano, ma soprattutto, e più di quanto non sembri a prima vista, alla costruzione dell'architettura della scelta.

Costruire un ambiente della scelta non è un'azione puntuale, ma prevede una sua possibile persistenza nel tempo e una sua evoluzione – il *nudger* attiva un *nudge* intervenendo in un'architettura preesistente per modificarla¹⁴¹. Questo significa che la relazione tra *nudge* e architettura è mediata dal fattore *tempo*. La sua rilevanza emergerebbe da una serie di interrogativi: se i bias cognitivi non evolvono – non essendo intenzione dei *nudger* “guarire” la razionalità difettosa dei *nudgee* – come è possibile concepire lo sviluppo di un'architettura della scelta, e, dunque, dei *nudge*? Se si riconosce la persistenza di tali bias in base all'euristica del giudizio proposta dalla psicologia comportamentale, come si deve concepire una temporalità del *nudge* che riposi su architetture preposte a specifici scopi ma radicate nel tempo? Domande di questo tipo sembrano avere a che fare solo coi requisiti di un determinato design istituzionale, ma in realtà ne implicano altre nel momento in cui ci si interroga sull'interazione tra architetture e moventi individuali, cioè sull'efficacia di tali interventi. Per esempio queste: ci “abituamo” a essere *nudgee*? Qual è l'influenza reale dei *nudge* su di noi, misurata, ad esempio tra il tempo t e il tempo $t+1$? Se questa influenza è valutabile/misurabile diacronicamente, qual è la reale incidenza dei *nudge* sulle nostre condotte? Di conseguenza, qual è, se esiste, il ruolo dell'educazione e dell'informazione rispetto al successo o al fallimento dei *nudge*? Ci si può spingere ancora più lontano domandandosi: se i *nudge* vogliono migliorare il benessere delle persone rispetto alle loro preferenze¹⁴²,

¹⁴¹ L'architettura nel suo rapporto con la temporalità è analizzata per esempio in M. Bozzo-Rey, “Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements: le cas de la législation indirecte et des nudges”, *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 123-157, e Bozzo-Rey, “Indirect legislation”, cit., in part. paragrafo 6.

¹⁴² Si veda G.J. Stigler, G.S. Becker, “*De Gustibus Non Est Disputandum*”, *The American Economic Review*, 67, 2, 1977, pp. 76-90.

come fare per assicurarsi che queste preferenze persistano e siano coerenti nel tempo? E come facciamo ad avere la certezza che, se i *nudge* influenzano il nostro comportamento, essi agiscono sulle nostre preferenze e non, per esempio, sulle nostre inclinazioni o sulle nostre concezioni comprensive del bene?

Rispetto a queste domande assume rilievo, a nostro avviso, una lapidaria quanto enigmatica affermazione che si trova nelle prime pagine di *Nudge* e che verrà messa alla prova alla fine di questo capitolo e nel capitolo finale:

La libertà di scelta è la migliore salvaguardia contro una cattiva architettura delle scelte.¹⁴³

Il concetto di libertà, così argenteremo, non è quello liberale ma neolibérale. Se non riusciamo a usare al meglio la nostra autonomia/libertà in quanto nasciamo difettosi e abbiamo bisogno della spinta gentile dell'architetto, in che modo, e in che senso, possiamo immaginare che la nostra libertà possa preservarci dalla malevolenza dei *nudger* malvagi? Sono forse i *nudge* a rafforzarci rispetto al *misrule*? Prendendo sul serio questi dubbi, il problema dell'efficacia delle strategie oblique impone di chiedersi se le spinte gentili influenzino solo i nostri comportamenti (paternalismo *soft*, o "*hic et nunc*", che agisce sul Sistema 1), oppure cerchino di influenzare anche ciò che noi siamo in quanto tali (rafforzando il Sistema 2 e facendoci evolvere da Umano a Econe)¹⁴⁴. Questo dubbio, al quale i due autori non danno voce – né potrebbero farlo, dal momento che il paternalismo *soft* non cambia le nostre determinazioni fondamentali ma agisce solo sui mezzi dell'esercizio della nostra autonomia – non riguarda solamente il concetto di 'efficacia dell'architettura della scelta', ma rischia di diventare un dilemma normativo. Esso dimostra che ragionare sull'efficacia in rapporto al tempo comporta l'aprirsi del varco tra *legge* e *norma*, o, per meglio dire, tra strategie della legislazione diretta, che si occupa solo delle condotte manifeste, e strategie oblique, o indirette, che si occupano di forgiare una natura umana controllabile, prevedibile e "*resa normale*" dall'intervento indiretto.

¹⁴³ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 18.

¹⁴⁴ Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 130.

Si tratta di quello che d'ora in poi chiameremo 'transizione paradigmatica' del *nudge*: il paternalismo libertario e i dispositivi di governo indiretti di cui dispone preparano il passaggio dal liberalismo al neoliberalismo, dal paternalismo *giuridico* al paternalismo *morale*, dalla *legge* alla *norma*, dalla normazione alla normalizzazione¹⁴⁵. Il paternalismo, rispetto al nuovo paradigma normativo, non può più essere revocato in dubbio. È, al contrario, un elemento strategico, e quindi strutturale, di questa transizione.

8. Strategie oblique III: l'efficacia del *nudge*

Il tema della temporalità del *nudge*, e più in generale dell'efficacia delle strategie oblique, è importante anche in riferimento alle osservazioni di Bentham, che considera il fattore tempo come un criterio di distinzione tra legislazione diretta e indiretta¹⁴⁶. La questione è "scabrosa", dato che coincide col tema della persistenza degli effetti della legislazione indiretta¹⁴⁷: si tratta di educare a scegliere, o di manipolare i soggetti della decisione? Dal punto di vista funzionale, la caratterizzazione temporale dei due metodi è decisiva – reprimere i delitti attraverso le pene è il metodo della legislazione diretta; combatterli attraverso mezzi che li prevengono costituisce la struttura della legislazione indiretta¹⁴⁸. Il campo d'azione della legislazione diretta è posteriore alla commissione di un delitto, e in-

¹⁴⁵ Recupereremo il tema nel paragrafo finale di questo capitolo e nel cap. 8, *infra*.

¹⁴⁶ Secondo noi è rilevante anche il fattore "spazio", inteso in senso peculiare. Molte architetture della scelta sono interventi limitati a un certo ambiente e insieme di decisioni. Soprattutto quelle finalizzate a contrastare i *bad habits* potrebbero avere un'efficacia spaziale limitata: valgono solo rispetto al particolare ambiente in cui sono introdotte. Non agendo sul Sistema 2 ma sul Sistema 1, non danno garanzie né sulla loro tenuta temporale (diacronica) né sulla possibilità del soggetto di "universalizzarle", ossia di estendere il loro effetto a situazioni simili. Posso astenermi da un comportamento irrazionale o nocivo nella situazione *x* in cui c'è una data architettura della scelta, ma niente mi assicura che nella situazione *y*, dove l'architettura non c'è, io scelga di astenermi da quel comportamento. Devo questa osservazione a Matteo Galletti.

¹⁴⁷ Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 131.

¹⁴⁸ Bentham, *Traité*s, cit., p. 331.

fatti essa si serve della punizione; la legislazione indiretta, invece, interviene anteriormente al crimine, cioè prima che un individuo lo commetta, cercando di diminuire il senso d'allarme sociale e rinforzando la sicurezza. La sfida che la legislazione indiretta affronta è la prevenzione del crimine¹⁴⁹.

Da qui discende anche la distinzione benthamiana tra “riformare” e “inabilitare”, due modi differenti di influenzare il comportamento individuale: «Sottrarre al delinquente la volontà di tornare a delinquere significa riformarlo [rieducarlo]: sottrargli il potere di farlo, significa incapacitarlo »¹⁵⁰. In pratica, con la legislazione indiretta, a differenza di quanto avviene con la diretta, non ci si concentra sui comportamenti, bensì sugli individui che li compiono. Lo scopo dichiarato è: «Deviare il corso dei desideri pericolosi, e dirigere le inclinazioni verso intrattenimenti più conformi all'interesse pubblico»¹⁵¹. La prevenzione consiste cioè nell'identificazione di individui devianti *prima* che si dia l'intervento della legislazione indiretta e risponde all'esigenza di prevenire il mancato adempimento di una norma senza avere prove della trasgressione.

Il fattore tempo appare ancora più significativo quando Bentham parla delle punizioni di crimini già commessi: «Il delitto già commesso non concerne che un solo individuo, ma delitti uguali possono danneggiare tutti »¹⁵². Con ‘delitti uguali’ si deve intendere, a quanto pare, lo stesso tipo di delitti ma posti nel futuro, il che significa che l'identificazione di un crimine riguarderà in primo luogo l'individuo offeso, e che lo stesso crimine può potenzialmente interessare tutti gli individui nella società. In sostanza, il fatto di essere un individuo potenzialmente esposto al crimine futuro genera l'allarme sociale, e su questa previsione occorre agire. La caratterizzazione della pena acquista così un senso compiuto solo quando con-

¹⁴⁹ Sulla scorta di questo tipo di considerazioni Bentham sostiene l'utilità di servirsi di mezzi di identificazione di persone a rischio e suscettibili di commettere illeciti per predisporre a loro carico delle misure preventive. È una strategia di prevenzione attuabile con la legislazione indiretta: Bentham, *Traité*s, cit., p. 331.

¹⁵⁰ Ivi, p. 273.

¹⁵¹ Ivi, p. 341.

¹⁵² Ivi, p. 273.

sente di «prevenire delitti uguali, commessi dallo stesso delinquente o da chiunque altro»¹⁵³. Ciò suggerisce l'idea che, coerentemente con la considerazione delle conseguenze, un reato comporta una condanna più o meno grave a seconda delle possibili conseguenze sull'intera comunità.

Secondo Bozzo-Rey, ciò induce a collegare i concetti di legislazione diretta e indiretta a quello di 'soddisfazione', che Bentham definisce in questo modo: «Che cos'è la soddisfazione? [...] Soddisfazione è un equivalente dato alla parte lesa per il danno che ha subito»¹⁵⁴. 'Soddisfazione' presenta cioè due dimensioni temporali: se riguarda il passato si chiama 'compensazione', se riguarda il futuro consiste nel far cessare il male del delitto¹⁵⁵. Questo comporta, coerentemente con quanto sostenuto a proposito della complementarità tra legislazione diretta e indiretta, l'idea di una polarizzazione: Bentham non intende il codice penale, cioè la legislazione diretta, come riduttivamente finalizzato a stabilire sanzioni posteriori ai crimini, perché agire a monte e a valle dei reati sono strategie ugualmente utili e congiuntamente considerabili. La soddisfazione completa si ha solo se si riesce a rimuovere l'allarme generato dai crimini. Legislazione diretta e indiretta devono essere perciò pensate come dentro un flusso temporale continuo, e la seconda non può intervenire senza la prima¹⁵⁶.

Anche il *nudge* ha carattere obliquo e indiretto. Cosa dire, allora, del fattore tempo in relazione alla sua efficacia? È ovvio pensare che saranno più efficaci i *nudge* in grado di regolare e assicurare la permanenza temporale delle decisioni¹⁵⁷, e che questo costituisca la vera

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Ivi, p. 280.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 133.

¹⁵⁷ J. Le Grand, B. New, *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend*, Princeton University Press, Princeton, 2015, p. 137. L'esempio più noto è probabilmente il periodo di sospensione previsto per un contratto in una compravendita, una clausola pensata per ridurre i margini di manipolazione di un venditore insistente o di talento: su questo punto si veda R.-V. Joule, J.-L. Beauvois, *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2014.

sfida delle strategie oblique. Che senso avrebbe parlare di efficacia a breve termine? Eppure, sorprendentemente, questo punto non viene toccato nelle analisi di Thaler e Sunstein, nonostante sia chiaro che la posta in gioco per le strategie di politica pubblica non sia influenzare i comportamenti di individui allo stato t ma assicurare la persistenza di questo effetto al tempo $t+1$, o $t+2$, per garantire che il comportamento voluto si protragga nel tempo. È su questo che si gioca l'alternativa tra influenzare e riformare¹⁵⁸: l'architettura della scelta davvero riuscita è quella che permette di pensare la temporalità del *nudge*.

Lo stesso Sunstein ammette che i nuovi *nudge* solitamente sostituiscono i *nudge* che gli preesistevano, cioè che i pungoli non appaiono in un contesto vuoto e libero da strategie indirette¹⁵⁹. Quest'affermazione diventa però comprensibile solo alla luce di ciò che Sunstein e Thaler indicano come il «primo malinteso», cioè un fondamentale errore di ragionamento:

Il primo malinteso è che si possa evitare di influenzare le scelte individuali. In molte situazioni, un'organizzazione o un agente devono prendere decisioni che influenzeranno il comportamento altrui. In queste situazioni, non c'è modo di evitare di pungolare in una direzione o nell'altra, [...] e questi pungoli influiscono sulle scelte individuali.¹⁶⁰

In altre parole, poiché non è possibile evitare che tutte le decisioni prendano forma entro un'architettura della scelta che influenza le decisioni degli individui, ogni *nudge* finisce per rimpiazzare un *nudge* precedente che ha già influenzato le decisioni di determinati individui. *Prima facie* questo sembra garantire il carattere mite e libertario del paternalismo, il fatto che i *nudge* di cui dispone non cambino gli incentivi delle persone, cioè che le spinte gentili non siano concepite per garantire un'efficacia prolungata nel tempo. Ma

¹⁵⁸ Cfr. Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 133.

¹⁵⁹ C.R. Sunstein, "Nudging: A Very Short Guide", *Journal of Consumer Policy*, 37, 4, 2014, p. 584.

¹⁶⁰ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 16. «Il secondo malinteso è che il paternalismo comporti sempre una forma di coercizione [...] [Quando non si prevede] alcuna forma di coercizione, crediamo che certi tipi di paternalismo potrebbero essere accettati anche da chi difende la libertà di scelta sopra ogni cosa»: *ivi*, pp. 18-17.

la compatibilità di questi presupposti è solo apparante. Infatti, da un lato, si insiste sulla inevitabilità dell'architettura del *nudge* e sulla sua capacità di influenzare il comportamento senza cambiare i fini e le inclinazioni individuali, dall'altro si ribadisce che questo requisito è compatibile con l'efficacia. Il sospetto di trovarsi di fronte a una contraddizione tra *nudge* e paternalismo libertario, di fronte al potenziale dissolvimento del paternalismo *soft*, è inevitabile¹⁶¹.

Un simile paradosso si origina dalla relazione tra la persistenza dei bias cognitivi e la presenza onnipervasiva di *nudge* destinati a cambiare costantemente. Questo nesso rende controverso il problema dell'efficacia, cioè dell'influenza di questi mezzi sulle nostre preferenze, ed è in grado di cambiare il volto del neopaternalismo. Il destino, o la vocazione, di un *nudge* è cambiare momentaneamente le nostre preferenze, oppure mutarle durevolmente? Se vale la prima ipotesi, si tratta di concepire spinte gentili costantemente mutevoli affinché la preferenza individuale si mantenga inalterata e con essa il pregiudizio cognitivo su cui si basa il *nudge* – che è come dire che il *nudge* funziona solo in caso di preferenza indeterminata. Ma allora non si capisce come si possa parlare di una spinta gentile che migliori il benessere secondo le preferenze degli individui, visto che queste non sono determinate e perciò nemmeno conoscibili. Cadendo il presupposto della determinatezza e della conoscibilità, peraltro, finirebbe per cadere anche quello delle capacità cognitive dei *nudger* e degli architetti delle scelte. Per queste ragioni, è importante interrogarsi sulla seconda ipotesi e ragionare sull'influenza reale dei *nudge* sulle nostre preferenze¹⁶², chiedendosi quali sarebbero le conseguenze per la società e le persone se le spinte gentili fossero in grado di cambiare durevolmente le nostre preferenze.

¹⁶¹ Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 134.

¹⁶² Per uno sguardo generale e interdisciplinare sul tema si veda Grüne-Yanoff, Hansson (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, cit., in particolare il saggio di Bovens, "The Ethics of Nudge". Un ragionamento ripreso da Barton, "Définition et éthique du paternalisme libertarien", cit. Bovens distingue sei tipi di disposizioni o tendenze che un *nudge* può influenzare: l'ignoranza, l'inerzia, l'acrasia, il malessere, l'eccezione e i benefici sociali.

Secondo Luc Bovens, ad esempio, una spinta gentile potrebbe indurmi a risparmiare per la pensione e al tempo stesso a compiere un'azione che non ritengo sia nel mio interesse fare, né reputo necessaria¹⁶³; ma se posso prevedere l'esito che segue all'applicazione del *nudge* (il risparmio conseguito), dovrò chiedermi qual è l'impatto sulle mie preferenze a partire dal momento in cui integro il fattore tempo nella valutazione dei *nudge*. Detto altrimenti, l'aspetto da valutare è la persistenza degli effetti del pungolo sulle mie preferenze. Che dire, dunque, della mia decisione di risparmiare denaro in relazione alle mie preferenze? Essa è tale perché le mie preferenze sono cambiate, oppure no? Secondo Bovens le mie preferenze sono cambiate dal momento in cui le mie scelte le hanno rivelate – in altre parole, dopo essere stato sottoposto all'azione di un *nudge*, ho una preferenza (risparmiare soldi per la mia pensione) che non avevo prima.

Tuttavia è possibile rispondere anche in un altro modo, asserendo che le mie preferenze non sono davvero cambiate, che non sono diventato una persona parsimoniosa, e che un *nudge* ha influenzato solo una delle mie decisioni, la cui manifestazione è un'azione che esprime una preferenza temporanea e non in sintonia con la struttura generale delle mie preferenze¹⁶⁴. Ma se, in virtù di un *nudge* predisposto a tal fine, decido di risparmiare non avendolo fatto prima dell'esistenza del pungolo, il significato da dare a questo esito è a dir poco ambiguo: faccio una buona cosa che intendo fare per ragioni di preferenza – cioè che preferisco all'azione di non risparmiare –, ma non desidero realizzarla perché è in conflitto con la struttura generale delle mie preferenze. Per riprendere il ben noto esempio della caffetteria utilizzato da Thaler e Sunstein, posso mangiare un'insalata grazie al *nudge* che cambia la mia architettura della scelta nell'istante *t*, anche se, in generale, preferisco mangiare hamburger

¹⁶³ Bovens, "The Ethics of Nudge", cit., p. 212.

¹⁶⁴ Bentham direbbe che sono, in pratica, come la volpe rispetto all'uva acerba: perdo appetito per l'uva che non riesco a raggiungere, e anche se non la voglio più, continuo a essere una volpe che generalmente ama questa frutta succosa. Quindi la preferenza rispetto all'azione del mangiare l'uva non è coerente con le preferenze relative ai tipi di azione che consistono nel mangiare l'uva. Cfr Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 135.

e patatine. La mia scelta si compie cioè sulla base di una «personalità frammentata»¹⁶⁵, in cui la stabilità delle mie preferenze appare minata. Solo un cambiamento globale della mia struttura preferenziale potrebbe risolvere questo problema, a patto però di moltiplicare i *nudge* che dovrebbero influenzare le architetture della scelta in cui mi trovo perennemente e coerentemente inserito. Ciò garantirebbe che io prenda le decisioni in base a *una* preferenza che inizialmente non era la mia e che consiste nell'essere un buon risparmiatore o un soggetto incline a preservare la propria salute.

Ragionando in questo modo, il *nudge* è in grado sia di influenzare la mia decisione nell'istante t , sia di cambiare la struttura generale delle mie preferenze, in modo che la preferenza leggermente modificata corrisponda al mio insieme di preferenze al tempo $t + 1$, $t + 2$, ecc. Questa condizione presenta il vantaggio di dissolvere il problema della frammentazione della personalità facendo emergere altri due punti interessanti: la possibilità di essere condizionato attraverso il *nudge* senza che questo sia efficace – nell'ipotesi non assurda che sia inutile –, dal momento che sto *già* agendo secondo lo scopo di questa spinta, e il tema spinoso dell'imposizione del sistema di valori dell'architetto della scelta, cioè "l'ipotesi della manipolazione". Ovviamente, questo tipo di ragionamento è problematico perché non mette in discussione ciò che motiva l'esistenza dei *nudge* e in generale delle strategie oblique, non mette cioè in discussione i pregiudizi cognitivi. Postula, invece, una concezione della razionalità che considera solo errori occasionali, e fa riferimento a un quadro più generale (di preferenze) che potrebbe essere definito da un individuo che fa le sue scelte in modo motivato e volontario. L'interesse di questa ipotesi è concepire un individuo che può "astrarsi" dalla sua condizione per identificare razionalmente la struttura generale delle sue preferenze. Un individuo simile, c'è da ammetterlo, non motiva in nessun modo l'esistenza di *nudge*, né degli architetti della scelta. Tanto meno del paternalismo. Il dissolvimento della teoria di Sunstein e Thaler appare ancora più radicale, visto che il requisito dell'efficacia del *nudge* prescinde dai successi o dalle conferme della psicologia comportamentale. Un simile esito, non occorre nemme-

¹⁶⁵ Bovens, "The Ethics of Nudge", cit., p. 212.

no dirlo, è in grado di squassare il paternalismo libertario a partire dalle sua fondamenta.

Concludendo, benché Bovens identifichi un problema rilevante, cioè il collegamento tra la preferenza indotta dal *nudge* e lo schema globale delle preferenze individuali, non solleva il problema più profondo della validità dell'ipotesi scientifica che sta alla base del *nudge* – cadendo la quale cadrebbero le ragioni che ne giustificano l'esistenza stessa. Secondo Bozzo-Rey, infatti, il problema non è il cambiamento delle preferenze soggettive, ma un cambiamento più profondo nella razionalità dell'individuo messo in grado di liberarsi dai pregiudizi cognitivi costitutivi della sua personalità¹⁶⁶.

9. Strategie oblique IV: *nudge* e democrazia

Le considerazioni che precedono non sono in grado di rispondere alla domanda “perché abbiamo bisogno di strategie oblique, o di *nudge*?”. Suggestiscono però di rinunciare a una considerazione ortodossa della democrazia liberale. Se la prima reazione all'uso di strategie oblique o indirette è la reazione liberale secondo cui per salvare la democrazia e l'autonomia decisionale occorre garantire informazione e istruzione, cioè sistemi informativi e formativi che inducano i destinatari delle politiche a liberarsi autonomamente e volontariamente dei pregiudizi cognitivi, la risposta dei paternalisti è di tutt'altro segno. Se fossero paternalisti vecchio stile potremmo aspettarci una risposta di tipo pedagogico-paternalistica, ad esempio che occorre educare i cittadini alle scelte che fanno il loro bene. Ma Sunstein e Thaler negano la legittimità di un simile paternalismo. Non pensano nemmeno che in presenza di *nudger* privi dei limiti attribuiti ai *nudger* la soluzione sia avviare politiche pubbliche che “equalizzino” in senso liberale le condizioni di partenza intese come opportunità cognitive ed euristiche. Sunstein e Thaler sono libertari, non teorici dell'equità. Dovremo dunque cercare altrove la giustificazione democratica delle strategie oblique.

Il compito è difficile, dato il carattere di segretezza che sembra implicito in questi dispositivi. Il suggerimento è squacciare il velo che

¹⁶⁶ Bozzo-Rey, “Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements”, cit., p. 136.

ricopre le strategie oblique, mostrando che esse possono perseguire i loro obiettivi democratici a patto di essere disvelate¹⁶⁷. Concentrarsi sul disvelamento dei *nudge* significa perseguire la trasparenza dei processi democratici. Ma qual è la forza di un tale argomento? È legittimo svelare un *nudge* sapendo che ciò potrebbe neutralizzarne gli effetti? Ricordiamoci che ogni spinta gentile riposa su un bias cognitivo che, per definizione, agisce al di fuori delle funzioni deliberative degli individui e quindi al di fuori di alcuni fondamentali processi di accesso alla conoscenza. Il tema del carattere nascosto, dissimulato, e quindi manipolatorio dei *nudge*, che è al tempo stesso il tema della condanna politica del ricorso a strategie oblique, prende corpo nel momento in cui, più che all'effetto che produce, si guarda al meccanismo che ne incarna il dispositivo. In pratica, si tratta di riconoscere che, una volta disvelate, le strategie oblique perdono la loro efficacia e dunque la loro ragion d'essere¹⁶⁸. È l'ovvia conseguenza del fatto che tali strategie non hanno lo scopo di correggere i nostri errori di ragionamento bensì di sfruttarli¹⁶⁹: l'interferenza con l'autonomia decisionale è il loro requisito fondamentale. Smascherare queste strategie le renderebbe trasparenti, proteggerebbe le persone dalla loro influenza manipolatoria facendo del loro impiego qualcosa di eticamente giustificato e giustificabile¹⁷⁰, ma implicherebbe l'inevitabile riduzione della loro efficacia¹⁷¹.

¹⁶⁷ Secondo Bentham, invece, esse sono efficaci a patto che rimangano nascoste: Bentham, *Limits*, cit., p. 233.

¹⁶⁸ Cfr. Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 137.

¹⁶⁹ Cfr. Conly, *Against Autonomy*, cit.; R.E. Ashcroft, "Personal Financial Incentives in Health Promotion: Where Do They Fit in an Ethic of Autonomy?", *Health Expectations*, 14, 2, 2011, p. 198; Le Grand, *New, Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend*, cit., p. 141.

¹⁷⁰ Bovens, "The Ethics of Nudge", cit.; A. Oliver, *Behavioural Public Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

¹⁷¹ Che, comunque, dev'essere dimostrata, soprattutto dopo che la si è messa in dubbio con l'analisi del fattore temporale. Si veda G. Loewenstein, C. Bryce, D. Hagmann, S. Rajpal, "Warning: You Are about to Be Nudged", *Behavioral Science & Policy*, 1, 1, (2015), pp. 35-42, che tendono a mostrare il contrario (cioè l'inefficacia) nel caso della scelta per default. A partire da questo studio, Sunstein conclude che quando forniamo specificatamente a un gruppo

È significativo che i teorici del *nudge*, Sunstein in testa, non si esprimano mai a favore della segretezza, e anzi sbandierino la necessità assiologica di rendere i *nudge* trasparenti e coerenti con la democrazia. Rendere trasparente un *nudge* ha però, innanzitutto, un valore “tecnico”: significa che gli individui che gli si sottopongono hanno i mezzi per riconoscere che c’è un *nudge* all’opera. Soprattutto in *Why Nudge?*, Sunstein insiste sulla necessità della trasparenza per *tutti* i *nudge* “ufficiali”, cioè pubblici. Nessuna dissimulazione è ammessa; al contrario, devono essere rispettati i requisiti di pubblicità e trasparenza per poterli usare come strumenti di governo. Le decisioni del governo devono essere sottoposte all’esame minuzioso del pubblico e rendersi almeno potenzialmente disponibili alla revisione, e se questo vale in generale, vale in particolare per il *nudge*¹⁷². Ma questa esortazione alla trasparenza è sufficiente a proteggere dalla manipolazione¹⁷³?

Secondo Bovens, l’accettabilità “morale” del *nudge* è un problema politico, non tecnico, e per discuterlo egli distingue, come abbiamo già visto, tra «type transparency», e «token transparency»¹⁷⁴. La prima rinvia alla trasparenza dei mezzi che l’architetto della scelta usa per influenzare gli agenti della decisione, quando rende esplicito lo sfruttamento di un certo bias cognitivo per ottenere un certo risultato. La trasparenza riguarda il tipo di spinta messa in atto e le sue molle. In questo caso, però, non è possibile distinguere un *nudge* da un messaggio subliminale o propagandistico. Da qui la necessità

di persone l’informazione sulla scelta predefinita (*by default*), rivelando che è possibile fare un’altra scelta, tali informazioni non hanno praticamente alcuna influenza sulla loro scelta: C.R. Sunstein, *Nudging and Choice Architecture: Ethical Considerations*, Social Science Research Network, Rochester, 2015, pp. 45-46.

¹⁷² L’essere “accessibile” e in grado di “fornire informazione” fa del *nudge* un mezzo di divulgazione in quanto tale: Sunstein, “Nudges.gov”, cit., p. 727.

¹⁷³ Come sottolineano Hausman e Welch, un governo potrebbe difendere pubblicamente l’uso di messaggi subliminali senza che ciò abbia a che vedere con trasparenza e pubblicità: Hausman, Welch, “To Nudge or Not to Nudge”, cit., p. 128.

¹⁷⁴ Bovens, “The Ethics of Nudge”, cit.; cfr. Barton, “Définition et éthique du paternalisme libertarien. Implications philosophiques”, cit. Cfr. cap. 4, par. 6, *supra*.

di garantire il secondo tipo di trasparenza, che impone che per ogni individuo soggetto a *nudge* sia possibile capire se e come l'architettura è elaborata al fine di influenzarlo. In altre parole, la *token transparency* impone che sia possibile decostruire il *nudge* per svelarne il meccanismo e le intenzioni che soddisfa. Bovens basa il suo argomento sull'idea che, una volta ben informato, l'individuo si comporti razionalmente, il cui corollario è che un'azione non razionale non è che un errore. Tuttavia, questa osservazione sposta il tema della trasparenza su un piano diverso da quello pensato da Thaler e Sunstein: le scienze comportamentali da cui essi partono rimettono in gioco l'idea della razionalità del soggetto decisore, mentre distinguere tra i due tipi di trasparenza permette di minimizzare il rischio di dissimulazione e riporta la riflessione sul terreno della sostanza democratica del *nudge* (*if any*): i cittadini hanno la possibilità di prendere coscienza dei mezzi utilizzati dai governanti per influenzarli, e possono decostruire questi mezzi allo scopo di sottoporli a critica. La *token transparency* è una sorta di garanzia supplementare che permette ai cittadini di identificare il *fine* del *nudge* ed eventualmente di evitarlo se ritengono che sia contrario al loro sistema di valori¹⁷⁵. Ci troviamo pertanto in una strana situazione: da un lato, le strategie oblique sono difese a causa dei difetti della razionalità, dall'altro si ammette il requisito della trasparenza dei *nudge*. Da un lato, sono difese in virtù della loro segretezza, dall'altro se ne ammette l'uso nei contesti democratico-liberali.

Segretezza e pubblicità hanno relazioni peculiari anche nel pensiero benthamiano. Come si è visto, Bentham inserisce la riflessione sulla legislazione indiretta in una più globale riflessione sui livelli della normatività che operano nella società, ed estende il suo impiego a molte branche del diritto, compresa quella costituzionale. Inoltre, nonostante il dubbio che le *norme* – cioè i dispositivi – della legislazione indiretta appartengano a pieno titolo al diritto, è problematico riferirvisi come *leggi*¹⁷⁶. Il nesso tra trasparenza e strategie oblique sembra cioè interpellare direttamente la coerenza del pensiero benthamiano: come conciliare l'esigenza della trasparenza

¹⁷⁵ Cfr. Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 138.

¹⁷⁶ Si veda Bozzo-Rey, "Indirect Legislation", cit.

e della pubblicità costitutive della teoria democratica benthamiana con le strategie oblique della legislazione indiretta¹⁷⁷? Come conciliare, in generale, le esigenze democratiche con l'utilizzo delle strategie oblique? Per Bentham la pubblicità è cruciale per la difesa della democrazia ed è il suo carattere distintivo rispetto alle altre forme di governo¹⁷⁸. Tuttavia egli pone la legislazione indiretta “dietro le quinte” della scena del governo¹⁷⁹, conferisce cioè alle strategie oblique un'efficacia che coincide con la loro segretezza: esse raggiungono lo scopo per cui sono pensate quando l'individuo al quale si applicano non è in grado di riconoscere il punto del loro innesco.

Ecco alcuni esempi di argomenti conciliatori tra democrazia e segretezza tratti da Bentham.

In primo luogo, è ingannevole considerare il segreto come un male in sé: Bentham riconosce che potrebbe essere utile usare la segretezza in una democrazia limitandola a un uso temporaneo¹⁸⁰, il che introduce la considerazione della temporalità nei processi politici.

In secondo luogo, il ricorso alla pubblicità è una necessità strategica e permette di disporre di una forza normativa per combattere gli «interessi sinistri»¹⁸¹, e definire le garanzie contro gli abusi di potere¹⁸². Le procedure della pubblicità permettono ai cittadini di rendere pubblici gli elementi costitutivi della legislazione indiretta e quindi di pretendere dal potere che renda conto delle sue azioni e disposizioni. Pertanto, la pubblicità non dovrebbe essere vista come un requisito a priori, ma come una possibilità a posteriori che può

¹⁷⁷ Cfr. Bozzo-Rey, “La transparence chez Jeremy Bentham: de l'invisibilité d'un concept à sa publicité”, *The Tocqueville Review*, 32, 1, 2011, pp. 89-111.

¹⁷⁸ J. Bentham, *Constitutional Code: Volume I*, eds. F. Rosen, J.H. Burns, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 386.

¹⁷⁹ «Nella Legislazione Diretta, il Legislatore indossa la sua armatura di terrore artificiale e si fa avanti scopertamente: nella Indiretta egli tesse la sua tela con fili impercettibili, tenendosi dietro la quinta»: cfr. par. 3, nota 30, *supra*.

¹⁸⁰ Bentham, *Constitutional Code*, cit., pp. 162, 167 e 439-440.

¹⁸¹ Bentham, “Indirect Legislation”, cit., UC lxix. 162-174.

¹⁸² J. Bentham, *Securities against Misrule and Other Constitutional Writings for Tripoli and Greece*, eds. F. Rosen, P. Schofield, Clarendon Press, Oxford, 1990.

essere utilizzata in qualsiasi momento – non solo quando una legge viene sviluppata o promulgata¹⁸³.

In terzo luogo, si deve considerare il duplice presupposto di questo ragionamento, ossia che (i) è l'individuo il “punto di applicazione” fondamentale della legislazione indiretta, e che (ii) se un tale individuo è stato sufficientemente informato, la legislazione indiretta non sarà più necessaria, o, più precisamente, non sarà più di alcuna utilità, perché un soggetto ben informato è in grado di prendere le sue (buone) decisioni. In pratica, un individuo può sapere che si sta tentando di influenzarlo o manipolarlo, anche se, o proprio mentre, accetta di comportarsi nel modo in cui si suppone che si comporterà (condizionandolo).

In quarto luogo, affermare che la legislazione indiretta si fonda sulla segretezza rende impossibile affrontare il tema del suo processo di elaborazione; di conseguenza occorre fornire un argomento in difesa del processo di elaborazione democratica della legislazione indiretta, per rimettere la legislazione indiretta nella sfera pubblica. Il *Tribunale dell'opinione pubblica* benthamiano mostra qui la sua rilevanza: esso potrebbe giocare in pieno il ruolo della pubblicizzazione di una strategia concepita al di fuori della sfera pubblica¹⁸⁴.

In quinto luogo, Bentham ritiene che la legislazione indiretta faccia parte di una scienza politica riformata la cui finalità è il bene comune, e che non potrebbe mai fondarsi su progetti “clandestini” o sovversivi. La scienza politica che lui immagina non è certo una politica degradata, ma tale da nutrirsi dei più alti ideali e servire gli interessi dell'umanità formando le abitudini, i costumi e i caratteri dei popoli, traendo le conseguenze migliori dalle differenti forme di governo¹⁸⁵.

In sesto luogo, e come abbiamo visto grazie a Brunon-Ernst, il *Tribunal* è per Bentham una vera e propria modalità della legislazione indiretta¹⁸⁶.

¹⁸³ Bentham, *Traités*, cit., p. 398.

¹⁸⁴ Si veda Bozzo-Rey, “La transparence chez Jeremy Bentham”, cit.; O. Ben-Dor, *Constitutional Limits and the Public Sphere: A Critical Study of Bentham's Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2000.

¹⁸⁵ Bentham, *Traités*, cit., p. 405.

¹⁸⁶ Bentham, *Constitutional Code*, cit., p. 393.

In settimo luogo, Bentham indica la libertà di stampa come fondamentale a proposito delle «Précautions générales contre les abus d'autorité» della legislazione indiretta¹⁸⁷; essa è instaurata e mantenuta grazie alla legislazione indiretta, ma evita e punisce gli abusi di potere grazie a un meccanismo indiretto di sanzione morale e popolare attraverso l'opinione pubblica¹⁸⁸. Questo significa che la legislazione indiretta si appoggia almeno parzialmente su un processo di pubblicizzazione integrandosi nel quadro teorico benthamiano più vasto¹⁸⁹.

Insomma, per salvare efficacia e democraticità occorre che l'individuo sappia di essere – almeno potenzialmente – oggetto della legislazione indiretta. Ma una tale consapevolezza impedisce alla legislazione indiretta di essere efficace. Salvare la pubblicità in quanto norma dello spazio pubblico democratico implica che la legislazione indiretta – che funziona in virtù della segretezza – debba essere messa a conoscenza del pubblico, cosa che annulla la sua ragion d'essere e neutralizza il suo fine intrinseco. Pertanto, affinché la teoria di Bentham risulti coerente, deve rinunciare sia all'esigenza della pubblicità, cosa che sembra contraddittoria con la sua idea di democrazia e del suo funzionamento procedurale, sia al ricorso alla legislazione indiretta per influenzare i comportamenti sociali, e deve utilizzare solo gli strumenti della legislazione diretta, i cui limiti sono stati chiariti da Bentham.

Il senso comune liberale e democratico che vede in ogni strategia obliqua un pericolo di manipolazione è qui confermato: è più facile sottoporre a critica le politiche in cui la coercizione è evidente che identificare i sistemi di influenza delle scelte individuali¹⁹⁰; ed è più facile attaccare pubblicamente i mezzi di governo la cui vocazione è punire certe condotte che contrastare quelle che vogliono solo influenzarle. A meno che non operiamo un salto normativo, e accettiamo di vedere nelle strategie di governo indirette non dei meccanismi il cui punto di applicazione è, come abbiamo visto finora, il soggetto

¹⁸⁷ Bentham, *Traités*, cit., pp. 392-402.

¹⁸⁸ Engelmann, "Limits and Indirect Legislation", cit., p. 312.

¹⁸⁹ Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 142.

¹⁹⁰ Cfr. Hausman, Welch, "To Nudge or Not to Nudge?", cit.

individuale e la sua condotta, ma lo spazio sociale e collettivo nel suo complesso.

Per meglio comprendere il *nudge* e ogni tipi di legislazione indiretta è ora necessario vedere più lucidamente l'idea sottostante al loro uso pubblico, che non è condizionare la condotta individuale, ma agire sull'intero spazio sociale. Per dirla ancora più esplicitamente: «Con la legislazione indiretta Bentham diventa un architetto dell'ingegneria sociale»¹⁹¹.

Se ci chiediamo se questa osservazione può estendersi al *nudge*, se il *nudging* è un'insidia per il funzionamento democratico di una società, dobbiamo misurarci con due difficoltà: la prima è che i suoi creatori lo difendono dall'accusa di essere uno strumento di manipolazione facendo leva sul fatto che si pone al di fuori degli ordinari processi democratici; l'altra è che i suoi critici ne sottolineano gli aspetti deterioranti, come il fatto che influenzare e orientare le scelte degli individui potrebbe affievolire la capacità o il gusto individuale per le decisioni autonome, portando alla formazione di società in cui i soggetti preferiscono essere guidati passivamente invece che esercitare la loro capacità decisionale¹⁹².

Analogamente, l'uso sistematico di spinte gentili potrebbe produrre l'effetto di una già discussa "infantilizzazione" di individui che perdono progressivamente il senso della responsabilità nella promozione del proprio benessere e dei propri interessi¹⁹³. E poi c'è l'immancabile ma sempre efficace argomento della "china scivolosa"¹⁹⁴: dal momento in cui un individuo accetta il controllo o l'influenza, per quanto leggeri, sul proprio comportamento, fino al punto in cui subisce un'influenza più estesa su tutta la gamma delle proprie condotte, il passo potrebbe essere davvero breve.

¹⁹¹ Bozzo-Rey, "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements", cit., p. 143. Cfr. Quinn, "Jeremy Bentham, Choice-Architect", cit.

¹⁹² Ad esempio, Hausman, Welch, "To Nudge or Not to Nudge?", cit.

¹⁹³ Bovens, "The Ethics of Nudge", cit.

¹⁹⁴ M.J. Rizzo, D.G. Whitman, *Little Brother is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes*, Social Science Research Network, Rochester, 2008.

10. La razionalità del *nudge*: mezzi o fini?

Il *nudge* solleva un problema di compatibilità con la democrazia anche dal punto di vista della razionalità pratica sottesa al suo esercizio: se anche pensassimo di scongiurare l'insidia della manipolazione attraverso un'informazione pubblica che renda conto dell'uso dei *nudge*, dovremmo confrontarci col problema di scegliere a quale livello operare per la trasparenza. Infatti un conto è rendere trasparenti le spinte gentili rivelandole ai potenziali destinatari, nella speranza che si comportino come se rimanessero nascoste alla loro consapevolezza; un altro conto è scegliere di immettere lo sviluppo dei *nudge* in procedure democratiche. Non solo è necessario riconoscere il conflitto tra segretezza delle strategie oblique e democrazia, ma anche prendere atto che la caratteristica propria dei *nudge* è sfruttare i pregiudizi del ragionamento senza mirare alla loro eliminazione, anche se i pungoli sono parte di un processo democratico dinamico. C'è quindi da chiedersi se la soluzione democratica sia davvero percorribile, o se debba essere addirittura adottata come mezzo per educare le persone a riconoscere e a risolvere i propri bias cognitivi.

Olivier Sibony, per esempio, si dichiara pessimista in proposito: la matrice dei pregiudizi cognitivi è individuale, ed educare gli individui a "maneggiare" la propria razionalità limitata presupporrebbe l'esistenza di *coach*, più che di *nudger*, i quali, immuni dai bias, potrebbero intervenire in ogni circostanza che richiedesse di prendere una decisione¹⁹⁵. Di fronte a una tale *impasse* democratica, Peter John parla di «Think Strategies» applicabili non ai singoli ma alla società nel suo insieme, e perciò più idonee a diventare processi politici e sociali¹⁹⁶. Le *Think Strategies* non si limitano a esercitare un'influenza sulle decisioni individuali, ma hanno l'obiettivo di migliorare la qualità dei processi decisionali. Esse si sostengono sull'idea della democrazia deliberativa, in cui i cittadini, contando su una buona qualità dell'informazione, possono decidere per sé e per la collettività puntando a una migliore comprensione dei problemi e a

¹⁹⁵ O. Sibony, *Réapprendre à décider*, Nouveaux débats publics, Paris, 2015.

¹⁹⁶ P. John, G. Smith, G. Stoker, "Nudge Nudge, Think Think: Two Strategies for Changing Civic Behaviour", *The Political Quarterly*, 80, 3, 2009, pp. 361-370; cfr. P. John, *Nudge, Nudge, Think, Think. Experimenting with Ways to Change Civic Behaviour*, Bloomsbury Academic, London, 2013.

decisioni collettive più efficaci¹⁹⁷, evitando di concentrarsi sugli interessi individuali a breve termine¹⁹⁸.

Queste strategie di consultazione rappresentano una sfida per le strategie oblique¹⁹⁹: se conseguissero i loro obiettivi, permetterebbero agli individui di aumentare il loro benessere correggendo i bias cognitivi – o, per meglio dire, raggiungerebbero l’obiettivo delle strategie oblique rimuovendo il loro fondamento. Tuttavia, presentano un limite quasi tragico²⁰⁰: pur essendo pensate come misure volte a evitare gli errori del ragionamento su cui poggiano le *behaviourally informed policies*, le *think strategies* presuppongono molto di più, cioè che la natura del dibattito pubblico sia di per sé produttiva di effetti moralizzatori²⁰¹. Presuppongono – senza dimostrarlo – che il processo di deliberazione sia in grado di evitare le preferenze irrazionali, moralmente condannabili, o meramente egoistiche, senza per questo fornire argomenti cogenti da contrapporre al *nudge*, questo perché le preferenze “da correggere” attraverso il *nudge* non corrispondono agli errori di ragionamento che i *nudger* vogliono sfruttare per influenzare i comportamenti degli individui. Dare per scontato che deliberazione e dibattito pubblico siano in grado per loro natura di neutralizzare i particolarismi, se non addirittura di sopprimere i pregiudizi cognitivi, presuppone un salto logico che non siamo disposti a compiere²⁰².

Sembra quindi più promettente andare su un altro terreno, cioè su un altro livello della democratizzazione del *nudge*, che prevede

¹⁹⁷ Vedere su questo punto H. Landemore, *Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2013; H. Landemore, *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

¹⁹⁸ John, Smith, Stoker, “Nudge Nudge, Think Think”, cit., p. 361.

¹⁹⁹ Le Grand e New dicono che sono una sfida vera e propria alla dottrina paternalista: *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend*, cit., pp. 141-142.

²⁰⁰ Il punto è suggerito in J. Le Grand, *Equity and Choice: An Essay in Economics and Applied Philosophy*, Routledge, London, 2002, p. 142.

²⁰¹ D. Miller, “Deliberative Democracy and Social Choice”, *Political Studies*, 40, 1992, pp. 54-67.

²⁰² Si veda su questo punto O. Sibony, *Réapprendre à décider*, cit. Vedi capitolo 4, par. 6, *supra*.

di integrare le procedure democratiche nel processo di sviluppo di questo tipo di dispositivi. È un terreno ancora vergine²⁰³, che non implica che i *nudge* vengano scelti democraticamente²⁰⁴, ma solo che sia possibile per i cittadini conoscere i *nudge* ai quali sono sottoposti, in modo da poterli contestare o addirittura opporvisi; ma soprattutto comporta che i governi facciano ricorso ai *nudge* rendendone conto in sede pubblica²⁰⁵. Questo significherebbe coniugare i requisiti della trasparenza e della pubblicità garantendo una forma di *accountability* come obbligo di sottoporsi a critica. Di fatto, sembra l'idea racchiusa nel *Tribunale dell'opinione pubblica* benthamiano, in base al quale Bentham può sostenere che la pubblicità inerisce a ogni strategia obliqua.

Tuttavia, pensiamo che l'entusiasmo per la qualità democratica del *nudge* sia destinato a spegnersi non appena vedremo che Sunstein affida la tutela della trasparenza e della pubblicità dell'informazione convogliata nel *nudge* a una sorta di tribunale dell'opinione pubblica "aggiornato" inteso come mercato²⁰⁶. È quindi difficile credere che l'*accountability* del *nudge* e degli architetti delle scelte

²⁰³ Una proposta in tal senso viene fatta da S. Bruno, S. Frey, J. Gallus, "Beneficial and Exploitative Nudges", in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging*, cit., pp. 11-20. Si veda la riflessione contenuta nell'ultimo paragrafo del cap. 7, *infra*.

²⁰⁴ Come afferma Barton in "Définition et éthique du paternalisme libertarien", cit.

²⁰⁵ Alla fine del settembre 2017 sui giornali è comparsa la notizia che il leader laburista Jeremy Corbyn durante il *Labour party conference speech* ha proposto come uno dei punti programmatici del suo (eventuale) mandato una modifica della norma sulla donazione di organi. Il tema è cavalcato da Sunstein e Thaler fin da *Nudge*, dove è considerato emblematico del modo in cui una buona regola di default è in grado di trasformarsi in veicolo per la risoluzione di problemi che affliggono le collettività. La mancanza di donatori di organi, sostiene Corbyn, non è dovuta al cinico egoismo dei cittadini ma indicata nella regola di default della norma corrente che comporta una scelta attiva, cioè un *opt-in*, per chi volesse diventare un donatore. Il candidato laburista propone così il suo rovesciamento in un default che consente in qualsiasi momento la possibilità dell'*opt-out* a chiunque facesse richiesta esplicita di astensione dal consenso presunto, esattamente come farebbe un buon paternalista libertario: <http://www.independent.co.uk/news/health/jeremy-corbyn-organ-donation-opt-out-donor-labour-party-conference-speech-reform-rules-latest-a7969896.html>.

²⁰⁶ Si veda cap. 8, par. 2, *infra*.

abbia a che vedere con le istituzioni e le procedure democratiche. Nonostante il fatto che per i neopaternalisti la sfida è sviluppare una teoria del *nudge* indipendente da un punto di vista teleologico e neutrale da un punto di vista assiologico – cioè un paternalismo dei mezzi *soft* che garantisca la potenziale autonomia dei soggetti sottoposti alle spinte gentili –, il senso di una strategia obliqua o indiretta che sia empiricamente efficace e teoricamente coerente risiede nella sua capacità di articolare i diversi livelli della normatività rispetto a una concezione della natura umana differenziale e a una razionalità concepita come razionalità economica. Ciò peserà inevitabilmente sulla giustificazione di un disegno istituzionale che continua a essere chiamato ‘libertario’, ma che richiede, in modo sempre più evidente, di non essere sovrapposto con quello liberale.

Perché il *nudge* funzioni e sia paternalistico, è necessario disporre di una concezione ideale della razionalità (quella degli Econi) che consenta di pensare l’irrazionalità (reale, degli Umani), cioè elaborare una concezione coerente del bene che si pretende di promuovere attraverso il paternalismo. In questa razionalità differenziale si annida l’insidia più grande delle strategie oblique, il pericolo maggiore per le democrazie liberali, cioè l’imposizione agli Umani di un sistema di valori da parte degli Econi. La teoria del *nudge* è preoccupante perché si presenta come un paternalismo dei mezzi quando in verità la struttura stessa dei suoi argomenti necessita di un paternalismo dei fini²⁰⁷.

Per comprendere come il *nudge* incida sull’evoluzione della democrazia liberale a noi nota occorre inoltre riflettere sul modo in cui si rapporta al diritto delle nostre democrazie. È una questione cruciale, in grado di illuminare la transizione dalla *legge* alla *norma* che abbiamo chiamato paradigmatica e neoliberale, la cui fenomenologia verrà analizzata nel prossimo capitolo. Il paternalismo libertario ne è il veicolo fondamentale.

²⁰⁷ Le Grand, *New, Government Paternalism*, cit., pp. 27-30.

11. *Nudge*, Bentham e Foucault

Sulla relazione tra utilitarismo benthamiano e neoliberalismo sono stati versati fiumi di inchiostro²⁰⁸. Ma per capire questo collegamento occorre concentrarsi su un punto essenziale evidenziato da Foucault: la mancanza di opposizione, o la complementarità, che deve sussistere tra l'intervento regolativo e la direzione che devono prendere gli interessi dei soggetti (governati). Il problema principale della riflessione di Bentham non è "più" o "meno" intervento regolativo, né il suo grado di estensione, ma la modalità che deve assumere l'azione politica e regolativa che si applica a soggetti definiti dai (ridotti ai) propri interessi. L'analisi della legislazione indiretta conferma questa interpretazione: legislazione diretta e indiretta sono strategie complementari di un potere sovrano che vuole raggiungere la massima efficacia dell'azione regolativa a partire dalla conoscenza degli interessi soggettivi degli individui sui quali si dirige.

Il governo utilitaristico è infatti il «governo degli interessi», espressione che può essere intesa in due sensi: o come governo che assicura che ogni individuo possa perseguire i propri scopi, cioè la soddisfazione dei propri interessi personali in modo che convergano con l'interesse generale; o come l'idea che, per stabilire questa convergenza, il potere usa gli interessi individuali come i materiali esclusivi da riorganizzare entro il «tessuto di felicità». Governare nell'ottica dell'utilità generale per mezzo di interessi individuali è la definizione di un'arte politica guidata dal principio di utilità, o, più semplicemente, la definizione di una politica utilitarista. In *Nascita della biopolitica*, Foucault definisce questo metodo di governo come l'approccio utilitarista del liberalismo, «quello con cui abbiamo minore familiarità, ma senza il quale non riusciamo a comprendere correttamente il neoliberalismo contemporaneo»²⁰⁹.

²⁰⁸ Su questo punto si rimanda a C. Laval, "The Invisible Chain': Jeremy Bentham and Neo-liberalism", *History Of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 34-52. Cfr. M. Bozzo-Rey, "Le droit comme système de contrôle social", cit.

²⁰⁹ Ivi, p. 35.

A tale caratterizzazione del potere va accostata quella governamentale²¹⁰. Per Peter Miller e Nikolas Rose le pratiche contemporanee della libertà sono state costruite a partire da una serie di tattiche governamentali e tecniche della regolazione del tutto contingenti perché strutturano una relazione conflittuale tra la libertà individuale e la fonte da cui promana la regolazione²¹¹. È un altro modo di esprimere la concezione del potere nel “Bentham neoliberale” individuato da Foucault: tra potere regolativo ed esercizio della libertà individuale (perseguimento di interessi soggettivi) non c’è opposizione ma complementarità.

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 interessi²¹². L’influenza paternalistica si allea con la libertà individuale, creando all’interno del *nudge* le condizioni di questa convergenza.

Per capire il soggetto di interessi neoliberale e benthamiano occorre risalire al paradosso della soggettività liberale enunciato da Foucault, che oppone l’*homo juridicus*, detentore di diritti e uscito dalle teorie giuridico-politiche del diciottesimo secolo, all’*homo oeconomicus*, l’agente «assoluto» definito dai suoi interessi e tipico dell’età neoliberale. Il primo si ritrae con l’emergere dell’economia

²¹⁰ La possiamo descrivere così: «la libertà di cui godiamo in quanto individui si costruisce intorno a una rete inestricabile di razionalità, regole e pratiche che influenzano inesorabilmente lo spirito dell’individuo, le sue scelte e la sua visione del mondo [...] questa libertà non è senza limiti ma rappresenta uno spettro di possibilità inserito in una dinamica del potere storicamente e contestualmente data»: J. Martire, “Montée en puissance des nudges: l’histoire d’une normalisation”, in Bozzo-Rey, Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, cit., p. 101.

²¹¹ P. Miller, N. Rose (eds.), *Governing the Present. Administering Economic, Social and Personal Life*, Polity Press, Cambridge, 2008, p. 216. Cfr. M. Dean, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2010.

²¹² Martire, “Montée en puissance des nudges”, cit., p. 101. Sul concetto di ‘dispositivo’ in Foucault, si veda A. Barron, “Foucault and Law”, in J. Penner, D. Schiff, R. Nobles (eds.), *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 960.

capitalistica moderna per lasciare spazio al secondo, evidenziando così due soggettività fondamentalmente differenti che intrattengono relazioni diverse col potere politico. Mentre il primo considera la presenza di un sovrano necessaria per proteggere i propri interessi, e in virtù di questa necessità si trasforma in soggetto di diritto a interessi limitati e dipendente dal potere sovrano, il secondo ritiene l'esistenza di un sovrano superflua o addirittura nociva: non solo l'interesse soggettivo è irrinunciabile e prevale sul carattere vincolante di qualunque contratto col potere, ma è soggettivo anche nel senso che non può essere perseguito collettivamente. Non esiste l'idea di un interesse comune perseguibile dalla generalità degli individui, ma solo come risultato aggregato degli interessi particolari²¹³. La fondamentale incompatibilità tra *homo juridicus* e *homo oeconomicus* produce il paradosso fondatore del sistema giuridico sviluppato nel contesto del liberalismo: da un lato, come *homo juridicus*, il soggetto deve conformarsi al potere sovrano, dall'altro, come *homo oeconomicus*, gli è permesso di perseguire i propri interessi individuali agendo liberamente e svincolato da regole, correndo il rischio della limitazione coercitiva (la punizione del diritto) che consegue a questo tipo di azione²¹⁴.

Secondo Jacopo Martire, in questo contesto conflittuale, che è tipico dell'età neoliberale classica ma anche attuale, il *nudge* emerge «come un meccanismo correttivo dell'incompatibilità tra il diritto (inteso come strumento di regolazione fondato sul principio di direzione e controllo) e il soggetto di interesse [...]. [Il *nudge*] migliora l'impatto normalizzante che si suppone che il diritto persegua»²¹⁵. L'impatto normalizzante del diritto non è, per Foucault, la normalizzazione attraverso norme sociali, ma la “normalizzazione” attraverso la legge, che comporta il primato della regola (stabilita in anticipo) sul comportamento (che vi si conforma). La normalizzazione consiste invece, come sappiamo, nel ricondurre i comportamenti umani a costanti, a standard definiti come norme sociali, allo scopo di controllarli e reindirizzarli verso una

²¹³ M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979*, Feltrinelli, Milano, 2007, pp. 280-286.

²¹⁴ Martire, “Montée en puissance des nudges”, cit., p. 113.

²¹⁵ *Ibidem*.

maggiore efficacia. In definitiva, le spinte gentili assolverebbero al compito di consentire al soggetto individuale che subisce l'effetto normalizzatore del diritto di aspirare "alla normalità", riassorbendo almeno parzialmente l'incoerenza tra diritto e liberalismo²¹⁶. Martire interpreta positivamente l'ascesa del *nudging* nei sistemi regolativi contemporanei, confermando (sebbene per vie che non appartengono alla nostra analisi) che il nesso tra paternalismo e libertarismo è possibile attraverso il dispositivo normalizzante del *nudge*²¹⁷. Un dispositivo che si qualifica come prodotto e strumento del neoliberalismo.

Ma se ci chiediamo come leggere alcune caratteristiche del neoliberalismo contemporaneo attraverso Bentham, non è la normalizzazione a essere rilevante, bensì ciò che Foucault definisce l'«approccio utilitarista radicale», una visione del rapporto tra libertà individuale e potere meno positiva e più biopolitica, in cui l'utilitarismo è definito come una tecnologia di governo governamentale, e i limiti dell'utilità sono i limiti del potere governamentale²¹⁸. L'utilitarismo benthamiano individua nella razionalità normativa neoliberale un potere invisibile, anonimo, permanente e regolare che agisce su ciascuno e che, al tempo stesso, è esercitato da ciascuno. Questo potere è una sorta di «catena invisibile» che lega ogni membro della società a qualunque altro membro e che il governo si impegna a rinforzare in ogni nesso senza però farlo uscire dalla sua invisibilità. Come scrive Christian Laval, è «un potere che cerca di evitare l'azione repressiva dando forma ai desideri legittimi; un potere che non è più fondato sulla retorica liberale

²¹⁶ La normalizzazione appare cioè come un processo che «lega l'incremento delle capacità e l'espansione delle possibilità a un incremento e un'espansione della proliferazione del potere *entro* la società. Detto semplicemente, le norme normalizzanti incoraggiano i soggetti a diventare altamente efficienti nell'effettuare una gamma di pratiche strettamente definite»: D. Taylor, "Normativity and Normalization", *Foucault Studies*, 7, 2009, p. 47.

²¹⁷ Martire, "Montée en puissance des nudges", cit., p. 115.

²¹⁸ Come «un tipo particolare di riflessione su una nuova economia della ragione governamentale»: Laval, "The Invisible Chain", cit., p. 35. Cfr. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 13.

dei diritti ma consiste solamente negli effetti calcolabili dei suoi meccanismi istituzionali»²¹⁹.

La legislazione indiretta dà concretezza a questa idea utilitaristica del potere: attraverso di essa Bentham rappresenta la repressione coercitiva come un segno del fallimento del sovrano e come un costo; mostra il vantaggio della prevenzione che svia dai moventi seduttivi che incitano al male fortificando la motivazione a fare il bene; svela che governare attraverso i desideri e gli interessi delle persone è indirizzare le motivazioni verso l'utilità generale, dando così forma alle strategie indirette del potere che fanno di Bentham l'icona di una forma specifica di governamentalità (neoliberale)²²⁰. Il principio sotteso alla legislazione indiretta non è reprimere gli interessi individuali, ma assicurare che l'interesse privato e l'interesse generale si coalizzino; non è sacrificare l'interesse di qualcuno, ma legarlo (aggregativamente) a quello più ampio dell'intera società. La fine «arte del governo» benthamiana consiste nel fare in modo che sia nell'interesse stesso dell'individuo compiere un'azione benefica per sé e per gli altri.

Il potere governamentale utilitaristico è una forma di «normatività comportamentale» che non si colloca nello stato sovrano²²¹, per lo meno non esclusivamente, perché non è quella del diritto, ma appare piuttosto come un principio di “auto-governo” degli interessi che corrisponde, nella sfera pubblica, a dispositivi di misurazione degli effetti di ogni azione, esattamente come impone il principio di efficienza. Non c'è nessuna aperta opposizione tra stato e individuo, potere e libertà, ma un gioco dialettico molto più complesso in cui lo stato, senza pretendere di gestire qualunque aspetto della regolazione, si affida alle tattiche con cui gli individui governano (“liberamente”) se stessi entro un'architettura, e nella direzione, pensata da una fonte eteronoma che rimane nella responsabilità del governo.

L'efficienza è ciò verso cui le istituzioni spingono i soggetti, ed è ciò che i soggetti si aspettano dal potere, in un gioco di rimandi

²¹⁹ Laval, “The Invisible Chain”, cit., p. 35.

²²⁰ Engelmann, “Indirect Legislation?: Bentham's Liberal Government”, cit., p. 380; cfr. Laval, “The Invisible Chain”, cit., p. 44.

²²¹ Laval, “The Invisible Chain”, cit., p. 51.

e “pressioni” che costituisce la gabbia di ferro del paternalismo del *nudge*. Non sarebbe paternalistico se non fosse invisibilmente incatenante, e non apparirebbe libertario se non legasse gli interessi di ciascuno a quelli di tutti. La “gabbia” del *nudge* è la sua intima razionalità governamentale.

CAPITOLO 7
NUDGE E DIRITTO

1. Nudge nel diritto

Nel capitolo precedente abbiamo cercato di abbozzare una sorta di “genealogia” del *nudge*¹. Grazie a una deviazione nella storia delle idee giuridico-politiche abbiamo formulato l’ipotesi che il *nudge*, spesso presentato come un fenomeno nuovo nell’ambito della regolazione sociale, affondi le sue radici nel pensiero di Bentham. Si tratta di un’ipotesi sorprendente se valutata alla luce del fatto che i teorici del *nudge*, e in particolare Sunstein in *Why Nudge?* e in *The Ethics of Influence* discutono a fondo i limiti dell’intervento *governamentale* nella sfera privata prescindendo da ogni riferimento a Bentham², e servendosi, come abbiamo visto, degli argomenti milliani basati sull’*harm principle*, il paradigma al quale ogni intervento deve essere commisurato³. Il contributo che gli studi benthamiani possono dare alla comprensione del *nudge* è infatti riferibile al *nudging* pubblico e ha lo scopo di far uscire il dibattito sul paternalismo libertario dalle strettoie di una discussione eccessivamente teorica

¹ In altri termini, ne abbiamo ricercato le tracce nel passato per mostrare i segni del prolungamento della storia e delle idee passate nel tempo presente (chiedersi quali sono le possibilità di un “uso attualizzato” del *nudge* alla luce dell’analisi delle sue presunte origini è, in effetti, il senso di un approccio genealogico): si veda J. Revel, “Généalogie”, in *Le vocabulaire de Foucault*, Ellipses, Paris, 2009, pp. 37-38. Cfr. M. Foucault, “Nietzsche, la genealogia, la storia”, in Id., *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977, pp. 29-54.

² Anche se non usano questa espressione foucaultiana, e mai una volta nei loro scritti fanno riferimento a Foucault – ma nemmeno, come si è detto, a Bentham.

³ Si veda in particolare A. Brunon-Ernst, “Nudges and the Limits of Appropriate Interference”, cit.; H.M. Heinig, “Autonomy vs. Technocracy. Libertarian Paternalism Revisited”, in Kemmerer, Moellers, Steinbeis, Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 219-227, in part. 222 ss.

indirizzandolo verso il tema più pragmatico della legislazione indiretta. Autori come Brunon-Ernst, Bozzo-Rey, Engelmann e Quinn hanno “interpellato” Bentham per proporre spiegazioni e soluzioni ai problemi etici e politici riscontrati nella messa in opera delle spinte gentili, in particolare rispetto alla pubblicità, alla temporalità, alla psicologia dell’azione umana.

D’ora in poi il riferimento a Bentham sarà funzionale all’analisi di un altro aspetto trascurato dagli autori paternalisti, cioè il tema della *giuridicità* del *nudge*. Tentando di chiarire se e a quali condizioni esso sia categorizzabile come strumento giuridico, ne analizzeremo la ricaduta sul piano politico. A guidare la nostra riflessione non sarà solo il problema dell’efficacia giuridica del *nudge* (come vorrebbero i suoi sostenitori), ma anche la questione della sua legittimità e della legittimazione di politiche pubbliche concepite a partire dagli esiti delle scienze comportamentali⁴. La ragione del passaggio dal piano

⁴ In ciò siamo incoraggiati dalla natura dei più recenti contributi di Sunstein, tra cui segnaliamo: C.R. Sunstein, “Nudges vs. shoves”, *Harvard Law Review*, 127, 6, 2014, pp. 210-217; Id., “Do People Like Nudges?”, *Administrative Law Review*, 68, 2, 2016, pp. 177-232.; Id., *The Ethics of Influence*, cit.; Id., “Regulation as delegation”, *Journal of Legal Analysis*, 7, 1, 2015, pp. 1-36; Id., “Nudges that Fail”, *Behavioural Public Policy*, 1, 1, 2017, p. 4-25; C.R. Sunstein, L.A. Reisch (eds.), *The Economics of Nudge*, 4 vols., Routledge, London-New York, 2017; C.R. Sunstein, “Is Cost-Benefit Analysis a Foreign Language?”, *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 2017, <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:34337424>. Si veda anche R. Sudgen, “Do People Really Want to Be Nudged Towards Healthy Lifestyles?”, *International Review of Economics*, 64, 2, 2017, pp. 113-123. Lo scritto ha suscitato la reazione di Sunstein in “‘Better off, as Judged by Themselves’: A Comment on Evaluating Nudges”, *International Review of Economics*, 65, 1, 2018, pp. 1-8, dove ha specificato che il *nudge* può essere declinato in diversi gradi di “interferenza”. Si veda sul punto l’ulteriore replica di R. Sudgen, “‘Better off, as Judged by Themselves’: A Reply to Cass Sunstein”, *International Review of Economics*, 65, 1, 2018, pp. 9-13. Il paternalismo è stato sviluppato in prospettiva sia di epistemologia giuridica sia di teoria politica in numerosi contributi del “Symposium: The Ethics of Nudging. Evaluating Libertarian Paternalism”, pubblicati in *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 14, Special Issue, 2016, pp. 645 ss.; in particolare: J. Hasnas, “Some Noodging about Nudging: Four Questions about Libertarian Paternalism”, ivi, pp. 645-662; J. Lichtenberg, “For Your Own Good: Informing, Nudging, Coercing”, ivi, pp. 663-682; D. Husak, “The Folly of Categorization: Why Nudges Are Even More Defensible than Their Advocates Suppose”, ivi, pp. 983-702 – ma tutti i contributi della Special Issue sono considerevoli per i

descrittivo della teoria del diritto al piano della giustificazione normativa è che l'enfasi sull'effettività come massima virtù del *nudge* paternalistico implica, a nostro avviso, una riflessione sulla tenuta democratica di un tipo di paternalismo apparentemente strutturato sull'efficacia di mezzi della regolazione neutrali rispetto ai fini, ma in realtà capace di assumere l'aspetto di un paternalismo dei fini che dietro l'obiettivo dell'efficacia nasconde intenti perfezionistici e manipolatori. La riflessione già iniziata nel capitolo 4 della prima parte, dove queste finalità si sono affacciate come una minaccia per la tenuta del paternalismo libertario, prosegue dunque in questo capitolo, dove il sospetto di perfezionismo e manipolazione sembra trovare conferma e concretezza nei nostri ordinamenti sempre più declinati in senso comportamentale.

Seguendo una suggestione di Fritz Sharp è possibile vedere nel paternalismo libertario e nelle spinte gentili di cui si serve i sintomi dello scivolamento dal paradigma del «governo attraverso il popolo» (*input oriented*) a quello di un «governo per il popolo» (*output oriented*), cioè da una legittimazione fondata sulle scelte politiche della volontà sovrana democraticamente definita, a una legittimazione basata sul conseguimento di un bene collettivo sottratto alla decisione politica⁵. Il *nudge* riflette la nuova ortodossia delle pratiche di governo e incarna un'«etica dell'efficacia» secondo la quale un atto o dispositivo governamentale non è legittimo in virtù dell'autorità dei suoi artefici ma della effettiva capacità di realizzare il benessere di una collettività e interpretare i processi decisionali reali dei soggetti ai quali si rivolge. Nella strutturazione regolativa dei *nudge* questo secondo obiettivo finisce però per fagocitare il primo, come se verificare il grado di benessere conseguito con le politiche di *nudging* coincidesse con la verifica della loro efficacia comportamentale.

temi politici, etici ed economici che toccano. Si veda anche K. Yeung, «Nudge as Fudge», cit. Le idee proposte dalla dottrina statunitense sono state recentemente oggetto di commento anche da parte della dottrina amministrativistica italiana. Si vedano, in particolare, G. Napolitano, «Liberalizzazioni e buona amministrazione», *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015, pp. 293-294; N. Rangone, «Regolazione e scienze cognitive dopo l'*executive order* di Obama», *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2016, pp. 16-24.

⁵ F. Scharpf, *Gouverner l'Europe*, Les Presses de Sciences Po, Paris, 2000, in part. p. 21.

In che senso il *nudge* è “efficace”? Non solo nel senso metaetico già discusso, ma anche in quello individuabile nelle parole di François Ost e Michel van de Kerchove, che circa trent’anni fa parlavano dell’evoluzione della regolazione post-liberale in questi termini: «passo dopo passo, viene eretto un sistema finalizzato in cui la logica della performance rischia di prevalere sulla desiderabilità in sé dell’obiettivo perseguito»⁶. Ciò significa che il fine (rispetto di standard di efficienza, contenimento dei rischi, inibizione dell’*opting-out*, benessere e salute del consumatore, ecc.) giustifica (sempre di più) i mezzi, giustificando la necessità dell’impiego delle scienze comportamentali nelle politiche pubbliche e le pratiche di condizionamento delle condotte. La regolazione dei comportamenti individuali e collettivi risponde cioè a criteri consequenzialistici, ma la valutazione del bene da conseguire è lasciata fuori dal campo della decisione politica e assume i contorni di un bene oggettivo e indecidibile.

Sullo sfondo di questa lettura si staglierà la neoliberale biopolitica foucaultiana come riflessione sulle *tattiche* governamentali e sugli effetti che esse producono in termini di prevedibilità e controllo dei comportamenti individuali e collettivi⁷. Poiché le tattiche si concentrano sugli schemi del comportamento di agenti della decisione intesi come agenti economici difettosi, la posta in gioco sarà la prevedibilità dell’azione di attori del mercato di cui l’economia comportamentale ha tracciato ampiamente l’identikit.

Per approdare all’analisi della natura giuridica del *nudge* è necessario riprendere la riflessione sul carattere perfezionistico del paternalismo libertario già avviata nel quarto capitolo della prima parte, mostrando le aporie che esso genera. L’oggettivismo etico che il neopaternalismo *soft* è costretto a occultare produce conseguenze evidenti nel modo di intendere il diritto e nella strutturazione dei nostri ordinamenti in contrasto con la dichiarata autonomia dei *nudgee*. Il capitolo finale mostrerà, al contrario, la coerenza intrinseca del

⁶ F. Ost, M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des FUSL, Bruxelles, 1987, p. 524.

⁷ Cfr. B. Frydman, “Prendre les standards et les indicateurs au sérieux”, in B. Frydman, A. van Waeyenberge (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 26.

neopaternalismo una volta che si espliciti la premessa entimematica, ossia il requisito perfezionistico che si sforza di nascondere e un più conseguente oggettivismo etico connotato in senso neoliberale. Insomma, la premessa che il neopaternalismo tende a sottacere – che una sostanza etica oggettiva esiste, e deve essere sottratta ai circuiti democratici e all'autonomia individuale – rende il paternalismo libertario totalmente coerente. In quale senso e con quali costi ciò avvenga lo vedremo nell'ultimo capitolo.

2. Welfarismo e perfezionismo

Abbiamo già visto nel capitolo 4 la relazione problematica che lo strumento del *nudge* intrattiene con il concetto di benessere proposto dai paternalisti libertari. Conviene insistere su questo punto, perché è dirimente per comprendere i limiti epistemologici, etici e politici del paternalismo libertario e l'opera di mascheramento delle intenzioni di cui è portatore. Ma, come si vedrà più avanti, ha importanti connessioni anche sull'ambigua natura normativa dello strumento del *nudge*.

Infatti, il presupposto perché si dia prevedibilità e controllo della condotta è in aperto contrasto con le intenzioni dichiarate dai teorici del *nudge*. Da un lato, essi affermano di lasciare gli individui liberi di perseguire i loro interessi autonomamente, dall'altro assicurano che il *nudge* aiuta gli individui incapaci di scegliere per il meglio a ottenere il proprio bene dando per inteso che questo sia identificabile oggettivamente. Dall'accostamento di queste due semplici premesse discendono tre tipi di problemi per il *nudge*: epistemici, etici, e pratici. I primi originano dal semplice dato che i *nudger* e i *policymaker* affermano di guidare le scelte delle persone verso il loro interesse. Ma a causa della confutazione (fatta dagli stessi teorici del neopaternalismo) dell'argomento epistemico che i soggetti individuali sono i migliori interpreti dei propri interessi, e dato il fatto intuitivo che le persone hanno molteplici interessi che perseguono in ogni momento – interessi complessi, sfaccettati, di cui non sempre sono consapevoli nel momento in compiono le loro scelte – c'è da chiedersi com'è possibile che i *nudger* li conoscano a partire dall'osservazione esterna dei comportamenti dei *nudgee*. È invece evidente che poiché gli architetti delle spinte gentili non possono conoscere

questi interessi dall'esterno, non sono nemmeno nella posizione di decidere verso quali interessi guidare le persone. A dispetto delle intenzioni che essi professano, i *nudger* impongono interessi ai *nudgee* guidandoli verso i fini che hanno individuato per loro e al posto loro in maniera eteronoma. L'opacità epistemica degli interessi di coloro che cercano di guidare o condizionare implica necessariamente questa conseguenza⁸.

Il problema etico scaturisce da quello epistemico: se il *nudger* non conosce i veri interessi degli individui finirà per imporre interessi eteronomi che confliggono con l'autonomia e il diritto delle persone (liberale ed epistemicamente connotato) di autodeterminarsi compiendo scelte nel proprio interesse. Anche se i fautori del *nudge* sostengono che gli individui rimangono liberi di prendere decisioni oltre quelle a cui vengono gentilmente spinti, rimane per lo meno il sospetto che sia la manipolazione psicologica, per quanto sottile, a rendere efficaci i *nudge*, il che ne smentisce l'aspetto libertario⁹.

Per finire, anche i problemi pratici del *nudge* discendono dai suoi difetti epistemici: semplificando, i pungoli non mantengono le promesse di migliorare le scelte individuali nell'interesse dei singoli perché i *policymaker* non conoscono questi interessi e possono solo sostituirli con quelli identificati dall'esterno, cioè "oggettivamente". In altri termini, le spinte gentili modificano efficacemente il comportamento – e la verifica della loro efficacia diventa un tema fondamentale per la modalità governamentale del *nudge* –, ma non c'è modo di sapere se ciò avvenga nel reale interesse delle persone, o se l'efficacia corrisponda a una sorta di "autoverifica" del *policy-making* neopaternalistico. Come vedremo, la verifica dell'effettività delle spinte gentili come mezzo di influenza delle condotte è certamente possibile, ma il parametro di valutazione non può essere la corrispondenza con gli interessi individuali e soggettivi perché di

⁸ Cfr. M.D. White, "The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism", in Mathis, Tor (eds.), *Nudging. Possibilities*, cit., pp. 21-38; Id., *The Manipulation of Choice*, cit.; Id., *The Illusion of Well-being: Economic Policymaking Based on Respect and Responsiveness*, Palgrave Macmillan, New York, 2014.

⁹ White, "The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism", cit., p. 23.

questi non è possibile avere una conoscenza certa. Il parametro di valutazione dell'efficacia non è il rispetto degli interessi soggettivi in quanto tali (quelli che i soggetti sceglierebbero di soddisfare se fossero nelle condizioni migliori per conoscerli): basta la mera verifica che un cambiamento delle condotte si è prodotto¹⁰. Se pensiamo al caso del piano pensionistico *Save More Tomorrow*, portato come esempio di successo di un dispositivo paternalistico, la sua riuscita coincide col fatto di avere introdotto un cambiamento delle condotte, non con la valutazione della capacità effettiva di tale mezzo di produrre un avanzamento nel conseguimento degli interessi del lavoratore nel momento in cui decide di incrementare la quota di accantonamento del suo stipendio a fini pensionistici, a meno che non si assuma che tale accantonamento è il suo fine preminente¹¹. Non dimentichiamoci che l'Econe è il parametro della perfetta razionalità deliberativa e identifica il suo interesse oggettivo preminente in una forma di utilità riduttivistica, cioè quella economica.

L'utilità di questa forma di welfarismo non è la felicità benthamiana. L'economia comportamentale assume, semplicemente, che le preferenze sono basate su un singolo criterio sostantivo di utilità, nonostante sia banalmente vero che gli esseri umani non perseguono un solo fine, ma obiettivi molteplici e complessi¹². Quando le

¹⁰ Nonostante questo, Eric Singler prova a mostrare alcuni metodi di valutazione dell'efficacia delle spinte gentili a partire dai report della britannica "Nudge Unit": E. Singler, *Nudge marketing. Comment changer efficacement les comportements*, Pearson, Paris, 2015, pp. 197-245. Sul tema dell'efficacia delle politiche paternalistiche di stampo comportamentale si veda M.J. Rizzo, "The Four Pillars of Behavioral Paternalism", in S. Abdulkadirov (a cura di), *Nudge Theory in Action. Behavioral Design in Policy and Markets*, Palgrave Advanced, Cham, 2016, pp. 37-64.

¹¹ Altri possibili effetti pratici dei *nudge* includono le influenze negative a lungo termine che essi producono sul processo decisionale stesso: come abbiamo visto, invece di agire per migliorare il processo di scelta, i *nudger* cercano semplicemente di ottenere le scelte "corrette", e questo può compromettere i processi deliberativi razionali a lungo termine. Si veda cap. 4, cap. 6, *supra*.

¹² Si veda il paragrafo 7 del cap. 2, dove viene presentata questa concezione "larga" degli interessi. Cfr. E. Fehr, K.M. Schmidt, "The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism—Experimental Evidence and New Theories", in S.-C. Kolm, J.M. Ythier (eds.), *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity*, vol. I, Elsevier, Dordrecht, 2006, pp. 615-691.

scoperte del comportamentismo economico sui processi decisionali vengono incorporate nelle pratiche del *nudging*, la visione limitata della motivazione che portano con sé si traduce in un approccio senz'altro miope alla definizione delle politiche welfariste, ma in grado di mostrare la potenza dell'oggettivismo etico. Sembra cioè che l'intento dei sostenitori del *nudge* sia neutralizzare (politicamente e giuridicamente) il pluralismo degli interessi soggettivi, con la conseguenza che, di fronte all'interferenza con la scelta dei mezzi di individui razionalmente limitati, non c'è modo di sapere se i *policy-maker* li stanno aiutando a perseguire i loro interessi oppure indirizzando verso interessi imposti dall'esterno¹³. A essere verificabile è solo l'efficacia con cui le spinte gentili "sollecitano" gli individui a scegliere in un certo modo.

I difetti epistemologici del *nudge* e le sue ripercussioni pratiche hanno reso (praticamente) irrilevante la distinzione tra mezzi e fini paternalistici, rendendo problematica l'accezione neopaternalistica del paternalismo *soft*. Nonostante gli sforzi fatti per persuadere che le politiche paternalistiche si limitano a migliorare le scelte individuali finalizzate al perseguimento di interessi soggettivi, l'oggettivismo dei fini è la vera sostanza del neopaternalismo, ed è sia un prodotto dell'utilitarismo sotteso al *nudging* sia un requisito coerente col *telos* perfezionistico che persegue.

Come abbiamo visto, la strategia argomentativa di Thaler e Sunstein, presa sul serio da Conly quando si dichiara a favore di un paternalismo coercitivo «benevolente», è negare il presupposto dell'oggettivismo etico. Il paternalismo libertario non punta a dimostrare che esistono fini oggettivamente buoni superiori a quelli soggettivi, ma a promuovere la soddisfazione di desideri soggettivi a lungo termine¹⁴. Tuttavia, sia che questo sforzo provenga dal lato

¹³ Senza contare che, naturalmente, le persone possono fare scelte sbagliate; ma gli unici che sanno di essere in errore – sempre che lo sappiano – sono coloro che le fanno perché sono pienamente consapevoli del motivo per cui hanno preso quelle scelte e non altre.

¹⁴ Conly, *Against Autonomy*, cit., pp. 43, 50; Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 75. Si veda anche Cholbi, che difende un paternalismo kantiano esplicitamente "tarato" sugli interessi degli individui che vi sono sottoposti: M. Cholbi, "Kantian Paternalism and Suicide Intervention", in Coons, Weber (eds.), *Paternalism: Theory and practice*, cit., p. 124.

del neopaternalismo libertario sia che provenga da quello del neopaternalismo coercitivo, l'impressione è che finisca sotto la scure della semplice ipotesi epistemologica che l'interesse soggettivo, in quanto tale, non è conoscibile esternamente¹⁵. Sebbene l'enfasi di Sunstein e Conly sia diversa, essi condividono il giudizio che non ci si può fidare delle decisioni di individui che non sanno scegliere il proprio bene; ma questo giudizio, come si è detto, presuppone qualcosa di impossibile, cioè che i fini e gli interessi reali delle persone siano invece accessibili al paternalista¹⁶. In sostanza, siamo posti di fronte alla seguente alternativa: o i paternalisti affermano (e dimostrano) di avere una conoscenza oggettiva degli interessi soggettivi delle persone alle quali si rivolgono, cosa che non fanno, oppure stanno implicitamente imponendo la loro idea di 'interessi da perseguire' coerente con una teoria oggettivista del benessere. Pur ostinandosi a sostenere più o meno esplicitamente la prima ipotesi, per segnare la distanza da un vetero-paternalismo che intendono superare, essi finiscono per adottare una posizione coerente con l'oggettivismo etico. Il neopaternalismo è pertanto concettualmente incoerente, nel senso denunciato da Blumenthal-Barby. Ad accomunare le due accezioni di paternalismo, al di là delle differenze teoriche dichiarate, è uno standard del bene di tipo perfezionistico implicito in tutti gli esempi utilizzati dagli autori¹⁷: gli interventi paternalistici

¹⁵ Sunstein e Conly condividono il medesimo presupposto epistemologico. Sunstein scrive che il ragionamento che sta dietro al paternalismo libertario è che i governi in genere non credono che le scelte delle persone promuoveranno il loro benessere, e quindi compiono delle mosse per influenzare o cambiare le scelte per il loro bene (Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 58 ss.); in maniera simile, Conly scrive che «La ragione dell'intervento [da parte dell'autorità] è che non si ha fiducia nella capacità [degli individui] di decidere correttamente. In questi casi si sottrae libertà di scelta perché non si ha fiducia nella capacità di scegliere il proprio bene. Non si pensa che valga la pena di preservare l'autonomia, cioè la libertà di agire in base alla decisione autonoma, in parte perché la decisione è presa così malamente che la libertà ne esce impoverita» (Conly, *Against Autonomy*, cit., pp. 179-180).

¹⁶ White, "The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism", cit., p. 36.

¹⁷ L'autrice parla di «standard perfezionistici sottesi al bene, cioè ricchezza e salute, verso i quali i diversi *nudge* guidano le masse»: Blumenthal-Barby, "Choice Architecture", cit., in part. p. 180. Gli esempi di paternalismo riguar-

riguardano beni (come salute, benessere, prosperità e affini) oggettivamente individuabili (chi mai lo negherebbe? è questa una forma di oggettività intuitiva basata su truismi neopaternalistici), quindi anche misurabili.

Colin Camerer rafforza questa tesi quando afferma che il modo in cui i neopaternalisti delle due fazioni avverse parlano del bene assomiglia a quello di Parfit¹⁸: entrambi finiscono per sostenere che gli individui dovrebbero pensare al loro benessere nei termini di giudizi di valore sostenuti da prove scientifiche¹⁹. Questo significa che gli interessi soggettivi sono traducibili in valutazioni oggettive mediante il giudizio di attori che non solo decidono, dall'esterno, quali sono gli interessi da perseguire, ma stabiliscono anche come bilanciarli nel caso in cui interferiscano con altri interessi ritenuti altrettanto oggettivi²⁰. L'assunto epistemico che il paternalista conosce oggettivamente e correttamente la concezione del bene posseduta da altri implica, infatti, che egli sappia quali valori e scopi ultimi definiscono il bene di un altro individuo competente a definirli, indipendentemente dal fatto che l'altro li accetti.

Il parametro dell'efficacia del *nudging* non è dunque l'interesse soggettivo, bensì un interesse oggettivo posto al di fuori e al riparo delle scelte individuali e incontrollate²¹. Ciò nonostante i neopaterna-

dano tutti *health, wealth, well-being, prosperity*, e affini, oggettivamente individuabili e razionalmente/oggettivamente conseguibili, quindi anche misurabili: cfr., ad esempio, Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 42-44, 43, 62; Conly, *Against Autonomy*, cit., pp. 169, 170, 183-186.

¹⁸ D. Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 499.

¹⁹ Camerer scrive che «la regolazione in materia di salute e cibo è pesantemente influenzata dalle conoscenze scientifiche [...] e dalla credenza, diffusa tra gli esperti del settore, che il consumatore ordinario necessita di informazioni, stimoli e spesso regole il cui scopo è migliorarne la dieta e le salute»: C. Camerer, S. Issacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue, M. Rabin, "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for 'Asymmetric Paternalism'", *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 3, 2003, p. 1222.

²⁰ Cfr. White, "The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism", cit., p. 34; C.A. Hill, "Anti-anti-anti-Paternalism", *New York University Journal of Law & Liberty*, 2, 3, 2007, pp. 444-454.

²¹ Il neopaternalismo è quindi eticamente problematico per chiunque voglia, come i nostri autori, proporsi sotto l'egida della novità: cfr. capitolo

listi non sembrano preoccuparsi di questa incongruenza²², e finiscono per sostituire surrettiziamente gli interessi soggettivi (molteplici e inconoscibili) con interessi identificati oggettivamente²³, pur continuando a professare un anti-perfezionismo ormai insostenibile, ed evitando di fare esplicita professione di una teoria oggettiva del benessere come quella utilitarista. Continuano invece a difendersi con la tesi, la cui falsità è ormai evidente, che il loro paternalismo si limita ad aiutare gli individui a perseguire gli interessi che loro stessi si sono scelti. Occorre dunque studiare il modo in tale tesi è penetrata nei nostri ordinamenti, prestandosi a produrre un'immagine della regolazione volutamente non coercitiva ma – a detta dei difensori del *nudging* – più efficace del diritto nel condizionare le condotte inducendo atteggiamenti di obbedienza “spontanea”.

Per capire come la scienza comportamentale ha trasformato il diritto, e più in generale la regolazione, delle nostre società occorre riflettere sul fatto che tra umano ed econe esiste un *gap* che le politiche *behaviourally informed* sono intenzionate a sfruttare, non solo paternalisticamente ma anche e soprattutto economicamente. Tutto ciò, come vedremo, è coerente con le finalità governamentali di stampo neoliberale che prevedono l'utilità, per non dire la necessità, del connubio tra economia comportamentale e diritto²⁴. Il fatto che

4, *supra*, e D.W. Brock, “Paternalism and Autonomy”, *Ethics*, 98, 3, 1988, pp. 550-565, in part. p. 559.

²² I difensori del *nudge* non possono sostenere di rispettare gli interessi (soggettivi) soggettivamente identificati mentre impongono interessi esterni e oggettivi. Sarebbe molto più semplice, ed eviterebbe molte incongruenze concettuali, se i paternalisti dichiarassero le loro teorie oggettiviste degli interessi invece di assumerle implicitamente, cioè se ammettessero che «gli ambienti della scelta sono progettati per indirizzare le persone verso un bene generalizzabile» e non verso gli interessi reali e soggettivi di ogni persona: Blumenthal-Barby, “Choice Architecture”, cit., p. 181.

²³ Imporre (sostituendoli con quelli soggettivamente scelti) i valori dei *nudger* anziché sottoporre i valori del benessere a un controllo democratico è il senso del *nudging* secondo A.T. Schmidt, “The Power to Nudge”, *American Political Science Review*, 111, 2, 2017, pp. 404-417, in part. p. 406.

²⁴ Si vedano, per esempio, Jolls *et al.*, “A Behavioural Approach to Law and Economics”, cit.; R. Bubbs, R. Pildes, “How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why”, *Harvard Law Review*, 127, 6, 2014, pp. 1593-1678. Nel contesto europeo: H. Luth, *Behavioural Economics in Consumer Policy: The Economic*

gli obiettivi economici non siano esplicitati in molti provvedimenti (per esempio, quelli relativi alla scuola, alla salute o all'ambiente) non significa che la finalità economica sia secondaria o relegata a specifici settori. Al contrario, è proprio l'insistenza sull'appello all'empirico/fattuale/effettivo che spinge a formarsi l'impressione che politiche pubbliche basate sul *nudge* abbiano la capacità di imporsi gradualmente agli individui fino al punto di diventare economicamente necessarie e oggettivamente inevitabili²⁵. Il perfezionismo economico sotteso a un paternalismo che è solo nominalmente debole o *soft* è la vera posta in gioco di questo tipo di politiche, e il diritto è uno dei mezzi di cui il paternalismo comportamentale si serve.

3. Effettività e strategie regolative

L'esigenza di una maggiore effettività della regolazione non è l'appello al vecchio tema dell'efficacia delle leggi ma risponde al bisogno indotto dalla prospettiva comportamentale di modulare norme, regole, politiche che sappiano interpretare la reale capacità di adempimento da parte dei destinatari. Se non ragionassimo in questo modo non capiremmo perché i neopaternalisti e in genere i sostenitori del *policymaking* di stampo comportamentale sollecitano da tempo il ricorso al *nudging* o a dispositivi *nudge-like* per sostituirli a una regolazione più tradizionale, seguendo, in un certo senso, l'esempio benthamiano, quello che ha introdotto l'idea – attraverso strategie oblique come la legislazione indiretta – che i dispositivi del governo sovrano debbano preoccuparsi più della coercizione che

Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited, Intersentia, Antwerpen, 2010; M. Lissowska, "Overview of Behavioural Economics Elements in the OECD Consumer Policy Toolkit", *Journal of Consumer Policy*, 34, 3, 2011, pp. 393-398; P. Lunn, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, cit.

²⁵ A questo riguardo, vale l'analisi di C. Bonicco-Donato, "La question des normes chez Hume ou comment la convention devient valeur, in B. Frydman, A. van Waeyenberge (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs*, cit., pp. 279-304. Da notare che l'inevitabilità del *nudge* e dell'architettura della scelta sono state argomentate, in primo luogo, come sappiamo, dai suoi inventori e sono temi ripresi da Sunstein, con ben altra sensibilità, nella prefazione al libro di Alemanno e Sibony: Sunstein, "Foreword. The Ethics of Nudging", cit.

della sua efficacia, e debbano perciò aderire alla “reale” psicologia dei governati²⁶.

Che l'efficacia del diritto (o l'idea che ne abbiamo) sia mutata lo insegna, ad esempio, Robert Baldwin, per il quale quando si parla di ‘effettività’ di un dispositivo della regolazione si intende non solo l'effettività *formale*, cioè – classicamente – la qualità della regola che introduce meccanismi adeguati a indurne l'adempimento, ma anche l'effettività *sostanziale*, cioè la sua capacità di rispondere all'interesse generale perseguito dalla decisione regolativa e indicato dalla norma cui questa dà attuazione. I due aspetti sono inseparabili²⁷. Ragionare in questi termini rende più difficile il compito della verifica dell'effettività: per quella formale, essa può limitarsi al computo del numero di infrazioni (ammesso che i sistemi di controllo funzionino adeguatamente), ma per l'effettività sostanziale il problema è più complesso e può mettere in discussione anche il *tipo* di regola scelta per il perseguimento di un determinato obiettivo. Il problema si complica ulteriormente di fronte all'interdipendenza degli obiettivi di interesse pubblico indicati dalle norme e perseguiti dalle politiche pubbliche. Cosa significa verificare che “l'obiettivo è stato conseguito”? Per spiegarlo, Nicoletta Rangone ricorre all'esempio del contenimento della spesa pubblica e della tutela della salute: si dà il caso che regole (efficaci) per il perseguimento del primo obiettivo incidano inevitabilmente sull'effettività del secondo, e viceversa; ma può essere molto difficile individuare qual è l'obiettivo *ultimo* perseguito da una regola, il che si ripercuote sulla considerazione dell'effettività sostanziale. Ad esempio, qual è l'obiettivo perseguito dalla previsione giuridica che impone un tetto annuale alle prescrizioni diagnostiche? Se esso è da individuare nel solo contenimento della spesa pubblica, è formalmente e sostanzialmente efficace una regola che,

²⁶ Sul collegamento tra *insights* delle scienze comportamentali e la crescente efficacia dei dispositivi della regolazione sociale, si veda A. Alemanno e A.-L. Sibony, “Epilogue: Future of EU Behavioural Policy-Making”, in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 325-347, in part. pp. 338-342.

²⁷ R. Baldwin, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pag. 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, <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=38v>, p. 2.

quando obbedita dai medici, porta ai risparmi perseguiti; ma saremmo disposti a qualificare questa stessa regola come sostanzialmente efficace anche quando porta a selezionare le prescrizioni non in base alla gravità delle patologie, ma a criteri inadeguati o impropri²⁸?

Spostando l'attenzione sul tema dell'effettività del *nudge*, dobbiamo considerare che, da un lato, il comportamentismo ha individuato nella (e propagandato la) sua efficacia in un vantaggio che esso possiede sul diritto tradizionale e che corrisponde alla capacità di tale dispositivo di rispecchiare e migliorare le dinamiche del processo decisionale; dall'altro lato, questo implica che non si tratta più solo di riflettere sui meccanismi tradizionali dell'*enforcement* delle regole del diritto, ma di indagare in cosa consiste la verifica di tale effettività. Il problema non è indurre con mezzi coercitivi l'adesione a un imperativo o a una norma (obbedienza), ma predisporre le condizioni che portano il soggetto a conformarsi "spontaneamente" al precetto incarnato dai *nudge*. In questo caso, ha senso usare il termine '*compliance*' anziché 'obbedienza'. 'Conformità', più che 'obbedienza', invita a concentrarsi sui meccanismi psicologici e ambientali che condizionano le scelte di adesione alle regole, e a comprendere che l'efficacia non è solo una questione di obbedienza statisticamente misurabile. Sabino Cassese, ad esempio, ha parlato della necessità di «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»²⁹. In sostanza, la regolazione giuridica non può nulla, o non può utilmente servire allo scopo se non è in grado di produrre le condizioni sociali e psicologiche della conformità alle norme. Poiché questa non può affidarsi alla sola forza del diritto, non può più essere indagata solo dal giurista o dal sociologo del diritto, ma deve passare al vaglio degli scienziati sociali (psicologi, sociologi, scienziati

²⁸ Rangone, "Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative", cit., p. 2.

²⁹ 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 *Giornale di Diritto amministrativo*, 2, 2017, pp. 176-178.

politici, economisti comportamentali), gli stessi che hanno portato a vedere nel *nudging* maggiori possibilità di efficacia condizionante.

Abbandonare la “presunzione di razionalità” (come fa il comportamentismo economico) in favore della presunzione di irrazionalità della *compliance* significa o dismettere gli strumenti regolativi tradizionali finalizzati a garantire l’effettività delle regole giuridiche (sanzioni come incentivi o disincentivi), o puntare su fattori diversi dalla razionalità intrinseca ai meccanismi della deterrenza, per considerarli come leve dell’adempimento e come meccanismi della decisione stessa³⁰. Infatti non si parla più di “minacciare la sanzione”, ma di educare, informare, puntare su cooperazione/supporto, e su *nudging/empowerment*³¹. L’effettività delle regole e delle strategie di *enforcement* è assicurata solo se regole e strategie sono concepite coerentemente coi meccanismi di conformità adottati dai destinatari³². Ciò richiede «una radicale revisione del processo decisionale

³⁰ Sono molti i sostenitori del *nudge* che enfatizzano i problemi di effettività della regolazione tradizionale (attraverso legge/sanzione) per esaltare la maggiore efficacia della regolazione attraverso il *nudging*. Paradigmatico in questo senso è Singler, *Nudge Marketing*, cit., in part. cap. 11, pp. 163 ss.

³¹ Si veda, ad esempio, E. Kirchler, S. Muehlbacher, B. Kastlunger, I. Wahl, “Why Pay Taxes? A Review of Tax Compliance Decisions”, in J. Alm, J. Martinez-Vazquez, B. Torgler (eds.), *Developing Alternative Frameworks for Explaining Tax Compliance*, Routledge, London, 2010, pp. 16-31. Occorre ricordare che nel capitolo 2 il *nudging* è stato contrapposto ad altre tecniche di *empowerment* (come quelle del *boosting*) proprio per sottolineare che, anche se ammettessimo che le basi empiriche individuate da Sunstein e Thaler descrivono in modo esauritivo giudizio e scelta umani (ma non tutti lo concedono), avremmo comunque strumenti per emendare questi difetti, piuttosto che sfruttarli, potenziando le capacità di comprensione e decisione degli individui (Sunstein lo ammette quando parla di *nudge educative*, creando una certa confusione su cosa sono davvero i *nudge*). Nel contesto di questa analisi, invece, si intende mostrare la difficoltà di distinguere le finalità, oltre che le tecniche, della regolazione *nudging/empowerment* quando vengono traslate nei nostri sistemi giuridici, dove le differenze di approccio rischiano di sembrare nominali più che sostanziali, e si perdono nella grande categoria della “regolazione *behaviorally aligned*”.

³² Le strategie di *enforcement* sono definite dal decisore pubblico e attono a «cosa applicare (*to enforce*), come allocare le risorse per le ispezioni, e quali strumenti (*tools*) per l’*enforcement* potenziare. Diversamente, lo stile applicativo riguarda l’interazione tra ispettori e regolati»: P.J. May, S.C. Winter, “Regulatory Enforcement Style and Compliance”, in C. Parker, V.L. Nielsen

pubblico (che dovrebbe basarsi sempre su evidenze empiriche rilevate, ove necessario e opportuno, anche attraverso specifici esperimenti comportamentali) e un aumento delle tipologie di contenuto regolatorio che le decisioni stesse possono supportare»³³. Di conseguenza, nel perseguimento della superiore effettività delle norme occorre impostare «*ex ante* meccanismi di *enforcement*», e predisporre «monitoraggio e valutazione *ex post*»³⁴, esplicitando strumenti e modalità di realizzazione di tutti i sistemi di verifica (quale ufficio, con quale risorse, attraverso quali indicatori di verifica).

Risuonano in queste parole le osservazioni di Bentham sull'effettività della legislazione (diretta e indiretta) da perseguire a monte e non solo a valle della emanazione dei dispositivi del sovrano. Ma è sempre più evidente che il problema benthamiano non era quello dei regolatori di oggi, che, al netto della irrazionalità dei governati, invocano semplificazione, regolazione *low-cost*, *deregulation*, flessibilità, annunciandoli come benefici primari dell'introduzione di dispositivi *law-like* e non tradizionalmente coercitivi³⁵, quali il *nudge*. Mentre Bentham usava l'utilità come metro di valutazione (morale) dell'efficacia delle strategie del sovrano, nel contesto neoliberale l'idea della rilevazione/verifica dell'effettività dei dispositivi è fine a se stessa. Il fatto che esistano idee oggettive di bene individuate dai *nudger* non ha implicazioni per la verifica della *compliance* da parte di soggetti difettosi alle regolazioni *soft*. Sembra cioè che il problema non sia l'effettività come tale, ma la possibilità di rilevarla: più ancora dell'effettività come adesione alle regole – se, come si è detto, la regolazione è misurata a partire dagli effetti intesi come esiti comportamentali reali dei soggetti della regolazione –, è in gioco la sua rilevazione e la possibilità di verificare la coerenza della regola-

(eds.), *Explaining Compliance. Business Responses to Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 223. La *compliance* è definibile come «la panopia delle risposte comportamentali e attitudinali che individui e aziende danno alla regolazione»: C. Parker, V.L. Nielsen, «Compliance: 14 questions», in P. Drahos (ed.), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, Australian National University Press, Acton, 2017, p. 218.

³³ Rangone, «Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative», cit., p. 3.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ È quanto vedremo nel corso di questo capitolo.

zione con i criteri decisionali di amministrati e amministratori³⁶. Il fine non è l'obbedienza, che implica una razionalità del destinatario rispetto a norme come "ragioni per agire", ma l'adesione "automatica" a un dispositivo la cui qualità deve essere testata in un'ottica tipicamente consequenzialistica.

L'insistenza sulla verifica dell'effettività sostanziale si ritrova nelle posizioni di coloro che sostengono che al fine di garantire l'effettività delle regole evitando il prodursi di effetti indesiderati occorre che esse siano non tanto *behaviourally-aligned*, ma *behaviourally-tested*, esattamente come auspicato dalla Commissione europea³⁷. E non mancano coloro che ritengono che, data la diversa predisposizione degli individui a subirne le conseguenze³⁸, le regole

³⁶ A questo riguardo, è stato evidenziato che regole eccessivamente precise e dettagliate deprimono l'innovazione e rischiano di aumentare le occasioni di «*creative compliance*» (cfr. I. Ehrlich, R. Posner, "An Economic Analysis of Legal Rule-Making", *The Journal of Legal Studies*, 3, 1, 1974, pp. 257-286), vale a dire un adempimento che rispetta la lettera delle previsioni pur violandone lo spirito, una forma di obbedienza formale che in realtà corrisponde all'ineffettività sostanziale della regolazione. Infatti: «La combinazione di regole specifiche e l'enfasi sulla forma giuridica e sul senso letterale può essere utilizzata artificialmente, in un modo manipolativo per eludere o minare lo scopo della regolazione»: D. Mcbarnet, C. Whelan, "The Elusive Spirit of the Law. Formalism and the Struggle for Legal Control", *Modern Law Review*, 54, 6, 1991, p. 849. Oppure: «Più le regole sono precise, più diventano complesse [...] e più risulta incerta la loro applicazione in qualsiasi circostanza particolare»: J. Black, "Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation", *Capital Markets Law Journal*, 3, 4, 2008, p. 438. Si veda anche E. Bardach, R.A. Kagan, *Going by the Book. Unreasonableness. A Twentieth Century Fund Report*, Temple University Press, Philadelphia, 1982, p. 58. Inoltre, tali regole portano all'ineffettività «se sono costosi o troppo complicati i costi di gestione di tali norme»: Baldwin, *Rules and Government*, cit., p. 179. Risultati negativi in termini di effettività sostanziale sono stati collegati a un approccio legalistico ai controlli, cioè formale e aggressivo relativamente all'*enforcement* delle decisioni amministrative: cfr. Bardach, Kagan, *Going by the Book.*, cit., p. 93.

³⁷ Cfr. Lourenco, Ciriolo, Vieira de Almeida, Troussard, *Behavioural Insights Applied to Policy*, cit., p. 17.

³⁸ A questo riguardo, Baldwin scrive che il *nudging* imporrebbe «oneri alle persone responsabili per aumentare il benessere di quelli che si comportano irresponsabilmente»: R. Baldwin, *Nudge: Three Degrees of Concern*, LSE Law - Policy Briefing Paper No. 7, 2015, https://eprints.lse.ac.uk/64049/1/Policy%20Briefing%207_2015.pdf, p. 3.

andrebbero differenziate in base ai destinatari³⁹. Gli strumenti attraverso cui la regolazione trova attuazione (i *better regulation tools*, nell'accezione europea) diventano quindi cruciali se si tratta di incrementare l'effettività delle regole di nuova concezione rispetto alla ineffettività (solo formale) della "vecchia" regolazione. I *better regulation tools* basano la loro superiore qualità su processi decisionali di cui si ritiene di possedere un'evidenza empirica significativa grazie alla possibilità di individuare con esattezza esigenze e obiettivi da perseguire, e identificare gli strumenti più adeguati per realizzarli – dai criteri redazionali fino alla revisione della regolazione, quando necessario, passando attraverso la verifica dell'adeguatezza in concreto dell'uso dei mezzi regolativi. La flessibilità dei dispositivi (la semplificazione la dovrebbe garantire) sembra il criterio epistemico più cogente, ma si accompagna a condizioni di attuabilità molto severe e a criteri di verificabilità tutt'altro che leggeri o *soft* (ne parleremo nell'ultimo capitolo).

Inoltre, poiché l'efficacia delle regole dipende soprattutto dalla reazione dei destinatari e dai meccanismi decisionali che devono innescare, occorre chiedersi come vanno rilevati bias, euristiche, dinamiche motivazionali e norme sociali nella *compliance*. La razionalità benthamiana investiva grosso modo tutti questi settori della regolazione, ma ciò che è mutato col passaggio al *nudge* neopater nalistico è il grado di consapevolezza scientifica dei fenomeni sottesi alla risposta comportamentale alla regolazione. L'attenzione per la rilevazione di bias che possano compromettere l'effettività dei dispositivi regolativi, da affidare a scienziati cognitivi (al fine di evitare, ad esempio, i *behavioural market failures* da cui partono Thaler e Sunstein), ha lo scopo di raccogliere informazioni comportamentali

³⁹ «Interventi di tipo comportamentale ben disegnati e strutturati hanno il valore aggiunto di non interrompere il comportamento dei consumatori meno afflitti dai bias»: The Behavioural Insights Team, *Applying Behavioural Insights to Regulated Markets*, 26 maggio 2016, <http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2016/05/Applying-behavioural-insights-to-regulated-markets-final.pdf>, p. 12. Come ormai sappiamo, e come vedremo nel seguito, la flessibilità e la capacità di adattamento della regolazione a scopi e destinatari contingentemente designati è uno dei significati del requisito della semplificazione invocato da Sunstein e Thaler. Cfr. Sunstein, *The Ethics of Influence*, cit., *passim*.

come valutazioni preventive dell'impatto della regolazione⁴⁰, il che induce a pensare che più che soggette a un cambiamento attraverso le norme, le nostre condotte siano (secondo la lezione behthamiana) soggette a controllo e previsione, attraverso processi di valutazione preventivi, successivi e sperimentali. A rendere il quadro paradossale è la constatazione che la semplificazione del processo decisionale, attuata ad esempio dai *nudge* e dai loro default, sembra in contraddizione col paradigma dell'effettività sostanziale preminente nelle nostre democrazie: una regolazione *output-oriented*, infatti, non esime il sistema dalla messa a punto di controlli serrati; al contrario, mette in campo una burocrazia ingente, non solo sotto forma di *nudger* che concepiscono i dispositivi e di esperti che fanno le analisi costi-benefici, ma anche nella forma di agenzie che si preoccupano di rilevare l'incidenza della regolazione e la conformità dei comportamenti individuali e collettivi⁴¹.

L'acquisizione di dati utili ai regolatori può essere più o meno estesa e può spingersi fino al perfezionamento di esperimenti cognitivi *ad hoc*. Come sottolinea Rangone, questi ultimi, in particolare, prappresentano una prospettiva nuova per l'Europa. Una prima apertura alla valutazione dei comportamenti nell'ambito dell'analisi di impatto si registra infatti solo negli Stati con una solida tradizione di valutazione preventiva (come il Regno Unito), o fuori dal nostro continente (come negli USA e in Australia)⁴²; ma ultimamente muovono in questa direzione, benchè timidamente, anche le istituzioni comunitarie. In particolare, la Commissione europea ha incluso di recente i *biased behaviours* tra i problemi che possono giustificare l'adozione di certe regole pubbliche⁴³, anche se è evidente che il regolatore comunitario fa un uso assai limitato degli *insights*

⁴⁰ European Commission, Better Regulation Toolbox, 2015, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_2.pdf, p. 209.

⁴¹ Commenteremo questo effetto collaterale (cioè la burocratizzazione del *nudging*) nell'ultimo capitolo.

⁴² Per una descrizione di esperimenti cognitivi in fatto di effettività della regolazione si rinvia al rapporto OCSE, *Behavioural Insights and Public Policy. Lessons from Around the World*, 2017, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264270480-en>, pp. 106-107.

⁴³ European Commission, Better Regulation Toolbox, cit.

comportamentali rispetto all'alto numero delle regole adottate⁴⁴. La conduzione di esperimenti di questo tipo richiede infatti il ricorso a professionalità che, al momento, non è facile trovare nelle pubbliche amministrazioni, persino in Paesi che hanno inserito le scienze cognitive nel processo decisionale pubblico in maniera a dir poco pionieristica. In tali contesti, il cui esempio più fulgido è la *Nudge Unit* inglese (ufficialmente 'BIT', ormai uscita dal circuito pubblico), esperti di unità specializzate (dipendenti o indipendenti) affiancano funzionari di amministrazioni pubbliche nei compiti del concepimento della regolazione, del *policymaking* e della verifica d'impatto⁴⁵. La Commissione europea si è messa su questa strada nel 2014 istituendo, nell'ambito del Joint Research Centre, un'unità con competenze orizzontali sui temi comportamentali, nota come Foresight and Behavioural Insights Unit⁴⁶.

Di fronte a quello che si manifesta nella forma sempre più inquietante di un regime di produzione di regole che superano preventivamente la prova di una potenziale *compliance* prevedibile e

⁴⁴ Cfr. Alemanno, Sibony, "The Emergence of Behavioural Policy-Making", cit., p. 20. Scrive Rangone, "Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative", cit., p. 18: «Una terza opzione consiste nel perfezionamento di esperimenti cognitivi nella fase istruttoria, condotti sul campo (attraverso l'osservazione di comportamenti in ambiente naturale o costruito per la realizzazione dell'esperimento stesso), oppure in laboratorio (dove con una più ampia astrazione si riproducono le condizioni per verificare l'impatto di una serie di "trattamenti", ad esempio diversi contenuti regolatori). La solidità degli esiti di tali esperimenti viene di solito testata facendo uso di una tecnica ben nota alle scienze mediche: il *randomised control trial* (RCT), che consiste nell'osservare l'andamento della realtà in assenza di intervento».

⁴⁵ Ovviamente, questo è anche il caso del *Social and Behavioral Sciences Team* statunitense istituito nel 2014 come sotto-comitato del *National Science and Technology Council*. Il Team statunitense, fondato nel 2015 da Maya Shankar, si compone di esperti di scienze cognitive (inclusi psicologi, economisti e sociologi), ma vi sono anche rappresentati i dipartimenti e le agenzie federali. Il Team svolge una funzione di *policy guidance* per gli organismi pubblici nell'uso delle scienze cognitive. Si veda <https://behavioralpolicy.org/articles/the-white-house-social-behavioral-sciences-team-lessons-learned-from-year-one/>

⁴⁶ <https://ec.europa.eu/jrc/en/research/crosscutting-activities/behavioural-insights>. Si veda F. Di Porto, N. Rangone, "Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Policymakers", in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 29-60, in part. pp. 30 ss.

controllata, è facile trovarsi al cospetto di analisi che commentano queste nuove tendenze in maniera positiva. Piace il fatto che la rilevazione di evidenze empiriche attraverso esperimenti cognitivi abbia portato al coinvolgimento nel processo decisionale di psicologi comportamentali ed economisti cognitivi; piace che le informazioni comportamentali consentano di arricchire il tradizionale strumentario di regole a disposizione dei pubblici poteri (comando e controllo, incentivi, strumenti di mercato, informazione)⁴⁷; e oltre all'utilizzo del *nudging*, è accolto positivamente il ricorso all'*empowerment* cognitivo. Entrambi i tipi di strumenti possono essere introdotti attraverso una campagna pubblica⁴⁸; possono connotare il contenuto regolativo di una fonte del diritto o di una decisione amministrativa; possono essere introdotti sia come strumenti complementari al diritto, sia prescindendo da una fonte giuridica o da una decisione amministrativa che li imponga. Piace cioè il fatto che questi strumenti siano snelli al punto da travalicare i confini dello stato di diritto, i vincoli rappresentati dal rapporto tra i poteri pubblici, e quelli rappresentati dal controllo pubblico e critico a cui i circuiti democratici classici dovrebbero sottoporre il ricorso a essi⁴⁹. Ma a differenza del *nudging*, che, come sappiamo, fa leva su un limite cognitivo, l'*empowerment* cognitivo tende al suo superamento⁵⁰. Si tratta di una differenza sostanziale, che agli occhi dei detrattori del *nudge* fa dell'*empowerment* cognitivo una forma di autentico paternalismo dei mezzi *soft* che il *nudging* non riesce coerentemente a

⁴⁷ Cfr. Rangone, "Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative", cit., pp. 19 ss.

⁴⁸ Ad esempio, le campagne contro il consumo di alcool citate da Thaler e Sunstein in *Nudge*. Come tutti i messaggi di stampo comportamentale, anche quelli diffusi attraverso campagne devono temere eventuali effetti *boomerang*: R.B. Cialdini, "Crafting Normative Messages to Protect the Environment", *Current Direction in Psychology Science*, 12, 4, 2003, p. 205.

⁴⁹ Ne parleremo in questo capitolo, par. 8, *infra*.

⁵⁰ Pur essendo accomunato al *nudging* per la finalità di perseguire esigenze di interesse generale – o per lo meno interpretato come tale dal potere pubblico, anche se non sempre come interesse dei singoli individui, ma di categoria (dei consumatori di servizi pubblici, degli investitori privati, dei pazienti, ecc.): cfr. Di Porto, Rangone, "Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Policymakers", cit., pp. 36 ss.

interpretare senza convertirsi in un paternalismo dei fini. Con buona pace dei paternalisti libertari, lo sforzo cognitivistico della regolazione inteso come *empowerment* cognitivo non sfrutta la razionalità limitata ma punta alla consapevolezza deliberativa del destinatario⁵¹. Sia in un caso che nell'altro, è tuttavia evidente che la vecchia regola del diritto liberale (astratta, generale, sanzionatoria, che fa appello alla razionalità del soggetto della norma) non è più al centro della regolazione, o dell'idea che ne abbiamo, e non è più compito del solo potere legislativo – e amministrativo.

In questo quadro, il ricorso ai default assume contorni più chiari⁵². Essi sono utili al perseguimento dell'effettività formale più di quella sostanziale nella misura in cui sfruttano il bias dell'inerzia, dello *status quo* e dell'avversione alla perdita negli ambiti in cui il *nudge* si è rivelato più efficace – ad esempio nella tutela della *privacy* o del consumatore⁵³; ma si tratta di sottolineare che le regole che di-

⁵¹ Ciò nonostante, neppure l'*empowerment* sfuggirebbe, secondo alcuni, alla critica che le regole cognitive sono espressione di un eccesso di paternalismo che impone agli individui un'idea preconcepita di "ciò che è bene per loro": cfr., ad esempio, Glaeser, "Paternalism and Psychology", cit.; R. Korobkin, "Libertarian Welfarism", *California Law Review*, 97, 6, 2009, pp. 1665 ss.

⁵² Cfr. OIRA, Disclosure and Simplification as Regulatory Tools, 2010; C.R. Sunstein, "Deciding by Default", *University of Pennsylvania Law Review*, 162, 1, 2013, pp. 1-57.

⁵³ L'esempio più comunemente riportato di *default rule* è quello della direttiva comunitaria n. 2011/83/EU, che prevede un diritto del consumatore al rimborso di pagamenti supplementari rispetto a un obbligo contrattuale principale, nel caso in cui egli non abbia dato il suo consenso espresso. Queste regole di default sono state introdotte con direttive comunitarie e recepite a livello nazionale con fonte primaria. Altri casi non italiani né comunitari sono i già citati esempi dell'accantonamento *by default* di una parte dello stipendio per finanziare una pensione integrativa: R. Chetty *et al.*, "Active vs. Passive Decisions and Crowdout in Retirement Savings Accounts: Evidence from Denmark", *The Quarterly Journal of Economics*, 129, 3, 2014, pp. 1141-1219; Thaler, Bernartzi, "Save More Tomorrow", cit.; la scelta (*by default*) di essere donatori di organi: Johnson, Goldstein, "Do Defaults Save Lives?", cit.; Johnson, Goldstein, "Decisions By Default", in E. Shafir (ed.), *Behavioural Foundation of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton, 2013, pp. 417-427; l'opzione *by default* per la fornitura di energia da fonti rinnovabili: D. Pichert, K.V. Katsikopoulos, "Green Defaults: Information Presentation and Pro-environmental Behaviour", *Journal of Environmental Psychology*, 28, 1, 2008, pp. 63-73.

segnano un default sono effettive perché, in un certo senso, superano sia l'idea di obbedienza sia quella di conformità: il non decidere, cioè l'affidarsi implicito, inerte e al non dichiarato default coincide di fatto con una decisione di adempimento. Il modo in cui si deve adempiere all'azione normativa è già deciso dai pubblici poteri, e ai soggetti interessati resta solo la possibilità di uscire da questo (corto-)circuito con le consapevolezze, gli strumenti cognitivi e le competenze normative che contingentemente possiedono, ma che le regole o le politiche democratiche non intendono aumentare.

La distorsione del concetto di obbedienza alle norme – e la sua “evoluzione” dell'idea di conformità – si rivela in particolare col *nudging* basato sull'informazione comparata (*comparative feedback*, *social comparisons* o *social information*), che sfrutta i bias del *framing* e della *social influence*. Per introdurre, ad esempio, modificazioni nei comportamenti connessi agli stili di vita, il decisore pubblico dovrebbe cercare di modificare le norme sociali rilevanti⁵⁴, cioè la percezione di quello che fa la maggior parte delle persone con le quali un individuo si rapporta⁵⁵. In alternativa, può tentare di modificare il “punto di riferimento individuale”⁵⁶, facendo leva sul meccanismo d'imitazione e sulle norme sociali esistenti attraverso il *comparative feedback*. Ad esempio, in alcuni contesti si è scelto di segnalare il comportamento “virtuoso” di altri soggetti (comparabilmente più efficienti) inducendo un consumo efficiente di energia⁵⁷, o una mag-

⁵⁴ Modificare le norme sociali è un passaggio cruciale per aumentare l'effettività di molte decisioni, ma è anche il più difficile: C.R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 1996, p. 2031.

⁵⁵ Si veda M.H. Bazerman, F. Gino, “Behavioural Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgement and Dishonesty”, *Annual Review of Law and Social Science*, 8, 2012, pp. 85-104.

⁵⁶ Il ‘punto di riferimento individuale’ è l'euristica che guida i processi decisionali in base alla quale le alternative a disposizione sono comparate e quindi classificate come guadagni o perdite: Tversky, Kahneman, “Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty”, cit. Ad esempio, il consumo medio di energia di un individuo in un determinato periodo dell'anno è il suo punto di riferimento, che si concretizza in un certo tipo di uso di elettrodomestici, riscaldamento e illuminazione.

⁵⁷ P.W. Schultz *et al.*, “The Constructive, Destructive, and Reconstructive Power of Social Norms”, *Psychological Science*, 18, 5, 2007, pp. 429-434.

giore puntualità nel pagamento delle tasse o del canone televisivo⁵⁸, o il rispetto degli appuntamenti per le visite specialistiche e gli esami diagnostici⁵⁹, o il contenimento delle prescrizioni di medicinali o esami clinici. Ma come è facile notare, il grado di effettività di tale tipo di *nudging* è intrinsecamente connesso al livello di adesione al contesto normativo di riferimento (*compliance*), cioè alla tendenza a conformarsi alla norma della comunità, e a percepire l'allontanamento dallo standard come una forma di esclusione sociale di per sé sanzionatoria, benché non nel senso della sanzione giuridica⁶⁰. Poiché questa forma di *nudging* è spesso introdotta a livello amministrativo e attuata attraverso documenti di fatturazione (ad esempio la bolletta elettrica), o lettere informative (come per le tasse e i canoni), non è secondario il fatto che il ricorso al meccanismo del *comparative feedback* sia corroborato dalla percezione intenzionalmente procurata che la condotta condizionata attraverso di essa sia interessata da un meccanismo di *enforcement* tutt'altro che mite, che assomiglia all'*enforcement* morale. Senza contare il fatto che una lettera personalizzata è avvertita come un segnale di controllo dall'alto, e che proprio questo è l'effetto che essa vuole sortire.

⁵⁸ Nel Regno Unito l'influenza delle norme sociali sul pagamento delle tasse è stata testata attraverso l'invio ai contribuenti di 140.000 lettere di quattro tipi: cfr. Cabinet Office, *Applying behavioural insights to reduce fraud error and debt*. The British Psychological Society, *Promoting excellence in psychology*, p. 201. Cfr. M. Hallsworth *et al.*, "The Behavioralist as Tax Collector: Using Natural Field Experiments to Enhance Tax Compliance", *Journal of Public Economics*, 148, 2017, pp. 14-31; G. Fellner *et al.*, "Testing Enforcement Strategies in the Field: Threat, Moral Appeal and Social Information", *Journal of the European Economic Association*, 11, 3, 2013, pp. 634-660.

⁵⁹ Cfr. B.G. Voyer, "'Nudging' Behaviours in Healthcare Management: Insights from Behavioural Economics", *British Journal of Healthcare Management*, 21, 3, 2015, pp. 130-135. In altri esperimenti è risultato più efficace il messaggio che evidenziava il costo medio per il settore pubblico connesso al mancato rispetto dell'appuntamento: M. Hallsworth *et al.*, "Stating Appointment Costs in SMS Reminders Reduces Missed Hospital Appointments: Findings from Two Randomised Controlled Trials", *PLoS One*, 10, 9, 2015, pp. 1-14.

⁶⁰ Cfr. Fellner *et al.*, "Testing Enforcement Strategies in the Field", cit., p. 638.

E che dire delle tecniche di *empowerment* cognitivo, che *prima facie* appaiono più *soft* e rispettose dell'autonomia, oltre che della dignità? Esse vengono di solito identificate con le forme di standardizzazione, che formalmente hanno il compito di facilitare la comparazione tra prodotti o servizi, come nel caso dei prospetti informativi o delle bollette. La standardizzazione si affianca spesso alla semplificazione delle informazioni ai consumatori come immunizzazione dal bias del *framing* del "sovraccarico informativo", che impedisce la comprensione e l'elaborazione delle informazioni – come avviene, ad esempio, con le informazioni sui prodotti finanziari⁶¹, sul consumo di energia⁶², o sulla fruizione di servizi come comunicazioni mobili, internet, ecc. La standardizzazione risponde alle esigenze della semplificazione delle informazioni fruibili ai soggetti a razionalità limitata tanto cari a Sunstein e Thaler⁶³; ma l'impressione che questa strategia produce è che il confine tra *nudging* ed *empowerment* cognitivo, tra paternalismo dei mezzi e dei fini sia, anche in questo caso, più soggetto a interpretazione che oggettivamente determinabile. La sensazione è che tali modalità di condizionamento si muovano in una zona grigia della normatività che oscilla tra un appello solo formale alla incentivazione del "pensiero lento" e un più reale e incontrollabile effetto manipolatorio.

Le architetture di queste forme della normatività sono pensate non per indurre l'obbedienza, ma per eliminare la possibilità di un'opzione tra l'obbedienza alle norme e la trasgressione e cooptare gli individui verso un determinato comportamento senza che sia facilmente *deliberabile* il sottrarsi a esso. Ma se è così, è difficile per-

⁶¹ European Commission, *Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective*, novembre 2010, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/retail_investment_services_2010_en.pdf.

⁶² European Commission, *Working Group Report on Transparency in EU Retail Energy Markets*, 2012, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2012111314_citizen_forum_meeting_working_group_report.pdf.

⁶³ Cfr. Rangone, "Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative", cit., p. 22. Si veda O. Service *et al.*, *EAST [Easy, Timely, Social, Attractive]. Four Simple Ways to Apply Behavioural Insights*, Behavioural Insights Team, 2014, <https://www.behaviouralinsights.co.uk/publications/east-four-simple-ways-to-apply-behavioural-insights/>.

sino pensare che il *nudging*, la standardizzazione, o l'*empowerment* cognitivo siano giuridici in senso proprio.

4. Cosa c'entra il *nudge* col diritto?

Ecco il nostro bilancio: il confronto tra teoria del *nudge* e concezione benthamiana della normatività, da un lato, e, dall'altro, la riflessione sull'effettività della regolazione – che da Bentham in poi ha assunto un carattere via via più capillare e tecnico, in linea con la sensibilità utilitaristica e col consequenzialismo – hanno reso più difficile rispondere alla domanda se il *nudge* sia o non sia diritto, se abbia oppure no natura giuridica⁶⁴. Questa difficoltà è dovuta al fatto che la letteratura sul *nudging* accoglie implicitamente, o anche solo per inerzia, l'idea che il *nudge* sia affine al diritto⁶⁵, nel senso che è autorizzato e applicato in accordo con esso⁶⁶. Ma esistono analisi che si allontanano dalle questioni più squisitamente teoriche e si concentrano sul modo in cui i risultati sperimentali delle scienze comportamentali integrano l'elaborazione delle politiche pubbliche. Queste analisi sollevano il dubbio – a volte non esplicito – che la domanda sulla natura (extra-)giuridica del *nudge* non possa ridursi alla questione se gli interventi regolativi che utilizzano dispositivi comportamentali possano essere realizzati in maniera istituzionale, cioè

⁶⁴ L'attribuzione di una natura «extra-giuridica» al *nudge*, visto come «techno-regulation and mandatory disclosure», è esplicita in Calo, “Code, Nudge, or Notice?”, cit., anche se la sua riflessione può essere intesa come un tentativo di riflettere sulla possibilità che il *nudge*, ma anche altri meccanismi «non-legal regulatory», possano essere considerati entro od oltre il paradigma del diritto come legge (*law*).

⁶⁵ Cfr. S. Heselhaus, “Foreword”, in Mathis, Tor (eds.), *Nudging. Possibilities*, cit., p. v.

⁶⁶ Al punto che molte analisi riservano una relativa e modesta attenzione al tema della dimensione giuridica del *nudging*, nonostante manifestino interesse per i *behavioural insights*, sia dal punto di vista teorico sia pratico, nella loro applicazione all'economia e al *policymaking*. Questa scarsa attenzione alla dimensione giuridica del *nudge* si riscontra ad esempio in: E. Shafir (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton, 2013; R. Jones, J. Pykett, M. Whitehead, *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013; A. Oliver, *Behavioural Public Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

attraverso il diritto inteso come ‘legge’, ma debba intendersi come la domanda se il *nudge* rappresenti un modo di regolazione autenticamente distinguibile dal diritto, cioè dotato di una forma propria di normatività⁶⁷.

Non a caso in *Nudge and the Law* Alemanno e Sibony scrivono che l’interesse per l’analisi concettuale del *nudge*, che è tipicamente europeo, non è condiviso dal dibattito statunitense, dove il *nudge* è nato e dove le definizioni categoriali non portano con sé conseguenze giuridiche⁶⁸. Infatti essi spiegano che negli Stati Uniti il dibattito si concentra sulle derive paternalistiche del *nudging*, mentre nel nostro continente si focalizza sugli aspetti propriamente concettuali della normatività e/o legalità del *nudge*. In quale misura le due questioni si intersechino al punto da apparire quasi inestricabili è testimoniato dagli sforzi che stiamo facendo in questo libro.

Se si parte dall’idea “minimalista” ma concettualmente cogente che il diritto (*law*) è tipicamente legislativo e coercitivo, mentre il *nudge* è un dispositivo *soft*, «low-cost and choice-preserving»⁶⁹, la possibilità di considerarlo giuridico a tutti gli effetti sembra minacciata. Ma il rapporto tra *nudge* e legge è controverso per ragioni che hanno a che fare con altri requisiti (liberali) della giuridicità, come il fatto che una norma giuridica è *reason-giving* e *action-guiding*. Rispetto a tali requisiti, le spinte gentili, lungi dall’essere dispositivi *soft* di influenza della condotta, sembrano forme di condizionamento addirittura più “brutali” della legge⁷⁰. Poiché le regole del diritto sono ragioni per l’azione⁷¹, che, per quanto coercitive, puntano sulla razionalità del soggetto che vi adempie, c’è da chiedersi cosa siano i *nudge*, che sull’irrazionalità fondano la propria struttura facendo leva sull’inerzia, i pregiudizi e i limiti cognitivi degli agenti indivi-

⁶⁷ P. Cserne, “Is Nudging Extra-Legal?”, *The Tocqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 159-180, p. 159. Cfr. Id., “Making-Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law’s Learning from Behavioural Sciences”, in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 279-300.

⁶⁸ Cfr. Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., p. 6.

⁶⁹ Ivi, pp. 18-19.

⁷⁰ Cserne, “Is Nudging Extra-Legal?”, cit., p. 160.

⁷¹ Si veda cap. 3, *supra*.

duali⁷². Non è certo azzardato distinguere il *nudge* da ogni altro tipo di dispositivo regolativo che punta a fornire informazioni destinate alla razionalità deliberativa dell'agente⁷³, ma questa mossa epistemologica può condurre a conseguenze inaspettatamente "scomode".

Il fatto è che il concetto di *politiche behaviourally informed* ha un'estensione maggiore di quello che chiamiamo *nudging*, e che le pratiche di *nudging* sono un sottoinsieme delle prime. Ciò costituisce una ragione per tenere concettualmente distinti *nudge* e paternalismo, che infatti sono collegati solo in senso operativo: le spinte gentili sono usate per promuovere gli interessi dei *nudgee* e per questo sono istanze del paternalismo libertario. In questo contesto, fornire informazioni attraverso il *nudge* può considerarsi come una tecnica normativa al servizio del paternalismo libertario, senza che questo coincida con il *nudge* in quanto tale: un paternalista libertario può rendere disponibile informazioni fattuali e argomenti razionali senza per questo dar luogo al *nudging*; vice versa, si assume che i *nudge* siano motivati o argomentati sulla base del paternalismo libertario anche se il nesso tra *nudge* e paternalismo non è concettualmente necessario, bensì stipulativo o normativo. In altri termini, una chiara concettualizzazione del *nudge* richiede che ci si astenga dal definirlo attraverso le ragioni/i motivi dei *nudger* o le ragioni del *nudging* stesso. Ne discendono due conseguenze imbarazzanti: la prima, a conferma di quanto si è detto a partire dalla fine del capitolo precedente, è che a pregiudicare la comprensione del *nudge* è l'estromissione del ruolo dei *fini* dalla sua definizione e dalla sua struttura⁷⁴, essendo il *nudge* presentato come un mero *mezzo*: in definitiva, valutazione dei mezzi e valutazione dei fini sono intrecciate. La seconda è che la considerazione della razionalità deliberativa come prerequisito dell'efficacia della norma giuridica non si estende al *nudge*.

⁷² Che ricalca quella di Hansen, "The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism", cit., p. 20.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Non è un problema per chi scrive, a meno che non si ammetta che, pur essendo il *nudge* un mezzo, a essere problematico è il modo in cui viene usato, e questo investe le intenzioni e gli scopi di chi lo utilizza, cioè il paternalista libertario.

Per finire, a complicare il quadro normativo è il nesso tra *nudge* e scienze comportamentali, che conferisce alle politiche pubbliche neopaternalistiche lo status di una scientificità per così dire autolegittimante perché inerisce al fondamento e all'efficacia del *nudging*. In realtà, questo nesso dovrebbe indurre una certa cautela epistemologica poiché ciò che trasforma un certo tipo di intervento in un *nudge* non è la ricerca empirica presupposta, tanto meno lo scopo normativo che lo giustifica. L'ipotesi del tutto plausibile che, a partire da finalità politiche diverse, l'economia comportamentale potrebbe condurre a politiche differenti dal *nudging* (lo abbiamo visto nei capp. 2 e 5, *supra*) rompe il nesso di implicazione tra base scientifica e intervento paternalistico. L'economia comportamentale è un campo molto più vasto di quello che si trova nelle disquisizioni sui risvolti politici delle sue applicazioni, tanto che alcuni studiosi invitano alla prudenza rispetto alla possibilità di impiegarela nelle politiche pubbliche⁷⁵. Questo ci pone di fronte a una situazione pragmaticamente scomoda provocata dalla natura stessa del *nudge*: da un lato, esso si avvale della ricerca empirica di stampo comportamentale, prodotta da scienziati, economisti, psicologi, giuristi, ecc.; dall'altro, ci sarebbero i fini politici (sempre "buoni" secondo i teorici del *nudge*) proposti dai *policymaker* paternalisti, che perseguono il bene delle persone senza imporlo. Di fronte a questi fini, il paternalismo libertario appare come un *normative benchmark* o "idea normativa" su quali sono gli obiettivi che il governo o noi (collettivamente) dovremmo seguire e quali sono i mezzi⁷⁶. In pratica, è come se i *nudge* appartenessero a una sorta di *terza* categoria, posta tra i fatti della scienza e i valori della politica, cioè la categoria delle tecniche e degli strumenti della regolazione in grado di cambiare l'ambiente fattuale e normativo dei *nudgee*. Ciò che li rende attuabili è il fatto che i *nudgee* non sono agenti pienamente razionali e informati. Ecco perché ci siamo abituati a pensare questi strumenti della regolazione attraverso le modalità del loro funzionamento, anziché attraverso i fini che perseguono. (Detto tra parentesi: l'aspetto funzionale o strumentale

⁷⁵ Si veda a questo proposito S.T. Trautmann, "Empirical Knowledge in Legislation and Regulation: A Decision Making Perspective", *Theory and Practice of Legislation*, 1, 3, 2013, pp. 533-542.

⁷⁶ Cserne, "Is Nudging Extra-Legal?", cit., p. 162.

di questi mezzi ci mette nelle condizioni per parlare dei *nudge* non solo pubblici ma anche privati, non solo benefici ma anche “sinistri” o “malevoli”, quelli informati e quelli non informati, quelli pubblici, trasparenti e democratici e quelli più biecamente manipolatori, che sfociano nella propaganda, nella pubblicità ingannevole e addirittura nel raggiro. Solo che, come sappiamo, Thaler e Sunstein dichiarano la necessità, non si capisce se politico-morale, epistemologica, o di altro tipo, di sviluppare una riflessione concentrata sui *nudge* che promuovono obiettivi capaci di guadagnare il consenso e il sostegno politico.)

Nell'ultimo decennio i teorici del *nudge* sembrano in effetti impegnati nella predisposizione di una sorta di «nudge agenda»⁷⁷, per lo meno a giudicare da *Why Nudge?* e *Simpler* di Sunstein, e da *Misbehaving* di Thaler, un ponderoso studio retrospettivo sul campo di ricerca che egli ha contribuito a fondare e plasmare, cioè l'economia comportamentale⁷⁸. Ma nei loro scritti, i due autori non sono affatto focalizzati sulla definizione della natura normativa e/o giuridica del *nudge*, e nemmeno sugli obiettivi normativi che si prefiggono attraverso di esso: parlano di promozione dell'autonomia, rispetto della libera scelta e di dignità⁷⁹, di influenza sul comportamento che rifugge dal condizionamento e dalla manipolazione, estromettono dal *nudging* l'imposizione di fini eteronomi che non siano scelti dagli individui stessi; gli autori parlano dello *human flourishing* e del benessere per una vasta maggioranza di persone; insistono sulle falcitazioni per agenti che decidono per l'*opt-out*, e così via. Ma nella pur ampia rassegna dei loro argomenti non si trova nessun approfondimento di teoria delle norme, nessuna dichiarazione di *legal theory* in senso stretto, pochissimi riferimenti alle questioni costituzionali. Solo *disclaimers* e *rewards*.

Il senso di stranezza di fronte a questa lacuna si affievolisce non appena si pensa che il problema per la cultura liberale americana

⁷⁷ Secondo la terminologia usata da E. Angner, “Behavioral Welfare Economics, Libertarian Paternalism, and the Nudge Agenda”, GMU Working Paper in Economics, No. 15-29, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2580523>.

⁷⁸ Thaler, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, cit.

⁷⁹ A riprova, leggere l'introduzione firmata da Sunstein al libro di Alemano e Sibony: “Foreword. The Ethics of Nudging, cit.

non è spiegare cos'è il *nudge* ma rassicurare sul suo carattere solo blandamente paternalistico, sulla sua efficacia e sulla semplificazione che introduce nella regolazione sociale. Il senso della lacunosità si stempera di fronte alla considerazione che *nudge* e paternalismo libertario sono l'evoluzione del programma di lavoro di Sunstein⁸⁰, da molto tempo impegnato nella ricerca di tecniche innovative da usare nel diritto e nel *policymaking*, tecniche «che abbiano un ampio richiamo politico, ma che non richiedano – per lo meno negli Stati Uniti – un consenso esteso»⁸¹. Pur essendo vero che Sunstein non si è mai sottratto al dibattito e ha risposto instancabilmente agli attacchi e alle critiche di coloro che nel *nudge* e nel paternalismo vedono un pericolo per la democrazia⁸², rimane intatta l'impressione che alcune domande siano rimaste in sospeso e ancora non abbiano ricevuto una considerazione adeguata. Tra queste c'è la controversa giuridicità delle spinte gentili.

Prima di entrare nel vivo di questa discussione sembra interessante insistere sulla considerazione che ha ricevuto il programma legato al *nudge* e più in generale alle politiche di stampo comportamentale in ambito continentale e statunitense⁸³. Nel saggio introduttivo a *Nudge and the Law*, Sibony e Alemanno osservano che l'applicazione alla regolazione sociale degli esiti delle scienze comportamentali dovrebbe essere etichettata sotto il nome di *law and*

⁸⁰ Si tratta del programma pionieristico di *Behavioral law* di cui si è parlato nel capitolo introduttivo.

⁸¹ Cserne, “Is Nudging Extra-Legal?”, cit., p. 163; cfr. Sunstein, “Incompletely Theorized Agreements”, cit.

⁸² Per farsi un'idea, è utile leggersi Sunstein, *Semplice*, cit., ma soprattutto consultare il *panel discussion* sul libro *Why Nudge?*, del 17 aprile 2014, presso la Harvard Law School: <https://www.youtube.com/watch?v=xCooeMHkTic>.

⁸³ L'interesse esce, in realtà, dall'ambito atlantico. Da segnalare, in tal senso, lo svolgimento di due conferenze internazionali di stampo accademico tenute più o meno nello stesso periodo, a riprova dell'estensione globale del dibattito accademico, politico e giuridico sul *nudge*. Si tratta, rispettivamente, della famosa conferenza TEN organizzata a Copenhagen il 27 giugno 2014 da Pelle Guldborg Hansen, Alberto Alemanno e Lucia Reisch, che si proponeva di fare il bilancio dei «primi cinque anni di Nudge nel mondo», e qualche settimana prima la conferenza di Sidney “Behavioral Exchange”, che ha riunito Thaler, Sunstein, David Halpern della *Nudge Unit* britannica, Maya Shankar per l'omologa agenzia statunitense (cfr. par. 7, *infra*), Thia Jang Piu per Singapore: <http://bx2014.org/>.

psychology: da un punto di vista descrittivo sarebbe l'etichetta migliore per riferirsi a un programma di studi centrato sul modo in cui psicologia cognitiva e sociale possono influenzare il diritto e la strutturazione delle politiche pubbliche⁸⁴. La ragione per cui questa denominazione non ha prevalso nel dibattito americano è duplice: anzitutto è già stata usata in precedenza, ed è associabile agli studi relativi alla psicologia dei giudici, dei giurati, dei testimoni, degli imputati, e via dicendo, escludendo le implicazioni per il diritto che provengono dalle caratteristiche psicologiche di cittadini, consumatori, investitori, ecc.⁸⁵; in secondo luogo, essi spiegano che in Europa questo approccio agli studi giuridici non è conosciuto e la denominazione non ha attecchito. A prescindere dal fatto che vi sono prove del contrario, ossia che anche nel contesto continentale 'law and psychology' è una categoria di studi giuridici già consolidata e accreditata, la seconda ragione per cui questo *label* non ha attecchito oltre Atlantico è probabilmente quella decisiva: negli Stati Uniti il terreno era pronto – come abbiamo visto nel primo capitolo – per chiamare il nuovo settore di studi giuridici col nome di *Behavioural law and economics*, che presenta il vantaggio di caratterizzare il nuovo approccio come innovativo rispetto a un contesto di riflessione già dominato dalla *scholarship* di *Law and Economics*⁸⁶.

⁸⁴ I due autori citano a questo proposito Baldwin, "From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree", cit.; cfr. Alemanno, Sybony, "The Emergence of Behavioural Policy-Making", cit., p. 8.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Per suffragare questa già convincente ipotesi, Alemanno e Sibony chiamano in causa Kahneman, "Foreword", in S. Mullainathan, E. Shafir, *Scarcity. Why Having Too Little Means So Much*, Times Books, New York, 2013, p. ix, quando scrivono che il contributo della psicologia alla *public policy* non è ancora sufficientemente riconosciuto e che questo avrà come effetto di allontanare i giovani studiosi, in particolare gli psicologi, dalla ricerca applicata che potrebbe rivelarsi utile per la definizione delle politiche sociali. Non sembra, in realtà, che questo sia un problema, o meglio: lo sarebbe se il problema fosse l'inibizione della ricerca. Se invece si tratta di giustificare la regolazione giuridica sulla base dell'evidenza empirica (una patente violazione della legge di Hume), che gli scienziati sociali stiano lontani dal diritto non sembra poi così disdicevole, almeno se vogliamo che il liberalismo e la democrazia continuino ad avere voce in capitolo.

A. Tor usa il nome alternativo di *Behavioural analysis of law*⁸⁷, che evita il riferimento esclusivo all'economia senza però riuscire a evitare la percezione di imprecisione: non è il diritto a essere analizzato alla luce dei concetti e dei paradigmi delle scienze comportamentali, ma le condotte individuali (fatti, non leggi). Tuttavia si tratta di un'imprecisione accettabile che può ricevere il plauso del "mercato delle idee" statunitense e quindi una buona circolazione, in analogia con quanto avviene per il più familiare approccio di *Economic analysis of law*⁸⁸.

Parlare di mercato delle idee ha senso anche rispetto a un altro fenomeno ricordato all'inizio di questo libro, cioè che 'nudge' è spesso erroneamente usato al posto di 'paternalismo', 'architettura della scelta'⁸⁹, 'contract design'⁹⁰, o 'behavioural insights' (BIs)⁹¹. La Commissione europea usa 'BIs' per indicare un insieme di iniziative che sono sia *behaviourally informed* che *behaviourally aligned*, che dipendono cioè dal livello di conoscenza e "consapevolezza comportamentale" da parte dei *policymaker*. I BIs sfruttano le conoscenze economiche, psicologiche e provenienti dalle neuroscienze per comprendere i processi decisionali e i meccanismi comportamentali⁹². Si va dal caso più noto dei bagni maschili dell'aeroporto di Amsterdam, dove in passato ci si è serviti delle mosche diseguate sugli orinatoi per preservare l'igiene, alle molto meno note applicazioni giuridiche dei BIs, cioè tutti i *nudge* e in generale tutte le iniziative ispirate alle scienze comportamentali che si possono trovare nel di-

⁸⁷ A. Tor, "The Methodology of the Behavioral Analysis of Law", cit.

⁸⁸ Alemanno, Sibony, "The Emergence of Behavioural Policy-Making", cit., p. 9.

⁸⁹ Cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., *passim*, dove il *choice architect* è colui che ha la responsabilità di organizzare il contesto in cui le persone compiono le loro scelte.

⁹⁰ Cfr. Bar-Gill, *Seduction by Contract*, cit.; A. Brunon-Ernst, "The Fallacy of Informed Consent: Linguistic Markers and Contractual Design in Some E-Users Agreements", *Alicante Journal of English Studies*, 28, 2015, pp. 37-58. 'Contract design' è certamente un concetto molto più limitato, e indica una tecnica che determina l'uso di certi termini contrattuali per circoscrivere le opzioni dei consumatori.

⁹¹ Cfr. Lourenco, Ciriolo, Vieira de Almeida, Troussard, *Behavioural Insights Applied to Policy*, cit.

⁹² Si veda ad esempio Brunon-Ernst, "Nudges and the Limits of Appropriate Interference", cit., pp. 54-55.

ritto e possono “modestamente” aggiungersi a una serie di strumenti normativi con l’obiettivo di migliorarne l’efficacia – ad esempio l’imposizione di linee guida linguistiche obbligatorie nei contratti⁹³ – fino a concretizzarsi in strumenti politici a pieno titolo⁹⁴, come i provvedimenti per la donazione degli organi.

Per evitare la scarsa accuratezza di queste denominazioni, Alemanno e Sibony preferiscono (in quanto studiosi europei) una diversa e più accurata etichetta, cioè *law and behavioural sciences*, che «è ideologicamente neutrale e descrittivamente accurato»⁹⁵. Sembra una posizione ineccepibile da un punto di vista giuspositivistico e liberale, ma manca di sottolineare che tra *law* (o *policymaking*) e regolatori (*ruler and policymaker*), cioè tra l’esito che si persegue e coloro che lo realizzano attraverso regole, norme e politiche, si apre il mare già individuato da Bentham a proposito della legislazione indiretta e delle strategie oblique. È il mare dell’analisi di “fatti” il cui significato non è la condotta umana ma la *natura* umana.

Il *nudge* è la riproposta di una concezione naturalistica della “natura umana”, che ha, come sappiamo, un fascino intramontabile, oppure la giustificazione di sistemi di sorveglianza pervasivi delle nostre preferenze o inclinazioni? Secondo i fautori delle spinte gentili, nessuna delle due. Secondo noi, invece, entrambe.

5. Tra *nudge* e diritto

Libri come quelli di Alemanno e Sibony (*Nudge and the Law*) e Mathis e Tor (*Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*) sono esempi delle molte doman-

⁹³ Si veda: Annex 1 in: European Union Directive 2011/83 che fornisce un modulo di ritiro dal modello. Cfr. A. Ogus, W.H. van Boom, *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Hart, Oxford and Portland, 2011, in part. pp. 54 ss.

⁹⁴ Si veda, ad esempio, Art. 22 della European Union Directive 2011/83: «If the trader has not obtained the consumer’s express consent but has inferred it by using default options which the consumer is required to reject in order to avoid the additional payment, the consumer shall be entitled to reimbursement of this payment».

⁹⁵ Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., p. 9.

de sollevate dal *nudge*, non solo rispetto al diritto statunitense, ma anche, per esempio, al diritto della Unione europea, all'ambito del diritto amministrativo, e nella prospettiva di diritto costituzionale⁹⁶. Essi sollevano questioni tecniche, dottrinali, politiche, ma anche metaetiche, dando luogo a riflessioni che rimandano alla comprensione almeno implicita di cosa sia la legalità.

Tuttavia, prima di approfondire "fenomenologicamente" il tema della presenza del *nudging* nei nostri ordinamenti, cercheremo, seguendo la linea di riflessione inaugurata da Peter Cserne, di rispondere all'esigenza di chiarire la natura giuridica del *nudge* mettendo alla prova la seguente idea: il *nudge* sembra eterogeneo rispetto al diritto non per ragioni normative ma concettuali, che coincidono col fatto che, da un lato, la spinta gentile ha la natura di un "consiglio" o di una "raccomandazione", dall'altro, ha tra i suoi requisiti il fatto di non rispettare l'*agency*⁹⁷. La sintesi della posizione di Cserne si trova nell'analisi di due dicotomie concettuali, la prima delle quali è la contrapposizione "*Law as imperative vs. nudge as advice*"⁹⁸.

5.1 Norma giuridica come comando vs. nudge come consiglio

Da un lato, c'è l'argomento che le spinte gentili sono troppo "soft" o "weak" per essere considerate diritto in senso proprio: esse lasciano formalmente aperto lo spazio della scelta a partire da una gamma di opzioni o grazie alla possibilità di *opting-out* rispetto a un default. Dall'altro, dalla premessa che il diritto in quanto legge è coercitivamente strutturato, potrebbe implicarsi che il *nudge*, che è concettualmente, quindi necessariamente, non coercitivo, non può essere definito come un dispositivo giuridico a tutti gli effetti.

⁹⁶ Cfr., rispettivamente, Mathis, Tor (eds.), *Nudging - Possibilities*, cit.; Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law: A European Perspective*, cit.; A. Alemanno, A. Spina, "Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation", *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, pp. 429-456; A. van Aaken, "Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment", in Kemmerer, Möllers, Steinbeis, Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 161-196; A. Alemanno, "Nudge and the European Union", *ivi*, pp. 271-284.

⁹⁷ Si veda cap. 3, *supra*.

⁹⁸ Cserne, "Is Nudging Extra-Legal?", cit., p. 164.

Alla luce della tradizione imperativistica di Bentham e Austin⁹⁹, è immediato concludere che, data la natura non coercitiva dei *nudge*, essi vengano esclusi dal dominio delle norme intese come comandi del sovrano (o come 'leggi' secondo la tradizione normativistica). È una caratterizzazione forse semplicistica ma innegabilmente solida se pensiamo che anche prima di Bentham si trovano argomenti a sostegno della distinzione teorica tra 'norma' e 'consiglio': ad esempio, nel capitolo 14 del *De Cive* e nel capitolo 25 del *Leviatano*, dove Hobbes distingue tra *law* e *counsel*¹⁰⁰. Per Hobbes, 'Command' è infatti «the mark of law-giving», e di conseguenza «the province of the sovereign»¹⁰¹; il comando è a vantaggio di colui che lo emana, o, per meglio dire, a vantaggio di coloro che il sovrano rappresenta¹⁰². Diversamente, il tratto distintivo del consiglio è che, anche se espresso nel modo imperativo, mira al bene della persona alla quale il consiglio è indirizzato¹⁰³; in altre parole, a differenza di quanto av-

⁹⁹ Sul ruolo della coercizione nel diritto, con riferimento a Bentham, Austin e teorizzazioni successive, si veda F. Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

¹⁰⁰ «La distinzione tra *consiglio* e *legge* va tratta dalla differenza tra consiglio e comando. Il CONSIGLIO è un *precetto*, in cui la ragione per cui obbediamo si desume *dalla stessa cosa* che viene consigliata, il COMANDO invece è un *precetto* in cui la ragione di obbedire si desume *dalla volontà di chi prescrive*. Infatti non è appropriato dire: *così voglio, così comando*, se la volontà non sta in luogo della ragione. Ma poiché alle leggi si obbedisce non per la stessa cosa, ma per la volontà di chi le prescrive, la *legge* non è *consiglio*, ma *comando*, e viene definita così: la LEGGE è il *comando di quella persona (sia un uomo, sia una curia), il cui precetto contiene la ragione dell'obbedienza [...]* La *legge* e il *consiglio* differiscono dunque sotto molti rispetti. La *legge* è di chi ha potestà nei confronti di coloro cui la prescrive; il *consiglio* di chi non ha potestà. Fare quello che viene prescritto per *legge* è *doveroso*; quello che viene *consigliato*, *arbitrario*. Il *consiglio* è ordinato al fine di *colui al quale viene dato*, la *legge* invece al fine di *chi la prescrive*. Il *consiglio* viene dato soltanto a chi lo *vuole*, la *legge* anche a chi *non lo vuole*»: T. Hobbes, *De Cive*, Editori Riuniti, Roma, 1992, pp. 204-205. Si veda la voce "Command and counsel (*imperatum et consilium*)", in A.P. Martinich (ed.), *A Hobbes Dictionary*, Blackwell, Oxford, 1996; e G. Newey, *The Routledge Guidebook to Hobbes' Leviathan*, Routledge, London, 2014, pp. 94, 196.

¹⁰¹ Newey, *The Routledge Guidebook to Hobbes' Leviathan*, cit., p. 196.

¹⁰² T. Hobbes, *Leviatano*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 211.

¹⁰³ *Ibidem*.

viene col comando, si può sempre scegliere di ignorare il consiglio del sovrano.

A un primo sguardo, il riferimento al vantaggio di colui che riceve il consiglio e alla libertà di accettarlo o ignorarlo richiama il paternalismo libertario, e, nella misura in cui riguardano lo stesso oggetto, anche il *nudge*. Ma le analogie non si limitano a questo. Hobbes attira l'attenzione sui meccanismi attraverso cui opera il consiglio, o, almeno, un tipo speciale di consiglio come l'esortazione. Nel caso dell'esortazione, colui che dà consigli non fornisce ragioni ma usa modi di persuasione non razionali¹⁰⁴, dal momento che le esortazioni sono usate quando il consiglio è rivolto a una moltitudine – un individuo chiederebbe ragioni e spiegazioni che sarebbe difficile produrre a vantaggio di una collettività. Inoltre, a differenza di un consiglio motivato e ragionato, che serve l'interesse di colui che lo riceve, l'esortazione serve gli interessi di colui che la fa, e solo accidentalmente gli interessi di coloro che vengono consigliati (o esortati)¹⁰⁵. Calato nella tradizione dell'*Analytical Jurisprudence*, il *nudge* può essere perciò considerato come un dispositivo non giuridico o extra-giuridico perché è troppo debole per essere diritto in senso proprio e agisce in modo differente da un precetto autoritario¹⁰⁶.

¹⁰⁴ «Il consiglio accompagnato, in colui che lo dà, da segni di pressante desiderio che venga eseguito o, per dirla più brevemente, il *consiglio dato pressantemente*, prende il nome di ESORTAZIONE e DISSUAZIONE. Infatti colui che esorta non mostra deduttivamente le conseguenze di ciò che consiglia di fare, e non si attiene nell'esortazione al rigore del ragionamento corretto, ma spinge all'azione la persona cui dà il consiglio, mentre colui che dissuade la distoglie da essa. Perciò coloro che esortano o dissuadono tengono conto, nei loro discorsi e nella deduzione delle ragioni, del peso delle passioni e opinioni comuni degli uomini, e fanno uso di similitudini, metafore, esempi e altri strumenti dell'oratoria per persuadere gli ascoltatori dell'utilità, dell'onore o della giustizia del loro consiglio»: Hobbes, *Leviatano*, cit., pp. 212-213.

¹⁰⁵ Hobbes aggiunge che ciò che fa di un consigliere un buon consigliere è l'esperienza e la base conoscitiva empirica; cfr. Cserne, "Is Nudging Extra-Legal?" cit., p. 165.

¹⁰⁶ Cserne (ivi, p. 166) ci ricorda che anche prima di Hobbes è possibile trovare in altri autori della prima modernità la distinzione tra *law* e *counsel*: si veda S. Darwall, *Honor, History, and Relationship: Essays in Second-Personal Ethics. II*, Oxford University Press, Oxford, 2013, che analizza il modo in cui la

Tuttavia, l'analogia tra *nudge* e *counsel/advise* non convince, e vi si può contrapporre: (1) l'argomento che il *nudge* è tutt'altro che mite o gentile, come vorrebbero i paternalisti *soft*¹⁰⁷; ma anche (2) l'argomento che la coercibilità non è un requisito differenziale del diritto. Il primo contro-argomento allude alla natura manipolatoria del *nudge*; il secondo è più serio e inclusivo, perché coinvolge tra le possibili forme di coercizione non solo quella della norma giuridica ma anche quella esercitata dal *nudge*.

Con riguardo a (1) (la natura del *nudge* è davvero mite?), e ai suoi effetti sulla distinzione hobbesiana che escluderebbe il *nudge* dal dominio giuridico, Cserne nota che la natura normativa del consiglio e dell'esortazione è particolarmente rilevante per il carattere della regolazione di oggi. È meno chiaro se Hobbes concepisse la possibilità di un governo operante attraverso l'*advisory mode*. Ciò che egli scrive sul consiglio nel *De Cive* e nel *Leviatano* lascia nell'incertezza riguardo alle caratteristiche distintive di comando e consiglio. Se la distinzione cruciale è tra *those in power* e *those who are not*, allora non è chiaro se colui che può comandare è anche nella posizione di dare consigli. In altre parole, un hobbesiano potrebbe

distinzione tra *law* e *counsel* viene rappresentata nella discussione groziana del diritto naturale come fonte dell'obbligo morale (ivi, pp. 158, 171), estendendo l'analisi al contrasto tra Grozio e Suarez: ivi, pp. 171, n. 27, pp. 176-178.

¹⁰⁷ Nella critica alla non mitezza del *nudge* è inclusa quella alla mancanza di trasparenza del *nudging* rispetto a strumenti di regolazione più tradizionali, come comando e controllo: per questo si vedano Bubb, Pildes, "How Behavioural Economics Trims Its Sails and Why", cit., p. 1605; Y. Feldman, O. Lobel, "Behavioural Trade-offs: Beyond the Land of Nudges Spans the World of Law and Psychology", in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 301-324. Se il *nudging* è efficace perché fa leva sull'emotività e sui "pensieri veloci", un passo nella direzione di una mitigazione di tale aspetto negativo può essere individuato nell'instaurazione di un procedimento decisionale aperto e trasparente. *Contra* si esprime A. Van Aaken, "The Constitutional Limits of Nudging", Law and Economics Working Papers, n. 3, 2015, University of St. Gallen Law School, pp. 10 e 12, che ritiene che la trasparenza del processo decisionale sia irrinunciabile e non possa dirsi equivalente alla riconoscibilità del *nudge* nel momento in cui un individuo viene pungolato, cioè sottoposto alla sua azione; per aumentare la trasparenza della *default rule* nella donazione degli organi, l'autrice suggerisce un «open default» che consente una scelta attiva in determinati momenti. Assomiglia al suggerimento del ricorso a "*nudge scoperti*" del tipo che si discuterà nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

dire che il *nudging by the government* «è giuridico semplicemente perché emana dal sovrano»¹⁰⁸. Cioè il *nudge* è giuridico proprio perché non è mite ma a suo modo coercitivo.

Analogamente, (2) (la natura del *nudge* è davvero non coercitiva?) è in grado di revocare in dubbio la contrapposizione tra diritto e *nudge* almeno in base alla considerazione che il modello positivista moderno della norma come comando del sovrano (Hobbes, Bentham, Austin) è stato ridimensionato dal modello di una norma giuridica vista come *reason for action*¹⁰⁹. È ovvio che il diritto è tipicamente coercitivo, ma non è questa la sua vera peculiarità. Grozio e Suarez, ad esempio, hanno usato – seppure in modi diversi e prima di Hobbes – la distinzione tra legge (comando, obbligo) e consiglio (più genericamente, *prudence*) rendendola significativa rispetto alle ragioni per l'azione che tale modalità prescrittiva fornisce in alternativa a quella incarnata dall'obbligo/comando. Infatti possono esserci ragioni che inducono un agente ad agire in modo diverso da quello che conduce al proprio bene¹¹⁰, per esempio in presenza di leggi giuste che potrebbero chiedere alle persone di agire contro il proprio interesse. Per quanto queste teorie esulino dal nostro discorso, esse hanno il merito di parlare di norme e di comandi non solo rispetto alla loro coercibilità, ma in termini di ragioni (moralì). Ciò nonostante, la normatività del *nudge* continua a eccedere dai *framework* tipici della teoria del diritto: in effetti il *modus operandi* di un *counsel* (come ragione prudenziale) in quanto *nudge* è decisamente diverso – almeno nelle intenzioni dei suoi artefici – da quello delle ragioni moralì¹¹¹. Concludendo, la dicotomia “comando vs. consiglio” non aiuta la nostra indagine.

¹⁰⁸ Cserne, “Is Nudging Extra-Legal?”, cit., p. 166.

¹⁰⁹ Da un punto di vista meta-etico il tema è stato analizzato nel cap. 3, *supra*.

¹¹⁰ Cserne, “Is Nudging Extra-Legal?”, cit., p. 167.

¹¹¹ Rifletteremo su questo punto controverso nel primo paragrafo dell'ultimo capitolo.

5.2 Norma giuridica come action-guiding norm vs. nudge come manipolazione dell'architettura della scelta

La seconda dicotomia esaminata da Cserne è quella tra norma giuridica come guida della condotta e *nudge* come manipolazione dell'architettura della scelta. Essa serve a mettere in luce una concezione della norma giuridica fondata non sulla coercizione ma sul suo carattere *reason-giving* o *action-guiding* e suggerisce l'ipotesi che (per lo meno) alcuni *nudge* non siano giuridici perché non possiedono il carattere *reason-giving* delle norme giuridiche. Il dubbio che nasce da questo confronto è che il *nudging* sia incompatibile con la *human agency* sottesa al positivismo giuridico di stampo liberale¹¹².

Secondo questa tradizione la giuridicità è legata ad assunzioni (esplicite o implicite) sul tipo di soggetto o agente umano per il quale è concepita. Alcune di queste ipotesi sono funzionali alle dottrine giuridiche e ai loro scopi, ma altre sono legate a requisiti concettuali. Per esempio, quando Herbert Hart nell'ottavo capitolo di *The Concept of Law* parla dei truismi sulla natura o condizione umana che rappresentano il contenuto minimo di diritto naturale racchiuso negli ordinamenti giuridici fa appello a requisiti di questo tipo. Le

¹¹² Cfr. P. Cserne, "Making Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law's Learning from Behavioural Sciences", cit.; cfr. F. Esposito, "Book Review of Nudge and the Law", *Humana.Mente Journal of Philosophical Studies*, 28, 2015, pp. 267-269. Occorre sottolineare che le scienze empiriche ci dicono che, anche quando abbia connotazioni più modeste, la concezione dell'*agency* non riesce a cogliere le molteplici limitazioni che inficiano decisione e giudizio. Questo implica che se, come dice Hart, le norme sono fatte per agenti umani, occorre capire cosa si intende per 'agenti umani': è un concetto descrittivo che appartiene al mondo dei fatti, o un concetto normativo che appartiene al mondo dei valori? Dire che il *nudge* è incompatibile con l'*agency* liberale tradizionale non è di per sé un argomento contro il *nudge* – semmai è un argomento contro l'*agency* tradizionalmente liberale. È quindi più significativo sottolineare che il *nudge* è incompatibile non tanto con la concezione liberale tradizionale di *agency* quanto con il presupposto liberale che il diritto *debba* essere una guida normativa della condotta. Quel 'debba essere' sposta il focus dal piano descrittivo (o della mera ricostruzione concettuale) a quello normativo. Il progetto di Sunstein, e questo è un problema, pretende invece di tenere tutto assieme: concezione liberale tradizionale dell'*agency* e concezione riformata dall'*agency* (*empirically informed*). Devo questa interessante puntualizzazione al confronto illuminante con Matteo Galletti.

norme giuridiche, scrive Hart, sono fatte per agenti umani, non per angeli o demoni, sono cioè predisposte per individui la cui razionalità e il cui altruismo sono limitati ma mai messi in dubbio (essi perseguono deliberatamente il *telos* della sopravvivenza). Sono le condizioni sotto le quali acquista senso per una collettività ricorrere oppure no alla coercitività del diritto¹¹³, e implicano la messa a punto di norme adatte ad agenti responsabili della loro condotta anche quando decidono di disobbedire. A questo proposito, Lon Fuller in *The Morality of Law* afferma che l'impresa di assoggettare la condotta umana al governo delle regole implica necessariamente l'adesione all'idea di un uomo che è, o può diventare, un agente responsabile, capace di comprendere e seguire regole, e «answerable for his defaults»¹¹⁴.

Ebbene, le scienze comportamentali mettono a punto tecniche empiricamente informate di manipolazione dell'architettura della scelta che contraddicono le ipotesi relative alla *human agency* di stampo hartiano o liberale. Alcune tecniche di regolazione della condotta, anche quando non sono *behaviourally informed*, sembrano funzionare grazie alla limitazione fisica o tecnologica dello spazio d'azione¹¹⁵, o manipolano la condotta in modo che gli individui siano indotti a scegliere e ad agire nel modo prestabilito da un agente della regolazione e non abbiano ragionevoli opportunità di disobbedire. Per questa ragione, parlando di effettività del *nudge* abbiamo preferito usare 'conformità' (*compliance*) invece che 'obbedienza', che implica invece un'adesione deliberata. Quand'è così, che all'opera ci sia un *nudge* o qualcosa di diverso, siamo di fronte a un caso di "ingegneria sociale" che contrasta, o addirittura neutralizza, il presupposto liberale che il diritto sia (debba essere) una guida normativa della condotta. La domanda se un *nudge* possa essere chiamato

¹¹³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 193-200.

¹¹⁴ L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964, p. 162.

¹¹⁵ K. De Vries, N. van Dijk, "A Bump in the Road: Ruling out Law from Technology", in M. Hildebrandt, J. Gaakeer (eds.), *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Springer, Berlin, 2013, p. 89; R.E. Leenes, "Framing Techno-Regulation: An Exploration of State and Non-State Regulation by Technology", *Legisprudence*, 5, 2, 2011, pp. 143-169.

‘giuridico’, anche quando non è in grado di rappresentare una guida normativa della condotta e non nasce sul presupposto della deliberazione del suo destinatario, sembra inevitabile.

Una simile domanda mantiene l’analisi sul piano concettuale e descrittivo. Per passare al piano normativo occorre far compiere a questi argomenti una torsione che li trasforma in interrogativi di questo tipo: per operare entro l’ambito del diritto come norma *action-guiding*, il *nudge* deve fondarsi sui presupposti relativi alla *human agency* di cui si è detto¹¹⁶? Qual è la misura consentita di condizionamento e manipolazione attraverso le spinte paternalistiche? Sunstein si ostina a parlare di “influenza”, ma qual è, se esiste, il confine identificabile tra influenza e manipolazione? Sono sufficienti le considerazioni sulla natura tecnico-politica del *nudge* fondate sul comportamentismo per decretare definitivamente la natura extra-giuridica del *nudging* politico?

Quando l’impiego delle tecniche del potere governamentale e manipolatorio supera una certa soglia è doveroso chiedersi se il sistema giuridico di una democrazia liberale non stia trasformandosi in un *regulatory regime* che rappresenta una “perversione liberale” oltre che una perversione del diritto. Il fatto di considerare l’agentività umana o di estrometterla dai mezzi del *nudging* diventa il vero discrimine concettuale e normativo, anche nel caso in cui le tecniche del potere siano formalmente autorizzate, abbiano cioè validità ai sensi del diritto.

L’interrogativo che questa riflessione solleva è radicale perché induce a chiedersi com’è possibile continuare a considerare (non solo liberali, ma soprattutto) democratiche le regole sociali che non si basano sul presupposto di governare le condotte di individui (per lo meno) ragionevoli e responsabili dei propri comportamenti e delle decisioni che prendono. Poiché *nudge* e *nudging* sono il frutto di una specifica applicazione delle scienze comportamentali all’ambito della regolazione, e questa particolare applicazione è finalizzata ad azioni nominalmente *choice-preserving* ma paternalistiche, manipolare un’architettura della

¹¹⁶ Fuller suggerisce questa idea quando, in *The Morality of Law*, cit., sostiene che istanze di governo che non ricadono nella categoria del diritto come «normative guidance» possono essere utili e moralmente ineccepibili in certi contesti, ma non sono giuridiche: ivi, p. 38, nota.

scelta non si trasforma automaticamente in un'azione di *nudging*. Occorre mettere in atto una specifica manipolazione¹¹⁷.

6. La colonizzazione del diritto da parte della norma

Il legame concettuale evidenziato da Fuller tra giuridicità e normatività *action-guiding* non è un requisito pacificamente accolto nella letteratura teorica. Wibren van der Burg, per esempio, sostiene che la posizione di Fuller è comprensibile solo se si ammette che egli stia identificando un concetto di diritto più ampio della sola legislazione, e che solo quest'ultima sarebbe connessa all'idea di 'guida normativa' (*normative guidance*)¹¹⁸. Si può pertanto sostenere che il *nudge*, sebbene in modo diverso dalle leggi del diritto positivo, sia a tutti gli effetti giuridico anche se solo nel senso di *law-like*¹¹⁹.

La sua tesi è suffragata dal riferimento al progetto incompiuto di Fuller chiamato «economics» e pubblicato postumo in una raccolta dal titolo *The Principles of Social Order*¹²⁰. Lo scopo dell'*economics* è scoprire i principi organizzativi, le caratteristiche del design e i requisiti partecipativi dei diversi modelli di ordinamento sociale in diversi contesti normativi¹²¹. L'economica è definita da Fuller come la scienza, o la teoria, di ogni «good order» e di ogni tipo di assetto sociale realizzabile (*workable social arrangement*)¹²², e come la teoria

¹¹⁷ Dovremo quindi chiederci: in che modo manipolazione e razionalità della regolazione sono conciliabili? Risponderemo nell'ultimo capitolo.

¹¹⁸ W. van der Burg, "The Need for Audacious Fully Armed Scholars. Some Concluding Reflections", in S. Taekema, W. de Been, B. van Klink (eds.), *Facts and Norms in Law: Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 265-286.

¹¹⁹ L.L. Fuller, "Human Interaction and the Law", in Id., *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, ed. K.I. Winston, Hart, Oxford, 2001, revised ed., p. 232.

¹²⁰ Fuller, *The Principles of Social Order*, cit. Si veda K. Soltan, "A Social Science that Does not Exist", in W.J. Witteveen, W. van der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, p. 387.

¹²¹ K. Rundle, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart, Oxford, 2013, p. 37.

¹²² K.I. Winston, "Introduction", in L. Fuller, *The Principles of Social Order*, cit; Fuller, "Means and Ends", ivi, pp. 62-64, 66 ss.

di ogni «architettura sociale» (*social architecture*¹²³) di tipo giuridico che si struttura invariabilmente come una relazione mezzi-fini¹²⁴. È la conferma che ‘law’ in *The Morality of Law* è da intendersi come ‘legislazione’, e che solo l’economica è compatibile con il, se non addirittura inclusiva del, *nudging*.

Ken Winston ha distinto nel pensiero di Fuller cinque tipi fondamentali di concretizzazione del giuridico: contratto, mediazione, legislazione, *adjudication* e *managerial direction*¹²⁵, ognuno dei quali possiede un’idea-guida differente e una peculiare moralità interna. Mentre in *The Morality of Law* il diritto viene esplicitamente distinto dalla *managerial direction*, nel quadro dello scritto postumo *law* si rapporta ad un più ampio spettro di fenomeni giuridici: «l’implicazione è che non esiste solo la moralità interna (*inner morality*) del diritto (*law*) ma una molteplicità di moralità interne, cioè di forme della legalità»¹²⁶. Il progetto di Fuller, in altre parole, non sembra avere limiti definiti, al punto che tecniche di regolazione come il *nudge* potrebbero essere classificate entro lo schema più duttile degli ordinamenti sociali di Fuller e fatte rientrare sotto la categoria della direzione manageriale¹²⁷, oppure essere viste come processi giuridici completamente nuovi. Più che nuove tecniche della regolazione, forme inedite di tecno-potere¹²⁸.

Che il progetto *economics* riguardi il solo diritto oppure anche altri tipi non giuridici di ordinamento sociale è in effetti oggetto di dubbio¹²⁹. Van der Burg, per esempio, suggerisce la necessità di met-

¹²³ Ivi, p. 64.

¹²⁴ Fuller, “Legal Philosophy, Education, and Practice”, in Id., *Principles of Social Order*, cit., pp. 278 ss.

¹²⁵ Winston, “Introduction”, cit., pp. 8 ss.

¹²⁶ W. van der Burg, “The Work of Lon Fuller: A Promising Direction for Jurisprudence in the 21st Century”, *University of Toronto Law Journal*, 64, 5, 2014, pp. 736-752.

¹²⁷ van der Burg, “The Need for Audacious Fully Armed Scholars”, cit.

¹²⁸ Cfr. K. Vicente, *The Human Factor: Revolutionizing the Way People Live with Technology*, Routledge, New York, 2006.

¹²⁹ Qualcosa di simile fa Roger Brownsword quando parla del posto del diritto in quello che lui chiama un più complesso «regulatory environment»: R. Brownsword, “Comparatively Speaking: ‘Law in Its Regulatory Environment’”,

tersi sul terreno pragmatico di una considerazione complessiva delle pratiche di *social ordering*, che per Fuller non possono mai disgiungere la considerazione dei mezzi da quella dei fini che si propongono¹³⁰. Questo implicherebbe di guardare al *nudge* allo stesso modo, cioè come a un dispositivo inseribile nel fullariano schema normativo della eunomia che assegna ai *lawyers* il ruolo di “architetti” dell’ordine sociale¹³¹. In quanto architetti, i giuristi giocano contemporaneamente due ruoli: quello di redattori delle norme e di giocatori del gioco della regolazione¹³². Difficile non vedervi l’analogia coi *nudger*: essi formalmente predispongono i mezzi, ma come negare che con quei mezzi perseguano dei fini?

Tuttavia, accostando il *nudge* ad altre tecniche di regolazione solo “genericamente giuridiche” e non legislative in senso stretto, scivolando cioè sul terreno di Fuller, il problema della giuridicità del *nudge* diventa un “non problema” e viene svuotato di significato¹³³, con l’ulteriore e paradossale conseguenza che la dubbia legalità del *nudge* continua a essere uno dei criteri più rilevanti della sua appropriatezza e, al tempo stesso, il suo aspetto più critico. Si tratta, in un certo senso, di una *impasse* epistemologica di fronte alla quale si può reagire facendo valere la consapevolezza che un problema concettuale sulla giuridicità si converte sempre in una questione politica, cioè in un problema di rapporto tra mezzi e fini/valori; e che la questione sostantiva investe il *nudge* a dispetto del fatto che i suoi sostenitori lo abbiano tenuto al riparo dalle questioni ideologico-finalistiche definendolo come un mero mezzo delle politiche paternalistiche.

L’impianto utilitaristico discusso nel capitolo precedente e il perfezionismo con cui abbiamo aperto questo verrebbero così con-

in M. Adams, D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke*, Hart, Oxford, 2014, pp. 189-205.

¹³⁰ Ossia la descrizione di ciò che può essere fatto giuridicamente dalla considerazione normativa di «ciò che dovrebbe essere fatto, *all things considered*»: Fuller, “On Legal Education”, in Id., *The Principles of Social orders*, cit., p. 302.

¹³¹ Cfr. Fuller, “The Lawyer as an Architect of Social Structures”, in Id., *The Principles of Social orders*, cit., pp. 286 ss.

¹³² Winston, “Introduction”, cit., p. 14.

¹³³ Cserne, “Is Nudging Extra-Legal?”, cit., p. 173.

fermati, con l'effetto di trasformare sotto i nostri occhi il paternalismo libertario in paternalismo *tout court*. La transizione paradigmatica neoliberale che vediamo procedere attraverso il *nudge*, e che abbiamo già chiamato transizione dalla legge alla norma, trova riscontri nella difficoltà di riportare il *nudge* a un concetto di legge (o di diritto) politicamente plausibile e concettualmente coerente in senso liberale.

Una riflessione su questa transizione è necessaria soprattutto perché al di là dell'Atlantico il *nudge* è utilizzato dai decisori politici e dai *policymaker* da alcuni decenni e da qualche anno è sbarcato in Europa. Soprattutto in ambiente francese, esso non ha mancato di riscuotere una certa attenzione in ambito accademico, non solo per i suoi meriti applicativi ma anche per i suoi requisiti teorici. Come scrivono Bozzo-Rey, Brunon-Ernst e Van Waeyenberge, il *nudge* appare come il «nuovo avatar dell'invasione del diritto da parte delle norme»¹³⁴. Tra le tante trasformazioni che riguardano il diritto contemporaneo e più in generale i modi della *governance*, questi autori rinvencono un tratto comune che è il successo inedito della 'norma' come dispositivo di normalizzazione che tende a competere coi dispositivi giuridici classici fondati sulle regole intese come 'leggi'¹³⁵.

¹³⁴ È un'espressione di M.-A. Frison-Roche, "Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique", *Revue trimestrielle de droit civil*, 97, 1, 1998, pp. 43-56. Si veda P. Cottrell, D. Trubek, "Law as Problem Solving: Standards, Networks, Experimentation, and Deliberation in Global Space", *Transnational Law and Contemporary Problems*, 21, 2012, pp. 359-392.

¹³⁵ M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, A. Van Waeyenberge, "Nudges: Better Choices? Introduction", *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 7-20, in part. pp. 8-9. Gli autori intendono con «norme» una massima dell'azione "concretizzata" in una pluralità di medium (testi, immagini, dispositivi tecnici, ranking e classifiche), che si propone all'osservazione da parte dei destinatari (identificati a priori oppure no), e la cui trasgressione può essere scoraggiata per mezzo di effetti attesi di diversa natura (pene, sanzioni, fallimenti, esclusioni, onta, ecc). La «règle», invece, è definita come una varietà specifica della *norme* enunciata in una fonte del diritto dentro gli ordinamenti giuridici nazionali e internazionali. Si veda I. Isabelle, "Balises conceptuelles autour des notions de sources du droit, force normative et soft law", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 65, 2, 2010, pp. 1-64; e l'approfondimento su norma/regola nell'ultimo capitolo.

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 classica¹³⁶. Quella che emerge è un’inflazione di norme che vanno dagli standard industriali alle norme manageriali, dalle norme nazionali agli ISO, dalle norme europee ai *ranking* delle università o degli ospedali, dalle norme sulla qualità dell’acqua o dell’aria al *benchmarking*, dalle norme contabili e di budget alle notazioni di solvibilità o alle soglie di povertà, dai *Millennium Development Goals* del diritto internazionale fino ai programmi intesi come “buone pratiche” nella scuola e nella sanità, dalla valutazione della qualità della ricerca accademica agli audit negli ospedali o nelle aziende¹³⁷. Sono molti gli esempi

¹³⁶ Su questo punto si vedano, tra i tanti, A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*. Vol. 2 «Gouvernements sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation», LGDJ, Paris, 2003; J. Carbonnier, “Les phénomènes d’internormativité”, in Id., *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1979, pp. 287-306; F. Chazel, J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris 1991; J. Clam, G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris 1998; Frydman, Van Waeyenberge (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs*, cit.; E. Millard, “Norme, normativité, juridicité”, in E. Rude-Antoine, G. Chrétien-Vernicos (sous la direction de), *Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 77-10; D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l’État*, Bruylant, Bruxelles, 2007; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, Cambridge, 2005; D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal Studies*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

¹³⁷ Sara Valaguzza scrive che questa è la ragione per cui «*nudge* e soft regulation sono generalmente ritenuti affini per la loro difformità dai criteri formali di legittimazione del diritto, basati sul carattere tipico e verticale delle fonti». La *soft regulation* si riferisce ad un modello teorico nato nel diritto internazionale per differenziare gli atti, pur dotati di effetti giuridici ma incapaci di generare veri e propri obblighi, dai provvedimenti o accordi dotati di efficacia vincolante diretta e contenuti precettivi. In quella dimensione, l’aggettivo “soft” qualifica le disposizioni che si impongono solo con il consenso del destinatario, per effetto di innovative e sperimentali tipologie di regolazione che originano da soggetti non inseriti nel circuito democratico-parlamentare, «(si pensi, ad esempio, ai codici di comportamento che determinate associazioni propongono ai propri associati)». Anche per Valaguzza, «il *nudge* è totalmente concentrato

che si possono fare per mostrare i modi in cui la norma ha invaso i diversi domini della vita individuale e sociale agevolando l'uso sempre più esteso di strumenti catalizzatori delle azioni collettive e individuali diversi dai tradizionali mezzi giuridici (leggi) sviluppati nell'ambito dello stato sovrano¹³⁸. Tutto questo viene legittimato, come nel caso del *nudge*, con la pretesa di riformare gli ordinamenti in senso più liberale e "liberista", quando non libertario, una pretesa

sull'esito della regolazione, in una logica che noi chiameremmo "effettuale", orientata cioè a rendere gli atti regolatori il più possibile capaci di produrre un fenomeno di conformazione spontanea agli obiettivi che la regolazione si pone. L'intenzione della regolazione, dunque, nella teoria del *nudging*, è tutt'altro che *soft*, mirando ad ottenere il massimo possibile di conformazione agli obiettivi che il regolatore deve attuare; perciò il regolatore viene denominato "architetto delle scelte": S. Valaguzza, "Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC", *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2017, pp. 91-121, p. 99. Poco più avanti, Valaguzza afferma infatti che «gli orientamenti attuali del rapporto tra diritto e società, che abbiamo appena ricordato, spingono tutti verso la direzione della semplificazione, della concretezza e della comprensibilità del diritto, come elemento trasparente e facilmente intelligibile dai consociati. Segue questa medesima linea anche la regolazione flessibile dell'Autorità Anticorruzione, che è espressione coerente con le caratteristiche del moderno diritto delle amministrazioni pubbliche appena descritte»: *ivi*, p. 104. Ovviamente questa non è la nostra convinzione: *deregulation*, flessibilità delle regole, deformalizzazione del diritto non vanno sempre e solo a vantaggio dei consociati ma certamente sempre delle agenzie governative.

¹³⁸ Bozzo-Rey, Brunon-Ernst, Van Waeyenberge, "Nudges: Better Choices?", *cit.*, p. 9. Valaguzza scrive, per esempio, che in Italia, in ambito amministrativo, l'ANAC ha adottato «una regolazione flessibile che dal punto di vista oggettivo procede tramite le linee guida, cioè in maniera differente dalla regolazione tradizionale»: Valaguzza, "Nudging pubblico vs pubblico", *cit.*, p. 107. L'autrice tenta cioè di far convergere *nudging* e regolazione flessibile che il d.lgs. n. 50/2016 affida all'Autorità Anticorruzione: «per portare a compimento il cambio di paradigma a cui si è accennato (da regolazione "dura" a "regolazione flessibile"), il regolatore delegato (cioè l'ANAC) dovrebbe impiegare una tecnica che non sia quella basata sul binomio obbligo-sanzione [...] approfittando degli strumenti offerti dalle scienze cognitive e comportamentali [...] [come l'] educative *nudging* o attraverso l'*empowerment* cognitivo»: *ibidem*. Cfr. Di Porto, Rangone, "Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers", *cit.*, pp. 39 ss.; G. Morbidelli, "Degli effetti giuridici della soft law", *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2016, pp. 1-5; C.A. Dunlop, C.M. Radaelli, "Overcoming Illusion of Control: How to Nudge and Teach Regulatory Humility", in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, *cit.*, pp. 139-160.

che, a ben guardare, partorisce puntualmente la sua negazione: un supplemento di regolazione (si pensi ai settori energetico, bancario, fiscale, sanitario), la moltiplicazione dei controlli, e una sempre più profonda compressione della libertà dei singoli e delle politiche sociali di stampo welfarista. Il rinforzo di “espertocrazie” si è già attestato come standard operativo quando si tratta di sterilizzare i moventi necessariamente politici del provvedimento di turno e di erodere i margini decisionali dell’elettorato democratico, da mettere sotto la tutela di un potere sempre più forte, spacciato come l’inevitabile ricorso alla scienza (la “necessità” scientifica, ma sarebbe meglio dire scienista) e portato avanti con il pretesto della “necessità” economica.

Ecco perché sempre più frequentemente ci si trova di fronte all’invocazione, da parte di giuristi e amministratori, di una regolazione orientata a utilizzare le scienze cognitive e ad avvantaggiarsi dello studio dei comportamenti non solo dei consociati ma anche delle amministrazioni di governo, in un contesto in cui la discrezionalità amministrativa possa trovare un maggiore sfogo. La flessibilità e la duttilità della regolazione – in ambito amministrativo, per esempio –, avrebbe l’effetto di «innescare una più precisa attenzione alle finalità della contrattualistica pubblica, introducendo un livello superiore di consapevolezza e, di conseguenza, responsabilizzando diversamente gli operatori, non soltanto al rispetto delle regole [...] ma anche al raggiungimento delle strategie complessive della regolazione»¹³⁹. Il tutto in un contesto politico-giuridico di stampo ancora (formalmente) liberale che invoca una regolazione flessibile allo scopo di creare nuove “abitudini” capaci, «una volta interiorizzate [...] di aprire un rinnovato ciclo di azione pubblica» in ogni settore della regolazione¹⁴⁰.

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

¹³⁹ Valaguzza, “Nudging pubblico vs. pubblico”, cit., p. 121.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

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.

7. Esperienze di *nudging* in Europa

A differenza di quanto è avvenuto negli Stati Uniti, in Europa il dibattito sull'introduzione del *nudge* nelle politiche pubbliche è stato lungamente ignorato. Tuttavia, di recente l'Unione europea e alcuni Stati membri come il Regno Unito e i Paesi Bassi sembrano aprirsi a queste tecnologie regolative¹⁴¹. L'interesse recente per il *nudge* a livello di Unione e a livello nazionale non coinvolge, come negli Stati Uniti, il tema dell'intervento paternalistico, dei suoi limiti e della sua legittimità; si muove invece sul piano strettamente politico della riflessione sull'impatto che l'uso di certe tecnologie normative potrebbe avere nella ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri¹⁴².

Il dibattito sul *nudging* vede il primato del Regno Unito, il primo stato a reagire a livello istituzionale alle sollecitazioni del com-

¹⁴¹ Si segnala che l'OIRA, guidata tra il 2009 e il 2012 da Sunstein sotto la presidenza di Obama, continua a esistere. I suoi risultati sono documentati in Social and Behavioral Sciences Team, 2016 Annual Report, Executive Office of the President, National Science and Technology Council, September 2016, accessibile alla pagina: <https://sbst.gov/download/2016%20SBST%20Annual%20Report.pdf>. I settori in cui il *nudging* ha operato sono: promozione delle politiche di accantonamento delle retribuzioni ai fini pensionistici, supporti economici e finanziari ai soggetti in difficoltà (per esempio, in materia di buoni pasto per le scuole o di micro-prestiti alle imprese agricole), accesso al credito studentesco, politiche della riduzione delle emissioni, riforma della giustizia penale con riferimento alla reintegrazione sociale di coloro che hanno scontato una pena detentiva, assistenza per trovare un impiego, raccolta e diffusione di informazioni sulle professionalità più richieste nel mondo del lavoro, promozione di logiche assicurative che favoriscano l'accessibilità delle cure mediche, attivazione di corsi e della sperimentazione di tecniche per rafforzare la managerialità pubblica, ambiti in cui trova applicazione per lo più il diritto amministrativo: cfr. Valaguzza, "Nudging pubblico vs. pubblico", cit.

¹⁴² A. Alemanno, "L'Union européenne et le nudging", *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, p. 33.

portamentismo con la creazione nel 2010 di un'unità specificamente dedicata, il famoso Behavioural Insights Team (BIT¹⁴³), inizialmente collegato al Gabinetto del Primo Ministro. Questa unità comprende alcuni esperti specializzati nelle differenti scienze comportamentali e lavora coi diversi ministeri al fine di modificare i comportamenti dei cittadini appoggiandosi su una vasta gamma di misure pratiche¹⁴⁴. Il lavoro pionieristico di questa unità ha già prodotto una letteratura imponente, di cui si trova la sintesi in un libro di Peter John celebrativo delle pratiche di *nudging* e in particolare dell'operato di David Halpern, che ha guidato il BIT nei primi anni dal suo insediamento¹⁴⁵.

Significativa a livello istituzionale è l'esperienza della Danimarca: qui un'organizzazione chiamata iNudgeyou, promossa da alcune università e operante "dal basso", costituita cioè da rappresentanti della società civile e da esperti di comportamento, ha creato il *Danish Nudge Network*¹⁴⁶. Ma si parla di *nudging* anche in circoli più piccoli

¹⁴³ Si veda <https://www.behaviouralinsights.co.uk/>. Come si è detto molte volte, il BIT è ufficiosamente noto col nome di "Nudge Unit".

¹⁴⁴ I contributi del BIT sono molto diversi tra loro, e vanno dalla riscrittura del contenuto delle lettere inviate dalle autorità pubbliche ai contribuenti fino all'invio di piccoli regali di ringraziamento per le donazioni: si vedano, rispettivamente: Conference of the Behavioural Insight Team, *Applying Behavioural Insights to Reduce Fraud, Error and Debt*, (2012): https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/60539/BIT_FraudErrorDebt_accessible.pdf; Conference of the Cabinet Office and Behavioural Insight Team, *Applying Behavioural Insights to Charitable Givings*, (2013), https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/203286/BIT_Charitable_Giving_Paper.pdf. È interessante notare che, attualmente, il BIT non dipende più dal Gabinetto del Premier ed è stato rilevato prima parzialmente e poi interamente dal settore privato tra l'aprile del 2013 e il febbraio del 2014; mentre il danese *Nudge Network* di cui si parlerà tra poco è stato progressivamente integrato a livello di istituzioni di governo. La cronologia e le esperienze di queste due istituzioni sono dunque molto diverse anche in virtù della loro appartenenza al settore pubblico o a quello privato: a questo proposito, C.R. Sunstein, "Nudging: A Very Short Guide", *Journal of Consumer Policy*, 37, 4, 2014, pp. 583-588, p. 587.

¹⁴⁵ Si tratta di P. John, *How far To Nudge. Assessing Behavioural Public Policy*, Elgar, Cheltenham, 2018. Cfr. D. Halpern, *Inside the Nudge Unit*, W.H. Allen, London, 2015; Y. Feldman, O. Lobel, "Behavioural Trade-Offs: Beyond the Land of Nudges Spans the World of Law and Psychology", cit., pp. 302-305 ss.

¹⁴⁶ Si veda: <http://www.danishnudgingnetwork.dk>. Una simile esperienza sembra partire anche in Norvegia, dove la Stordalen Foundation ha lan-

e per ora non interessati a istituzionalizzare lo sviluppo delle scienze comportamentali in senso politico, e caratterizzati da un interesse accademico verso *nudge* e comportamentismo. Esperienze di questo tipo si trovano in Francia¹⁴⁷, Germania¹⁴⁸, e Paesi Bassi¹⁴⁹.

ciato i *GreenNudges*. Si veda ad esempio: <http://www.lastampa.it/2015/12/04/scienza/green-nudge-salvare-lambiente-con-un-po-di-gentilezza-fCNFoPUW4ZINy8uea6gcXJ/pagina.html>; oppure: <https://www.behavioraleconomics.com/a-nudge-in-the-green-direction/>. L'esperienza inglese e danese basterebbe a mostrare che il grado di interesse riscontrato dal *nudging* in Europa è molto variabile, e infatti in molti paesi europei l'entusiasmo iniziale dovuto alle novità del comportamentismo e alle sue potenzialità di innovazione delle politiche è rimasto confinato (ove si è manifestato, non certo in Italia dove non si è mai avuto) alle università, al punto che Sibony e Alemanno hanno definito questa prima forma di interesse come stadio «pre-nudging».

¹⁴⁷ Particolarmente importante è il francese *Nudge Project*, fondato da Malik Bozzo-Rey e Anne Brunon-Ernst: www.frenchnudgeproject.fr. Cfr. <http://www.modernisation.gouv.fr/les-services-publics-se-simplifient-et-innovent-par-des-services-numeriques-aux-usagers/le-nudge-au-service-de-laction-publique>. Esso ha dato luogo a un progetto di ricerca intitolato “NUDGE – normativités extra-juridiques et politiques publiques” finanziato dall'École de Droit di Science Po, e sfociato nella pubblicazione *Nudges et normativités. Généalogie, concepts et applications*, curato da M. Bozzo-Rey e A. Brunon-Ernst. Il progetto di ricerca francese si caratterizza come multidisciplinare e al suo interno alcuni gruppi di ricerca rivendicano il loro interesse per l'uso pubblico del *nudging* dal punto di vista dei fondamenti filosofici, degli esiti etici e delle conseguenze politiche e giuridiche. Per quanto ci riguarda, l'interesse di questo progetto è nello scopo che si prefigge, cioè lo studio di tutte le nuove forme della normatività che condividono la caratteristica di essere non giuridiche e non coercitive, pur esercitando un'influenza significativa sui comportamenti degli individui. Il *Nudge Project* francese si motiva col fatto che, lungi dall'essere episodiche, queste categorie della normatività sono sempre più integrate nell'elaborazione delle politiche pubbliche e nei modi di strutturare i rapporti tra le istituzioni sociali, politiche ed economiche e i soggetti individuali.

¹⁴⁸ In Germania quasi dieci anni fa il governo ha annunciato che avrebbe impiegato psicologi, economisti comportamentali e antropologi per testare dei nuovi metodi di “governo efficace”: cfr. P. Plickert, H. Beck, “Kanzlerin Angela Merkel sucht Verhaltensforscher”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26 agosto 2014, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/kanzlerin-angela-merkel-sucht-verhaltensforscher-13118345.html>.

¹⁴⁹ Alemanno ci informa che nei Paesi Bassi il Consiglio per la ricerca sulle politiche governative (WRR) qualche anno fa ha pubblicato un rapporto dal titolo “Sviluppo delle politiche basate sulla conoscenza comportamentale”:

Lo sviluppo di competenze in materia di *nudging* negli Stati membri procede parallelamente al loro sviluppo a livello di Ue. Secondo Alemanno ciò solleva alcune domande sul grado di federalismo che questo approccio può raggiungere. In futuro sarà interessante osservare se e come le scoperte delle scienze comportamentali influiranno sui meccanismi della sussidiarietà, se, ad esempio, gli Stati membri in determinati settori politici potranno mantenere atteggiamenti diversificati a livello nazionale e lontani da una coordinazione dell'Ue¹⁵⁰. In ogni caso, attualmente non possiamo certo dire di trovarci di fronte a un "vuoto normativo", cioè all'assenza di comportamentismo nella regolazione. Pur non essendo state integrate formalmente nell'elaborazione delle politiche dell'Ue, dove invece sono sfruttati certi loro insegnamenti (soprattutto nell'ambito della protezione del consumatore, della sicurezza e della salute), le scienze comportamentali conoscono il successo che proviene dalla loro capacità di influenzare il comportamento individuale¹⁵¹. L'Unione europea si è infatti dotata, come si è visto, della Foresight and Behavioural Insights Unit, il cui obiettivo è accentrare gli sforzi intrapresi in alcune delle Direzioni generali della Commissione europea, come DG-Health e DG-Connect, e integrare le scoperte delle scienze comportamentali nella elaborazione delle politiche comunitarie¹⁵². Nel tentativo di superare l'attuale frammentazione istituzionale, questa unità mira a sviluppare una solida metodologia e incoraggia i funzionari della Commissione europea a pensare in un'ottica comportamentale. Resta da vedere se tutto questo avrà una qualche influenza sulla cultura amministrativa di Europa e Stati membri, e quale identità istituzionale vuole darsi l'unità dell'Unione che si occupa di regolazione di stampo comportamentale¹⁵³.

si veda il sito del WRR: <http://www.wrr.nl/publicaties/publicatie/article/met-kennis-van-gedrag-beleid-maken/>.

¹⁵⁰ Cfr. Alemanno, "L'Union européenne et le nudging", cit.

¹⁵¹ Si tratta della direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

¹⁵² Si veda in proposito K. Purnhagen, E. van Herpen, E. van Kleef, "The Potential Use of Visual Packaging Elements as Nudges. An Analysis on the Example of the EU Health Claims Regime", in Mathis, Tor (eds.), *Nudging. Possibilities*, cit., pp. 197-216.

¹⁵³ Viste le specificità costituzionali e istituzionali dell'Europa, non si può scartare la possibilità che ci troveremo davanti a un nuovo modello istituzionale

Più della cornice istituzionale delle politiche di *nudging* rispetto al loro radicamento nazionale o comunitario, sono per noi significative le questioni legate ai contenuti di tali iniziative politiche. Le tipologie di *nudging* sono essenzialmente due: *nudging* pubblico e privato¹⁵⁴. Se i governi sono aperti ai *nudge* pubblici, lo sono in ragione del fatto che mostrano l'intenzione, o la capacità, di predeterminare le scelte degli individui e massimizzare gli obiettivi delle politiche pubbliche¹⁵⁵. In altre parole, è riduttivo limitare le riflessioni

completamente autonomo: Alemanno, *L'Union européenne et le nudging*, cit., pp. 28-29. Alemanno sostiene anche che il ricorso alle scienze comportamentali non sembra centrale nel programma «Better REGULATION» pubblicato nel 2014 dalla Commissione europea ai fini dello studio della semplificazione legislativa; tuttavia questa agenda presenta molte idee che mostrano che l'Ue prende progressivamente coscienza dell'utilità di conoscere le dinamiche comportamentali al fine di migliorare l'elaborazione legislativa e politica. Ad esempio, il Toolkit *Better Regulation* concede per la prima volta che non solo i fallimenti del mercato ma anche i pregiudizi cognitivi possono richiedere un'azione pubblica (Better Regulation Toolbox, p. 72.). In particolare, vi si dice che quando le forze del mercato non riescono a raggiungere un risultato efficace a causa di pregiudizi comportamentali, «un intervento pubblico che riflette meglio il comportamento reale degli individui può essere giustificato» (*ibidem*). Cfr. Alemanno, Spina, “Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation”, cit.

¹⁵⁴ Poiché questo libro non si dedica a tale tipologia di *nudging*, ci limitiamo a suggerire alcuni contributi recenti in questo ambito, ad esempio, tra gli altri: J.N. Beggs, “Private-Sector Nudging: The Good, the Bad, and the Uncertain”; A. Thierer, “Failing Better: What We Learn by Confronting Risk and Uncertainty”; A.C. Smith, T.J. Zywicki, “Nudging in an Evolving Marketplace: How Markets Improve Their Own Choice Architecture”; infine, S. Wendel, “Behavioral Nudges and Consumer Technology”, tutti pubblicati in Abdulkadrirov (ed.), *Nudge Theory in Action. Behavioral Design in Policy and Markets*, cit., rispettivamente alle pp. 125-158, 65-94, 225-250, 95-124.

¹⁵⁵ Un altro modo per dire che, da un punto di vista politico, il problema del *nudging* è la legittimità dell'uso dei risultati delle scienze comportamentali in ambito pubblico. Non è certamente un tema nuovo, almeno a giudicare da W. Berns, “Law and Behavioral Science”, *Law and Contemporary Problems*, 28, 1, 1963, pp. 185-212; e, più recentemente, M. Adler, “Bounded Rationality and Legal Scholarship”, in M. White (ed.), *Theoretical Foundations of Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 137-162; G. Hayden, S. Ellis, “Law and Economics After Behavioral Economics”, *The University of Kansas Law Review*, 55, 2007, pp. 629-675, in part. pp. 660-667; C. Jolls et al., “A Behavioural Approach to Law and Economics”, cit.; K. Yeung,

su *nudge* e scienze comportamentali all'ambito teorico-filosofico¹⁵⁶, sviluppando ad esempio i temi dell'autonomia¹⁵⁷, della dignità umana¹⁵⁸ e dello sviluppo morale individuale¹⁵⁹ (quello che abbiamo fatto noi in questo libro); secondo Alemanno è più utile e significativo riflettere sul loro impiego da parte delle istituzioni alle quali ci rivolgiamo¹⁶⁰. Infatti, le autorità pubbliche possono utilizzare le scoperte delle scienze sperimentali per aiutare gli individui a correggere certi errori della deliberazione individuati dalle scienze comportamentali e indurre cambiamenti nei comportamenti privati associandole ai mezzi di regolazione più tradizionali in un ampio dominio di ambiti (energetico, sanitario, finanziario, e così via). Questo significa assistere alla sostituzione dei mezzi di regolazione classici, che includo-

“The Regulatory State”, in R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 80-81; O. Lobel, O. Amir, “Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy”, *Columbia Law Review*, 108, 8, 2008, pp. 2098-2137; R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2011; C. Hood, H. Rothstein, R. Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, Oxford, 2011; infine, per un'analisi dei diversi risultati dell'applicazione delle scienze comportamentali al *policymaking* si veda Sunstein, “Empirically Informed Regulation”, cit.

¹⁵⁶ Come fanno, ad esempio, Conly, *Against Autonomy*, cit.; Rebonato, *Taking Liberties*, cit.; White, *The Manipulation of Choice*, cit.; Sunstein, “Behavioral Economics and Paternalism”, cit.; Hansen, Jespaersen, “Nudge and the Manipulation of Choice”, cit.; E. Selinger, K. Whyte, “Is There a Right Way to Nudge? The Practice and Ethics of Choice Architecture”, *Sociology Compass*, 5, 10, 2011, pp. 923-935; Bovens, “Real Nudge”, cit.; Sunstein, *The Ethics of Nudge*, cit.

¹⁵⁷ Ad esempio, D. Wright, D.H. Ginsburg, “Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty”, *Northwestern University Law Review*, 106, 3, 2012, pp. 1033-1090.

¹⁵⁸ Ad esempio, J. Waldron, “It’s All for Your Own Good”, cit.; C. McCruden, “Nudging and Human Dignity”, *VerfBlog*, 1 giugno 2015, <https://verfassungsblog.de/nudging-human-dignity-2/>.

¹⁵⁹ Ad esempio, Bovens, “The Ethics of Nudge”, cit.

¹⁶⁰ Alemanno, “L’Union européenne et le nudging”, cit., p. 22. Cfr. Id., “How Much Better Is Better Regulation? Assessing the Impact of the Better Regulation Package on the European Union – A Research Agenda”, *European Journal of Risk Regulation*, 6, 3, 2015, pp. 344-356.

no obblighi, divieti, autorizzazioni, o sistemi di incentivazione, con mezzi per riferirsi ai quali si parla indifferentemente, come si è visto, di ‘*nudging*’, ‘diritto ed economia comportamentale’¹⁶¹, o ‘regolazione comportamentale o empirica’¹⁶². Dietro a queste varianti terminologiche (e semantiche) c’è l’idea che le scienze comportamentali possono efficacemente contribuire al concepimento di politiche pubbliche che si avvalgono della conoscenza della condotta sociale reale, al punto che il *nudging* tende a essere visto come un’alternativa economica e intelligente all’impiego di misure di regolazione tradizionali e generalmente più costose¹⁶³. Il vantaggio di questo impiego è ancora il vantaggio “perceptivo” del *nudging* discusso fin qui:

¹⁶¹ Cfr. Jolls *et al.*, “A Behavioural Approach to Law and Economics”, cit.; Bubb, Pildes, “How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why”, cit.

¹⁶² Sunstein, “Empirically Informed Regulation”, cit. Questo per confermare, se mai ce ne fosse bisogno, che la letteratura sull’applicazione politica delle scienze comportamentali non è riducibile a *Nudge* di Thaler e Sunstein; altre pietre miliari sono: D. Ariely, *Predictably Irrational: the Hidden Forces that Shape our Decisions*, Harper Collins, New York, 2010; S. Levitt, S. Dubner, *Freakonomics: A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*, William Morrow, New York, 2005; Kahneman, *Thinking. Fast and Slow*, cit.; M.H. Bazerman, A.E. Tenbrunsel, *Blind Spots: Why We Fail to Do What’s Right and What to Do about It*, Princeton University Press, Princeton, 2011; e, per finire, Thaler, *Misbehaving*, cit.

¹⁶³ Cfr. Sunstein, “Empirically Informed Regulation”, cit., p. 1349; Yeung, “Nudge as a Fudge”, cit. Per un dibattito sull’utilizzo delle risorse delle scienze comportamentali negli Stati Uniti si vedano, per esempio, M. VandeBergh, A. Carrico, L. Schultz, “Regulation in the Behavioral Era”, *Minnesota Law Review*, 95, 2011, pp. 715-781. Per il dibattito europeo, si veda E. Ciriolo, “Behavioral Economics at the European Commission: Past, Present and Future”, *Oxera Agenda*, 2011, <https://www.oxera.com/agenda/behavioural-economics-in-the-european-commission-past-present-and-future/>; A. Alemanno *et al.*, “Nudging Healthy Lifestyles—Informing Regulatory Governance with Behavioural Research”, *European Journal of Risk Regulation*, 3, 1 2012, pp. 17-25. Nella prospettiva dell’OECD (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), *Consumer Policy Toolkit*: www.oecd.org/sti/consumer/consumerpolicytoolkit.htm. In una prospettiva di *contract law*, Bar-Gill, *Seduction by Contract*, cit.; di salute pubblica, A. Alemanno, A. Garde (eds.), *Regulating Lifestyles-Europe, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets*, Cambridge University Press, Cambridge 2015; di diritto internazionale, T. Broude, “Behavioral International Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 2015, pp. 1099-1157.

esso è in grado di mettere in pratica certe misure regolative senza il necessario ricorso alla legislazione o a una regolazione *ad hoc*¹⁶⁴, e lascia legittimamente sperare in un tasso più elevato di rispetto (*compliance*) delle regole su base “spontanea”: il fatto che ammette la possibilità del rifiuto dell’opzione selezionata dall’autore del *nudge*¹⁶⁵, e che la selezione del default è tale in quanto è la scelta migliore che ognuno farebbe ... se avesse le capacità selettiva e di scelta posseduta dai *nudger*, fa dire agli avvocati del *nudge* che ci troviamo di fronte a novità positive ed efficaci. Il solito *refrain*. Questa benevolenza nei confronti del *nudge* paternalistico pubblico si estende alla categoria del *nudging* privato, chiamato anche «contro-*nudging*»¹⁶⁶. Esso richiede una regolazione che persegue specificamente l’obiettivo di contrastare le strategie commerciali tese a manipolare le scelte dei consumatori¹⁶⁷. Nel contro-*nudging* l’intervento pubblico contrasta attivamente lo sfruttamento di tali pregiudizi da parte di privati soprattutto in ambito commerciale.

Non sorprende perciò che Alemanno veda nell’inclusione dei risultati delle scienze comportamentali nei sistemi normativi un valore “politico”, per quanto peculiare: non si tratta solo di difendere i soggetti/consumatori da se stessi, ma anche di impedire ai decisori pubblici di prendere decisioni irrazionali per ragioni riferibili ai propri pregiudizi, o a usi illeciti delle scienze sociali che sfruttano i pregiudizi cognitivi del mercato. Il *nudging* potrebbe cioè assurgere a possibile correttivo delle azioni dei decisori privati e pubblici, e

¹⁶⁴ Cfr. T. Marteau *et al.*, “Judging Nudging”, cit. Anche quando le spinte gentili vengono utilizzate non come un’alternativa ma come un mezzo complementare alla regolazione giuridica tradizionale, l’intervento improntato al *nudge* rappresenta sempre un tipo di regolazione più economica dei costosi meccanismi di incentivazione: cfr. Alemanno, Spina, “Nudging Legally”, cit.

¹⁶⁵ Si veda C. Jolls, C. Sunstein, “Debiasing through Law”, *Journal of Legal Studies*, 35, 1, 2006, pp. 199-242; Bubb, Pildes, “How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why”, cit. Baldwin mostra tuttavia una certa perplessità in proposito: Baldwin, “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree”, cit., p. 836.

¹⁶⁶ La distinzione tra *nudging* privato e pubblico viene fatto per la prima volta da Alemanno, Sibony, “The Emergence of Law and Behavioural Science”, cit.

¹⁶⁷ Alemanno, “L’Union européenne et le nudging”, cit., pp. 24-25.

gli esiti delle scienze comportamentali trasformarsi in forme di tutela *dal* pubblico e *da parte del* pubblico, appena si consideri che in mani private queste stesse conoscenze possono diventare la leva più efficace dello sfruttamento e della manipolazione del consumatore (*nudging for bad*).

Alemanno giudica deplorabile¹⁶⁸ che non esistano ancora i presupposti teorici per un efficace sfruttamento del comportamentismo nell'elaborazione delle politiche europee¹⁶⁹, e ritiene che manchino le condizioni culturali perché ciò avvenga nel breve periodo. Quand'anche i decisori politici riconoscessero il valore scientifico delle scoperte delle scienze comportamentali, ciò non condurrebbe automaticamente a un modello unico e uniforme di elaborazione delle politiche fondate sul comportamentismo, visto che «non è possibile eliminare gli elementi culturali e sociali» dal contesto normativo¹⁷⁰. La questione, affrontata dall'autore senza ipocrisia, è che il *nudging* presuppone una concezione condivisa per non dire oggettiva di ciò che è “bene” per la società intera. Se questo sembra difficile da realizzare dentro uno stato sovrano, sembra ancora più arduo concepirlo dentro l'Unione¹⁷¹. Ecco perché, in aperto contrasto con la difesa di una concezione pluralista e anti-utilitarista del bene di stampo liberale, Alemanno si chiede se uno «Stato europeo del *nudging*» potrebbe rallentare o accelerare un tale processo di individua-

¹⁶⁸ Ivi, p. 26.

¹⁶⁹ Si vedano per esempio House of Lords, Science and Technology Select Committee, *Behaviour Change*, luglio 2011, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/ldsctech/179/179.pdf>; K. Ly, N. Mažar, M. Zhao, D. Saman, *A Practitioner's Guide To Nudging*, Rotman School of Management - University of Toronto, Toronto, 2015, <http://www-2.rotman.utoronto.ca/facbios/file/GuidetoNudging-Rotman-Mar2013.ashx.pdf>.

¹⁷⁰ Alemanno, “L'Union européenne et le nudging”, cit., p. 27. Si pensi ad esempio alla normativa sul diritto di recesso, che viene indicata come esempio di legislazione sulla protezione dei consumatori con lo scopo di proteggerli dall'impulsività di cui sono vittime quando acquistano merci in maniera non ponderata; oppure alla più recente direttiva europea sulla protezione dei dati, che ha testimoniato dell'influenza nel dibattito pubblico di acquisizioni comportamentali, ad esempio per quanto riguarda la legge sui cookie nella direttiva «vita privata e comunicazioni elettroniche» modificata dalla direttiva 2009/136/EC27.

¹⁷¹ Alemanno, “L'Union européenne et le nudging”, cit., p. 30.

zione di un bene condiviso da difendere attraverso il *nudging*, ossia il paternalismo libertario a esso collegato. Del resto – egli scrive – il diritto europeo è per sua natura centrato su obiettivi e ragionamenti giuridici di tipo utilitarista quindi permeabile ad *approcci* modulati sulle conoscenze e sugli esiti delle scienze comportamentali¹⁷².

Si tratta di una lettura a suo modo edificante e ottimistica delle politiche comportamentali, che tuttavia non è in grado di confutare la nostra qualificazione del *nudge* come misura economicistica e scientista, sintomo del ricorso spoliticizzante alle scienze comportamentali nel concepimento dei mezzi della regolazione. In un contesto in cui l'etica dell'efficienza e dell'efficacia è il fondamento delle politiche *output-oriented*, i vantaggi apportati dalle scienze comportamentali nella strutturazione della regolazione pubblica sono soprattutto di ordine economico¹⁷³. Il vantaggio è enunciato esplicitamente: in sostanza, il carattere tecnocratico della legislazione europea contribuisce a incoraggiare l'Unione ad adottare approcci *nudging-like* «poiché questi di solito non richiedono la partecipazione dei cittadini»¹⁷⁴. Tuttavia, la doppia legittimità democratica dell'Ue – democrazia rappresentativa e partecipativa – crea una certa resistenza rispetto a interventi tecnocratici dall'alto, e quindi a interventi paternalistici basati sul *nudge*. Ciò che per questo autore è un limite¹⁷⁵, per noi è invece un vantaggio, un vero e proprio antidoto alla spoliticizzazione di un tecno-potere che avanza grazie al suo appello all'efficacia e alla scienza. Il fatto che il destino del *nudging* nella Ue sia legato alla sua dimensione politica invece che a una dimensione scientista che ne ha permesso il dilagare negli Stati Uniti (dove il problema che deve affrontare è il vituperato approccio paternalistico) è in questa nostra riflessione accolto come un fatto positivo e vissuto come l'auspicio che l'approccio comportamentale continui a produrre benefiche richieste di legittimazione democratica, rimanendo, per quanto possibile, residuale.

¹⁷² Ivi, p. 31.

¹⁷³ Ivi, p. 25; cfr. Jolls et al., “A Behavioural Approach to Law and Economics”, cit.; *contra*: R. Jones, J. Pykett, M. Whitehead, *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 163 ss.

¹⁷⁴ Alemanno, “L'Union européenne et le nudging”, cit., p. 25.

¹⁷⁵ Ivi, p. 32. Cfr. Alemanno, Spina, “Nudging Legally”, cit..

8. *Nudging*, pubblico e privato

Ma sperare è vano, perché l'analisi del rapporto tra *nudging* e diritto mostra facilmente che i processi di legittimazione cui è sottoposto il secondo non sono ancora un problema effettivo per il primo. Ce lo rivela indirettamente Sunstein nella Prefazione al libro di Alemanno e Sibony la cui sintesi si ritrova, in un certo senso, nel saggio introduttivo dei due curatori, in particolare al paragrafo intitolato *Translating Behavioural Insights into Policy-Making*¹⁷⁶. La sintesi è che il *nudging* non ha bisogno del diritto, o almeno non sempre; il *nudge* giustifica se stesso, cioè è concettualmente e anche normativamente indipendente, e non rappresenta alcuna interferenza autoritaria nella condotta delle persone; quindi può essere integrato nei nostri sistemi giuridici con o senza supporto legislativo.

Per esempio, per pungolare i bambini a scegliere nelle mense scolastiche i cibi più sani basta fornire ai dirigenti scolastici le giuste informazioni. Per azioni di questo tipo non viene chiamato in causa alcuno strumento giuridico in senso stretto. Allo stesso modo, non c'è bisogno di un intervento giuridico se si tratta di rendere le città più pulite e indurre i cittadini a servirsi dei cestini della spazzatura più spesso di quanto non facciano di solito, mettendo ad esempio delle impronte adesive sul marciapiede; e nemmeno se si decide di spedire alle famiglie lettere che rispondano a finalità di *coaching*, in cui si raccontano le abitudini della collettività in fatto di raccolta differenziata e riciclaggio dei rifiuti, sapendo che questo incentiverà comportamenti timidamente virtuosi¹⁷⁷. Per lo più, il concepimento, il design e la ristrutturazione di una architettura della scelta non richiede un'autorizzazione giuridica¹⁷⁸.

Quasi fossero impegnati a tranquillizzare gli scettici, gli esperti di diritto entusiati del *nudge* ci dicono che diritto e il *nudge* si in-

¹⁷⁶ Alemanno, Sibony, "The Emergence of Behavioural Policy-Making", cit., pp. 10 ss.

¹⁷⁷ Si veda per esempio P. Rainford, J. Tinkler, "Designing for Nudge Effects: How Behaviour Management can Ease Public Sector Problems", LSE Public Policy Group, 2011, [http://eprints.lse.ac.uk/37810/1/Designing_for_nudge_effects_\(Isero\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/37810/1/Designing_for_nudge_effects_(Isero).pdf).

¹⁷⁸ Alemanno, Sibony, "The Emergence of Behavioural Policy-Making", cit., p. 10.

contrano solo in due modi, o in due circostanze: quando soggetti privati come compagnie, enti di beneficenza, o enti non governativi sollecitano i loro clienti, impiegati o benefattori a compiere comportamenti desiderabili come ‘donare di più’, ‘camminare di più’, ‘acquistare di più’, ‘cambiare contratto’, e così via; oppure quando enti pubblici, imitando gli operatori privati, cercano di pungolare i cittadini a tenere determinate condotte, come ad esempio donare i propri organi in punto di morte.

La maggior parte del *nudging* privato può fare a meno della regolazione giuridica. Per esempio, non c'è motivo di limitare la libertà di una compagnia che voglia ridisegnare lo spazio degli uffici per indurre i suoi impiegati a fare più moto durante il tempo trascorso al lavoro, o di limitare l'iniziativa di enti di beneficenza quando vogliono catturare l'attenzione dei potenziali donatori con immagini crude che rappresentano la fame o le malattie dei bambini poveri del mondo, o con resoconti di quanto è già stato fatto per risolvere questa o quell'emergenza umanitaria, allo scopo di aumentare il flusso delle donazioni. Mentre è possibile dover invocare delle restrizioni regolative per il *nudging* privato che si manifesta come contro-*nudging*, ad esempio per quelle compagnie che usano strategie di marketing *behaviourally informed* per aumentare le loro vendite¹⁷⁹. Un certo tipo di regolazione giuridica del *nudging* privato è perciò il primo vero contatto tra *nudge* e diritto; infatti, il contro-*nudging* tipicamente lo richiede¹⁸⁰.

La regolazione del *nudging* pubblico e quella del *nudging* privato hanno in comune il fatto di essere istanze della regolazione *behaviourally informed* pubblica, ma il *nudging* pubblico, almeno in apparen-

¹⁷⁹ Ivi, p. 11. Cfr., per esempio, O. Bartlett, A. Garde, “Time to Seize the (Red) Bull by the Horns: The EU’s Failure to Protect Children from Alcohol and Unhealthy Food Marketing”, *European Law Review*, 38, 4, 2013, pp. 498-520.

¹⁸⁰ Baldwin usa ‘counter-nudging’ in maniera diversa da Alemanno e Sibony, anche se i due usi sono collegati, in “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree”, cit., p. 842. «il punto di partenza di Baldwin è una regolazione che costringe il mercato ad attuare un *nudge*. Il suo “counter nudging” equivale alla conformità creativa nel contesto specifico del *mandated nudging*». Cfr. Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., p. 11, nota.

za, chiama in causa il diritto in maniera più consistente, implica cioè legislazione e forme specifiche di autorizzazione. Nell'ambito delle politiche pubbliche, l'impiego del *nudging* è ormai tipico in settori come finanza pubblica, programmi finanziari di accantonamento a fini pensionistici, risparmio energetico, sanità (pubblica), istruzione e lotta alla povertà, produttività lavorativa¹⁸¹. Ma per analizzare più a fondo i rapporti tra *nudge* e diritto occorre focalizzarsi sulla circostanza che quando il *nudge* nasce come teoria non ha alcuna attenzione per il diritto; sono invece i giuristi a chiedersi quali usi delle istanze behavioristiche è legittimo adottare nei nostri ordinamenti. Questo tipo di analisi serve a stabilire la legittimità del *nudging* pubblico, o, in alternativa, la legittimità dell'intervento pubblico per regolare il *nudging* privato. La questione della legittimità si sdoppia ben presto, sfociando, in primo luogo, nel (i) problema sostanziale di come tradurre attraverso i dispositivi giuridici già esistenti i mezzi normativi individuati dalle scienze comportamentali, e configurandosi, in secondo luogo, come (ii) problema di ordine costituzionale, di qualità della democrazia, di *accountability* e controllo dei processi democratici. Si tratta di due livelli differenti della normatività del *nudging* pubblico che occupano relativamente poco spazio nella letteratura, dominata per lo più dai sostenitori del *nudge* e dagli entusiasti del comportamentismo impegnati a discutere la legittimità dell'imposizione di vincoli giuridici all'uso del *nudging* da parte degli attori economici del settore privato.

8.1. La costituzionalità del nudging

Gli argomenti toccati in questo ambito di riflessione sono per noi già noti, anche se qui si tratta di riconfigurarli attraverso le categorie giuridiche che spaziano dalla teoria del diritto alla teoria costituzionale, fino alla teoria della democrazia. In primo luogo, il tema della costituzionalità del *nudging* ruota attorno alla domanda "chi ha approvato il suo uso?"; esso lascia ben presto spazio al tema dei diritti costituzionali e umani di coloro che vengono sottoposti a tali politiche e che tali politiche potrebbero violare (in particolare, liber-

¹⁸¹ Per una panoramica in tal senso si veda E. Singler, *Nudge Marketig*, cit., pp. 170-196.

tà d'espressione e diritto alla *privacy*), e alla preoccupazione che le dottrine dello stato di diritto che controllano i poteri esecutivi possano essere indebolite. A ben vedere, sono temi che rispecchiano gli aspetti etico-morali e pratici esaminati in questo libro, e che inevitabilmente riportano la riflessione al problema – che riprenderemo tra poco – della traducibilità giuridica del *nudge*, a dispetto della scarsa attenzione che gli inventori del *nudge* riservano al tema della giuridicità di queste misure.

Per quanto riguarda gli aspetti costituzionali e amministrativi, il primo punto della riflessione è il principio di separazione dei poteri. Quale istituzione del governo si fa carico dell'uso di strumenti di questo tipo? È certo che le spinte gentili possono subire un processo legislativo: è il caso della riforma olandese del traffico stradale attuata nel 1991 e che ha introdotto dei *nudge* attraverso le vie legislative ordinarie¹⁸², o del Pension Act statunitense del 2008 passato attraverso il Congresso. Tuttavia, le pratiche di *nudging* mostrano di essere state pensate per lo più per il potere esecutivo, perché la decisione su quale tipo di mezzo regolativo impiegare nei diversi ambiti è qualcosa che interessa essenzialmente gli amministratori. Che l'approvazione dell'uso di queste tecniche regolative spetti al potere esecutivo o legislativo è ovviamente una questione di ordine costituzionale. Infatti accade che al di fuori del caso statunitense, dove è il Congresso ad approvare l'introduzione di particolari provvedimenti paternalistici nella regolazione, vi siano paesi in cui è sufficiente l'approvazione del potere esecutivo, come avviene ad esempio nel Regno Unito, dove l'insediamento del BIT, affiancato inizialmente al Gabinetto del Primo Ministro, non ha richiesto alcuna approvazione formale di tipo legislativo ed è avvenuto per iniziativa di David Cameron.

A causa di tali differenze di ordine costituzionale tra contesto europeo e statunitense, *nudging* e *nudge* sono spesso visti, nell'ambito degli ordinamenti europei, come provvedimenti associabili al *soft law*¹⁸³. Ma tale accostamento non è certo privo di problemi. Il punto,

¹⁸² Si veda C. McCrudden, J. King, "The Dark Side of Nudging", in Kemmerer, Moellers, Steinbeis, Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 75-140, in part. pp. 130-131.

¹⁸³ Cfr. nota 137 in questo capitolo, *supra*.

infatti, non è tanto la non suscettibilità ai processi legislativi (non sarebbero certo gli unici provvedimenti a non richiederli), quanto eludere i circuiti della decisione democratica¹⁸⁴. Questo rende un intervento di *nudging* certamente “facile”, snello, pragmaticamente conveniente, ma anche capace di sollevare importanti questioni di legittimità.

Indipendentemente dal fatto che il *nudging* coinvolga il potere legislativo o quello esecutivo, c'è il problema della sua qualificazione: è una regolazione che opera in accordo col diritto inteso come legge (*law*), o che ne prescinde, allontanandosi così dall'ideale della regolazione attraverso il diritto sulla quale le nostre democrazie sono erette? La Corte europea di giustizia, per esempio, stabilisce che «ogni intervento delle autorità pubbliche nella sfera delle attività private di ciascuna persona deve avere una base giuridica ed essere giustificato in base a ragioni stabilite dalla legge»¹⁸⁵. Questa pronuncia altro non è che l'affermazione del perimetro del *rule of law*, entro il quale si inscrivono i limiti e le forme delle azioni di governo, ed entro il quale esse sono sottoposte a controllo e critica pubblica. Se le azioni di governo non sono rese note e comunicate chiaramente ai loro destinatari, è impossibile per i cittadini interpretare il proprio ruolo politico-democratico¹⁸⁶. Ciò appare evidente in un'osservazione sul carattere fondamentale delle tecniche di *nudging* che abbiamo già incontrato ma che è bene ribadire, cioè il fatto che «[i]l processo attraverso il quale le strategie [regolative] *behaviorally informed* sono generate non può essere predefinito o circoscritto. Si basa su capacità di adattamento e flessibilità e [...] sull'uso aumentato di

¹⁸⁴ Si veda ad esempio J.Y. Jung, B.A. Mellers, “American Attitudes toward Nudges”, *Judgment and Decision Making*, 11, 1, 2016, pp. 62-74.

¹⁸⁵ *Hoechst* [1989] ECR 2859, par. 19. Per una critica al BIT come tentativo di sottrarsi al circuito legislativo costituzionalmente garantito, si veda A. Benjamin, “David Halpern: ‘We Try to Avoid Legislation and Ordering’”, *The Guardian*, 5 febbraio 2013, <https://www.theguardian.com/society/2013/feb/05/david-halpern-government-nudge-unit>.

¹⁸⁶ Critiche importanti sulla capacità di elusione democratica (come sottrazione al dibattito pubblico e ai circuiti della deliberazione democratica) del *nudging*, e sulle conseguenze a livello costituzionale si trovano in S. Hargreaves-Heap, “Behavioural Public Policy: The Constitutional Approach”, *Behavioural Public Policy*, 1, 2, 2017, pp. 252-265.

misure personalizzate»¹⁸⁷. Il fatto che, come ribadisce Sunstein in più occasioni, il *nudge* non sia coercitivo, non impedisce di vederlo come un intervento nella sfera d'azione degli individui. Benché non espressamente coercitivo, tale intervento si manifesta sotto la forma di un qualche mezzo di regolazione *soft* persuasivo, invisibile, che gioca non sulla razionalità ma sulle emozioni¹⁸⁸, cioè in grado di sottrarsi al controllo della legge, come sostiene Anne van Aaken, molto più delle misure paternalistiche di tipo tradizionale. Anche se volesimo vedere l'uso governamentale del *nudge* non come l'esercizio di un potere pubblico ma, più "laicamente", come una regolazione benefica e "a bassa intensità", senza cioè il filtro delle ossessioni anti-paternalistiche, rimane vero il fatto che il *nudging* sembra lanciare una sfida al paradigma tradizionale della separazione e del bilanciamento dei poteri, cioè alla forma di controllo del potere attraverso il potere amministrativo.

Le questioni costituzionali non sono mai affrontate dai creatori del *nudge*. Tuttavia, in *Why nudge?* Sunstein sembra per lo meno sensibile all'argomento che le pratiche di *nudging* possono entrare in conflitto con i diritti costituzionali e umani, nonostante egli si sforzi di confutarlo. Si tratta in particolare di un conflitto con la libertà di espressione e col diritto alla *privacy*, che vengono letti sullo sfondo del principio della dignità umana. La differenza di contesto istituzionale cambia la faccia al problema sollevato da queste questioni: nel caso degli Stati Uniti, la cultura dei diritti è tale per cui *privacy* e libertà di espressione sono intesi come "libertà negative", mentre in molti paesi europei e nel resto del mondo sono anche diritti "positivi" che prevedono la loro promozione attiva da parte dell'autorità statale¹⁸⁹. Il diverso modo di intendere questi diritti incide sull'influenza che il *nudging* può avere sulla loro attuazione. Nella Convenzione europea sui diritti umani, per esempio, viene sancito un obbligo dello stato, che promana dal diritto alla libertà di espressione, di

¹⁸⁷ Alemanno, Spina, "Nudging Legally", cit., p. 450.

¹⁸⁸ A. van Aaken, "Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU", in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 83-114.

¹⁸⁹ Cfr. McCrudden, King, "The Dark Side of Nudging", cit., pp. 134-135.

fornire ai cittadini informazioni complete, accurate e attendibili¹⁹⁰. Occorre dunque chiedersi fino a che punto un tale obbligo limiti la capacità della pubblica amministrazione di manipolare il quadro cognitivo entro il quale i cittadini ricevono informazioni, per esempio rispetto a interventi che sfruttino l'effetto *framing* riducendo le informazioni allo scopo di renderle più comprensibili e traducibili in scelte individuali. Allo stesso modo, occorre chiedersi se il diritto alla *privacy* può essere influenzato negativamente da interventi regolativi di stampo comportamentale: non è certo insensato affermare che, dal momento che essi hanno il fine di cambiare i processi interni della decisione individuale interferendo (in maniera invisibile, innavertita) con lo spazio privato della decisione individuale – in aperto contrasto con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani – rappresentino una restrizione del godimento di tale diritto¹⁹¹. Come sostiene van Aaken, i diritti sanciti nella Convenzione non solo proteggono contro misure visibili di obbligo e controllo, ma anche contro la manipolazione e influenze mirate sulle scelte. Questo però non significa che il *nudging* violi, *by default*, questi diritti; significa invece che occorre passare al vaglio del test di proporzionalità le misure di *nudging*.

Sottoporre una politica di *nudging* al test di proporzionalità implica farsi due diverse domande. Come van Aaken ricorda, la prima domanda è relativa alla giustificazione del fine che il *nudge* si propone¹⁹²: è aiutare il soggetto a prendere la decisione che realmente

¹⁹⁰ Cfr. Alemanno, Spina, "Nudging Legally", cit., p. 446, dove tale diritto è identificabile a partire da *Youth Initiative of Human Rights v Serbia*, application n. 48135/06, 25 June 2013.

¹⁹¹ Cfr. Alemanno, Spina, "Nudging Legally", cit., pp. 446-450. Sull'interferenza del *nudging* con altri diritti costituzionali, si vedano ad esempio G. Luebbe-Wolff, "Constitutional Limits to Health-Related Nudging. A Matter of Balancing", in Kemmerer, Moellers, Steinbeis, Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 247-253; J. Wolff, "Partner Months" and the Fundamental Rights of Parents. Considerations on the Legitimacy of Nudges and 'Nudge Legislation'", *ivi*, pp. 255-265.

¹⁹² A. van Aaken, "Constitutional Limits to Paternalistic Nudging. A Proportionality Assessment", cit. Sulle questioni di legittimazione, e sulla scia di van Aaken, si pronuncia anche S. Cassese, "Exploring the Legitimacy of Nudging", in Kemmerer, Moellers, Steinbeis, Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 241-245.

preferisce, oppure assicurare che egli arrivi a prendere la decisione più “razionale”? Se vale la prima ipotesi, l'autonomia che il *nudge* garantisce soddisfa il test di proporzionalità; se invece vale la seconda si affacciano ulteriori problemi: che tipo di razionalità? Stabilita da chi, e in che modo? Se poi il *nudge* in questione è uno di quelli che rimangono, per così dire, oltre o al di sopra delle capacità cognitive dei suoi destinatari, si pone per lo stato che l'ha adottato il problema di giustificare in che modo esso migliora l'autonomia decisionale, o di giustificare il modo in cui tale meccanismo comportamentale tende, al contrario, a sostituirsi alla decisione autonoma dei *nudgee*. Se la doppia opzione viene esplicitata, è possibile vedere nel *nudging* paternalistico un meccanismo che, nella misura in cui dichiara di emancipare le persone dai loro pregiudizi cognitivi e comportamentali (*debiasing*), contribuisce in realtà a rimmetterli sulle spalle dei soggetti decisori (*rebiasing*) cioè sugli involontari fruitori della tecnica di *nudging*. Questo è anche il motivo per cui il perfezionismo che abbiamo individuato nel paternalismo libertario, lungi dall'essere solo una sostituzione di fini oggettivi con fini soggettivi e contingenti, si manifesta anche come un perverso meccanismo di sottrazione di autonomia decisionale.

Nell'ambito di una riflessione su proporzionalità e *nudging* emerge infatti una terza questione: superare il testo di proporzionalità costringe a chiedersi se esistono misure da adottare alternative al *nudge* che non violino o restringano i diritti fondamentali come *privacy* e libertà di espressione. Il testo di proporzionalità impone cioè di chiedersi se esistono dispositivi regolativi migliori e in grado, più del *nudge*, di emancipare gli individui dai loro difetti cognitivi, anziché confermarli, sfruttarli o, peggio, radicarli nei soggetti che vi sono sottoposti – il cosiddetto *rebiasing* –, cioè in grado di rispettare, meglio del *nudge*, la dignità dei soggetti coinvolti.

Una volta ricondotto alle questioni costituzionali pertinenti, il concetto di dignità umana che Sunstein adotta in difesa dei dispositivi paternalistici *soft* sembra rivelarsi un concetto troppo ristretto e sottodeterminato¹⁹³. Non vogliamo certo sostenere che ogni *nud-*

¹⁹³ Cfr., per esempio, Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 123 ss. Si contrappone a questa idea troppo “narrow” di dignità niente meno che Jeremy Waldron in “It’s All for Your Own Good”, cit., recensendo *Why nudge?*; cfr. M. Goodwin,

ge violi diritti e dignità umana; né negare (peraltro assurdamente) che il paternalismo libertario in alcuni contesti, come ad esempio il contro-*nudging*, sia compatibile con autonomia e libertà individuali, o sia addirittura un fattore potenziante dell'autonomia e della libertà per lo meno nell'ambito del *caveat emptor*. Il problema che qui stiamo sollevando non è un problema di dignità del compratore, ma il tema molto più esteso e profondo di una concezione della dignità umana *thick* e non *thin* – come la vuole Sunstein –, cioè tale da non superare troppo facilmente il test della proporzionalità esponendoci ai soprusi di un'autorità pubblica insensibile ai vincoli squisitamente democratici.

8.2. La traducibilità giuridica del nudging

Sunstein e Christine Jolls hanno parlato del *debiasing* come di una delle tre strategie attraverso cui gli esiti degli esperimenti comportamentali possono tradursi in mezzi regolativi. Gli altri due sono l'inerzia (*doing nothing*) e le *insulating strategies*. Il “non far nulla” non richiede spiegazioni, a differenza delle strategie di isolamento, il cui nome le identifica con speciali espedienti regolativi che cercano di isolare, nel senso di ‘mettere al riparo’, i risultati delle scienze comportamentali dalle scelte individuali, ad esempio elevando gli standard di responsabilità applicabili ai produttori sulla base del presupposto che gli individui sottostimano sistematicamente i rischi¹⁹⁴. Il *debiasing* si distingue dalle strategie *insulating* perché, invece di adattare la regolazione al persistere degli errori di giudizio, cerca di correggere tali errori allo scopo di evitare le conseguenze più dannose che ne deriverebbero. In sostanza, mentre le strategie di isolamento puntano a mitigare le conseguenze degli errori, quelle

“Architecture, Choice Architecture and Nudging”, in Kemmerer, Moellers, Steinbeis, Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 285-307.

¹⁹⁴ Jolls, Sunstein, “Debiasing through Law”, cit., p. 200. Cfr. Bubb, Pildes, “How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why”, cit. Baldwin sostiene che non tutti i *nudge* preservano scelte dotate di significato. Egli chiama ‘Nudges of the third degree’ le spinte gentili che modellano le decisioni e le preferenze in maniera «resistente allo spacchettamento» da parte del Sistema 2, e che di fatto non lasciano reali possibilità di resistere al *nudge*: cfr. Baldwin, “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree”, cit., p. 836.

di *debiasing* mirano a ridurre il verificarsi (l'occorrenza) di questi errori.

Gli interventi regolativi di matrice comportamentale possono essere letti anche in un altro modo, cioè distinguendo tra gli strumenti che danno forma a una architettura della scelta e quelli più tradizionalmente giuridici, cioè traducibili in ordini (*mandates*) e incentivi¹⁹⁵. Ryan Calo distingue invece i *nudge* dalle architetture (*codes*) e dalle informazioni (*notices*), ma ammette che le tre categorie conoscono molte sovrapposizioni; la vera distinzione che occorre fare è tra “facilitazione” (*facilitation*), che corrisponde all'idea intuitiva e più comune di *nudging*, e “conflitto” (*friction*) con cui si intende una strategia di intervento che mira a rendere una certa scelta comportamentale o più facile o più difficile¹⁹⁶.

Altre tassonomie manifestano un livello di dettaglio più sottile, per esempio quella di Baldwin che distingue tre gradi del *nudge*, a seconda del suo impatto sull'autonomia individuale¹⁹⁷. Ancora più dettagliata è la tipologia di dieci interventi comportamentali¹⁹⁸, o di tre forme di *nudge* stilate da Sunstein («paternalistic nudges», «educative nudges», e «nudges that enlist or exploit behavioral biases»)¹⁹⁹. Tuttavia, comunque la si strutturi, la produzione di tassonomie riporta il discorso al tema iniziale, vale a dire qual è, se esiste, la possibilità di distinguere il *nudge* e in generale i tipi di intervento comportamentale dai tradizionali strumenti giuridici²⁰⁰. Baldwin si esprime in favore di una separazione tra strumenti giuridici della regolazione della condotta e mezzi *nudge-like* della sua influenza, vedendo

¹⁹⁵ C.R. Sunstein, L. Reisch, “‘Redesigning Cockpits’. Introduction”, *Journal of Consumer Policy on Behavioural Economics, Environmental Policy and the Consumer*, 37, 2014, pp. 333-339.

¹⁹⁶ Calo, “Code, Nudge or Notice?”, cit.

¹⁹⁷ Baldwin, “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree”, cit.

¹⁹⁸ Sunstein, “Nudging: A Very Short Guide”, cit.

¹⁹⁹ Sunstein, “The Ethics of Choice Architecture”, in Kemmerer, Moellers, Steinbeis, Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies*, cit., pp. 21-74, in part. pp. 33 ss.

²⁰⁰ Cfr. Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., p. 12.

tra diritto e *nudge* un conflitto che nasce dal fatto che i due tipi di mezzi si basano su presupposti in contrasto tra loro²⁰¹. Da parte sua, Sunstein ha usato, sia in qualità di teorico sia in qualità di funzionario governativo, tre categorie concettuali esplicative dei vantaggi dell'uso del *nudge* e in generale dei dispositivi comportamentali²⁰². I mezzi della regolazione *behaviourally informed* sarebbero infatti suddivisibili secondo le tre categorie seguenti: (a) *smart disclosure requirements*, (b) *default rules*, e (c) semplificazione. Dovendo stabilire una corrispondenza tra queste categorie teoriche e le tecniche della regolazione giuridica, con riguardo ad (a) si può dire che gli *smart disclosure requirements* sono già diffusi nel diritto, dove però sono pressoché ineffettivi²⁰³. La ricerca comportamentale ne spiega le ragioni, ma soprattutto offre indicazioni utili a progettare requisiti di *disclosure* nuovi, basati sulla comprensione di come le persone elaborano e utilizzano le informazioni. Non deve infatti sfuggire che tali requisiti sono *smart*; il loro design assicura cioè che la *disclosure* non sia solo tecnicamente perseguita, ma anche espressiva (*meaningful*), utile e adeguata al contesto per cui è progettata²⁰⁴. Essa deve tenere conto delle capacità di ragionamento ed elaborazione delle informazioni del fruitore medio. Inoltre qualcuno lamenta che, per quanto l'impatto della ricerca comportamentale sulla *disclosure* sia potenzialmente immenso, la sua importanza non sembra ancora stata pienamente recepita dalla regolazione comunitaria²⁰⁵. Ma que-

²⁰¹ Si veda Baldwin, "From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree", cit., pp. 855 ss.

²⁰² Rispettivamente in Sunstein, "Empirically Informed Regulation", cit. e in Executive Order 13563, "Improving Regulation and Regulatory Review".

²⁰³ Bar-Gill, Ben-Shahar, "Regulatory Techniques in Consumer Protection", cit. Si veda anche O. Ben-Shahar, C.E. Schneider, *More than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014; per una trattazione più teorica, Ben-Shahar, Schneider, "The Failure of Mandated Disclosure", cit. Cfr. Calo, "Code, Nudge or Notice?", cit.; A. Fung, M. Graham, D. Weil, *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 5-6.

²⁰⁴ Cfr. Alemanno, Sibony, "The Emergence of Behavioural Policy-Making", cit., p. 13.

²⁰⁵ Si veda A.L. Sibony, G. Helleringer, "EU Consumer Protection and Behavioural Sciences: Revolution or Reform?", in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge*

ste carenze sono per ora compensate da alcuni esempi di strategie *intelligenti* presenti ad esempio nella legislazione sulle sigarette²⁰⁶, nell'etichettatura (*food labelling*)²⁰⁷, e nella regolazione dei prodotti finanziari²⁰⁸.

Per quanto riguarda (b), cioè le *defaults rule* che sfruttano per lo più i bias della procrastinazione e dell'inerzia e spingono gli individui verso le scelte predefinite dai *nudger*, si può dire che non sono certo sconosciute ai giuristi che le hanno viste all'opera in molti campi del diritto: per esempio nel diritto amministrativo (si pensi alla cosiddetta *positive silence rule*, la regola del silenzio/assenso secondo cui l'inerzia dell'autorità pubblica è presuntivamente indicativa del fatto che l'amministrazione approva un certo comportamento). Regole di default sono utilizzate anche nel diritto contrattuale, procedurale e nel diritto internazionale privato. Il loro grande potenziale nel predeterminare gli esiti le rende un mezzo spesso preferibile alle opzioni più tradizionalmente usate dal diritto, come restrizioni e divieti²⁰⁹.

and the Law, cit., pp. 209-234.

²⁰⁶ Vedi Art. 10 della Direttiva 2014/40/EU del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 Aprile 2014 «on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products [2014]». OJ L127/1 richiede la visualizzazione di un avviso combinato (grafico e pittorico) che occupi il 65% delle due superfici principali del pacchetto.

²⁰⁷ Il Preambolo 41 della Regulation (EU) 1169/2011 del parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sull'informazione ai consumatori in tema di cibo, [2011] OJ L304/18, dice che «to appeal to the average consumer and to serve the informative purpose for which it is introduced, and given the current level of knowledge on the subject of nutrition, the nutrition information provided should be simple and easily understood».

²⁰⁸ Si veda per esempio Commission Regulation 583/2010 del 1 luglio 2010 che attua la Direttiva 2009/65/EC del parlamento e del Consiglio e riguarda le informazioni e le condizioni per gli investitori, prevedendo che tali informazioni siano messe in un supporto durevole diverso dalla carta o tramite un sito Web. [2010] OJ L176/1, richiede che le informazioni più rilevanti per gli aspiranti investitori siano divulgate in termini accessibili (anziché limitarsi a imporre la divulgazione di tutte le informazioni pertinenti).

²⁰⁹ Si veda per esempio E. Johnson *et al.*, "Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions", *Journal of Risk and Uncertainty*, 7, 1, 1993, pp. 35-51.

Ciò che la prospettiva comportamentale apporta all'uso già consolidato dei default nel diritto è un maggior grado di consapevolezza della loro debolezza o della loro forza. La loro potenzialità è fortemente rivendicata in *Nudge*; ma, più recentemente, le analisi comportamentali ne hanno sottolineato i punti di maggiore debolezza in due situazioni tipiche: quando il target di individui cui si dovrebbero applicare è molto diversificato, per cui l'imposizione di scelte attive (in cui gli individui devono esprimere la loro scelta) potrebbe essere un'opzione più ragionevole rispetto al ricorso e regole predefinite²¹⁰; e quando gli attori aziendali hanno interesse a spingere i consumatori a rinunciare al default stabilito dalla legge²¹¹.

Infine, con riguardo a (c), cioè alla categoria della semplificazione, occorre ricordare quanto si è detto fin dal capitolo introduttivo, cioè che Thaler e Sunstein si appellano alla semplificazione come a una sorta di mantra behavioristico: se si vuole che le persone facciano qualcosa, occorre rendere semplice questa cosa. La semplificazione avrebbe perciò il potere di promuovere gli obiettivi normativi, facilitando la partecipazione e fornendo messaggi più chiari ai soggetti cui si indirizza. Vista da una prospettiva giuridica, la semplificazione comporta in genere il ricorso a strumenti giuridici di "basso livello", come la produzione di documenti di orientamento amministrativo che richiedono ad esempio di privilegiare la salienza delle informazioni, il ricorso a un linguaggio semplice e la riduzione della burocrazia. Per il resto, si approda in mare aperto, quello di un altro mantra neoliberale: la *deregulation*, la cui vastità eccede dai modesti limiti di questo capitolo.

Più in generale, occorre dire che la categorizzazione dell'intervento regolativo basato sulle conoscenze comportamentali acquista sen-

²¹⁰ Si veda G. Carrolletal, "Optimal Defaults and Active Decisions", *Quarterly Journal of Economics*, 124, 4, 2009, pp. 1639-1674; C.R. Sunstein, "Imperpersonal Default Rules vs Active Choices vs Personalized Default Rules: A Triptych", SSRN, 2013, ssrn.com/abstract=2171343; 'Forced choice' costituisce un'ulteriore tecnica alternativa. Si veda G. Liebig, J. Rommel, "Active and Forced Choice for Overcoming Status Quo Bias: A Field Experiment on the Adoption of 'No junk mail' Stickers in Berlin, Germany", *Journal of Consumer Policy*, 37, 2014, p. 427.

²¹¹ In questo caso, i default diventano scivolosi: Alemanno, Sibony, "The Emergence of Behavioural Policy-Making", cit., p. 15.

so solo se calata nei due contesti regolativi già individuati: il *nudging* pubblico, in cui l'autorità cerca di guidare il comportamento individuale e collettivo in una certa direzione, a partire dalla considerazione dei difetti della razionalità dei soggetti della scelta già individuati dalla psicologia e dall'economia comportamentali; e il *nudging* privato, in cui le autorità reagiscono allo sfruttamento dei bias a fini commerciali regolando il *nudging* non paternalistico operato da attori privati. Il *nudging* pubblico "puro" in letteratura è identificato sostanzialmente con il *debiasing* attraverso il diritto, in cui l'autorità pubblica si propone paternalisticamente come architetto del *nudging* e i cittadini sono visti come semplici *nudgee*, anche se il test di proporzionalità è in grado di mettere in dubbio questo assunto; nel contro-*nudging*, invece, l'intervento pubblico non solo cerca di neutralizzare i pregiudizi del ragionamento che inducono le persone a fare scelte controproducenti, ma anche di contrastare gli interessi privati che li sfruttano, o, come si dice nel gergo caro ai sostenitori del *nudge*, di contrastare l'esistenza e gli effetti dei fallimenti comportamentali del mercato²¹². Si tratta di due differenti branche del *nudging* che sollevano obiezioni, critiche e osservazioni differenti, anche se il perimetro tra le due aree di intervento non è sempre facile da definire e identificare. Intervenire in questi due modi richiede giustificazioni di ordine politico differenti, che hanno a che fare con ragioni differenti in termini di conseguimento del benessere e di rispetto dell'autonomia, e, soprattutto, di giustificazione della limitazione dell'autonomia di scelta²¹³, con quel che consegue in termini di definizione (oggettiva) del benessere perseguito attraverso queste due modalità della regolazione²¹⁴. Per questa ragione, esse chiamano in causa usi diversi delle scoperte comportamentali nei processi di formazione della regolazione: mentre il *nudge* pubblico può essere realizzato attraverso pratiche amministrative che non sempre richiedono la legislazione, la regolazione del *nudge* privato, anche quando *behaviourally informed*, tende ad assumere la forma

²¹² Si veda Bar-Gill, *Seduction by Contract*, cit.; M. Bennet *et al.*, "What Behavioural Economics Means for", *Competition Policy International*, 6, 1, 2010, pp. 111-137.

²¹³ Cfr. B. Schwartz, *The Paradox of Choice: Why More is Less*, Harper Perennial, New York, 2004.

²¹⁴ Cfr. A. van Aaken, "Judge the Nudge", cit.

dell'obbligo classico²¹⁵. Cambiano il contesto dell'intervento e la sua finalità, cambiano dunque le concretizzazioni regolative/giuridiche – anche se, detto *en passant*, c'è da chiedersi se chi o coloro che hanno il compito di mettere in atto queste modalità della regolazione, le architetture del *nudge* e il design regolativo conseguente, siano esperti la cui competenza li immunizza dalle limitazioni e dalle stesse euristiche che affliggono coloro che si accingono a proteggere²¹⁶. Ma questa è una vecchia storia.

Dovremmo ormai esserci abituati a pensare *nudging* e diritto non come in conflitto, ma quasi “in combutta”: già nel capitolo precedente abbiamo introdotto l'idea che tra *nudging* e diritto si apre lo spazio di una normatività che può tatticamente incanalare il *nudging* nella legalità preesistente, o modificare il diritto per rispondere alla consapevolezza comportamentale e consequenzialistica introdotta dal *nudging*. Che il *nudging* stia colonizzando progressivamente il diritto e le politiche governamentali è nostra precisa convinzione; che questo sia un bene per le democrazie in cui viviamo è invece oggetto di dubbio e perplessità. Le conclusioni contenute nel prossimo capitolo hanno l'obiettivo di organizzare e predisporre al vaglio critico un'analisi che cerca di dare finalmente un significato politico al nesso stipulativo tra *nudge* e paternalismo. Ma la possiamo anticipare con le parole di Christopher McCrudden e Jeff King.

Parlando di un «lato oscuro del *nudging*», essi ci informano che, nella patria della prima *Nudge Unit*²¹⁷, il Science and Technology Se-

²¹⁵ Alemanno, Sibony, “The Emergence of Behavioural Policy-Making”, cit., p. 19.

²¹⁶ Si vedano in proposito O. Perez, “Can Experts be Trusted and what Can Be Done About It? Insights from the Biases and Heuristics Literature”, in Alemanno, Sibony (eds.), *Nudge and the Law*, cit., pp. 115-138; C.A. Dunlop, C. Radaelli, “Overcoming Illusions of Control: How to Nudge and Teach Regulatory Humility”, cit.

²¹⁷ In *How Far to Nudge*, cit., Peter John fa riferimento a questa resistenza culturale e istituzionale che si è opposta al lavoro del BIT, ed è intenzionato a confutare tutte le critiche al suo operato e all'impiego del *nudging* pubblico. Queste critiche provengono soprattutto dagli accademici pronti a vedere nel *nudge* uno strumento manipolatorio in mano ai governi e un tipo di *policymaking* neoliberale che legittima le istituzioni del mercato e diffonde il pensiero individualista tipicamente economicistico (ad esempio Jones, Pikett, Whitehead, *Changing Behaviour. On the Rise of Psychological State*, cit.), spoliticizzando

lect Committee dell'Upper House del Parlamento del Regno Unito ha prodotto, tra 2010 e 2011, un parere sugli effetti dell'introduzione del *nudging* nella regolazione governativa, giungendo alla conclusione che essa «distoglie il governo dalla sua reponsabilità di usare altri e più efficaci strumenti [regolativi]»²¹⁸, riducendo le opportunità dei processi di decisione che pertengono alla democrazia deliberativa a vantaggio di una «manipolazione tecnocratica non trasparente»²¹⁹. Non certo un pentimento tardivo, quanto piuttosto un monito inascoltato.

Per McCrudden e King è l'occasione per riflettere sull'uso del *nudging* pubblico e sull'idea di una manipolazione potenziale della condotta, sia secondo le riflessioni già fatte nel capitolo 4 della prima parte, sia in base alla definizione datane da Allan Wood: «caratteristico del comportamento manipolatorio è il fatto che influenza la scelta delle persone in modo da eludere e sovvertire i loro processi decisionali, minare e disgregare i processi della scelta che attuerebbero criticamente se considerassero la questione oggetto di scelta lucidamente e senza errori»²²⁰. Che il *nudging* sia questo in molti casi non è di certo opinabile.

9. Nudge e opinione pubblica

L'ultimo libro di Sunstein contiene un capitolo dedicato all'esplorazione dell'opinione pubblica sul *nudging* il cui titolo è *People Like Nudging (Mostly)*²²¹. Dopo essersi chiesto se la società valuta

soggetti e scelte individuali con interventi tecnocratici (come, ad esempio, A. Dobson, *Sustainability Citizenship*, Green House, Weymouth, 2011, pp. 9 ss.).

²¹⁸ McCrudden, King, "The Dark Side of Nudging", cit., p. 92.

²¹⁹ Si veda House of Lords, Science and Technology Select Committee, *Behaviour Change*, cit.: al par. 2.13 il Committee specifica che le misure di *nudging* «implicano l'alterazione del comportamento mediante meccanismi di cui le persone non sono affatto consapevoli. Questo solleva la questione rilevante della misura della compatibilità del *nudging* con l'impegno del Governo di estendere la trasparenza a ogni area della vita pubblica».

²²⁰ A. Wood, "Coercion, Manipulation, Exploitation", in Coons, Weber (eds.), *Manipulation*, cit., pp. 17, 35.

²²¹ C.R. Sunstein, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017. Il capitolo di intitola «People Like Nudging (Mostly)», pp. 17-39.

positivamente il *nudge* e in generale le politiche basate sui suoi presupposti, l'autore conclude che, per lo più, le persone le apprezzano. Il fatto che l'opinione pubblica non le avversi, e, anzi, le giudichi positivamente indica che le questioni etiche non sono tali da accendere le passioni dell'opinione pubblica, nonostante il fatto che i detrattori di tali dispositivi si sforzino di forgiare argomenti che vanno su questo terreno²²².

In questo capitolo Sunstein intende rispondere per l'ennesima volta agli antipaternalisti. Ovviamente – questa è la sintesi del suo ragionamento –, il fatto che l'opinione pubblica avalli una certa politica non significa che questa sia giusta; se l'approva, però, si può concludere che questo accade perché le persone non sono state manipolate e sono in grado di esprimere un'opinione affidabile grazie a una riflessione autonoma e non compromessa da qualche tipo di “raggiro”. A parte il fatto che ‘approvare’ non vuol dire ‘autorizzare’, cioè che predisporre un sondaggio non può essere sintomo della democraticità del *nudging* paternalistico né indicativo della salute politica di una società in cui viene condotto, c'è il fatto che, se dovessimo dare credito a questa conclusione (approvazione implica non manipolazione), dovremmo concludere che la disapprovazione implica che è avvenuta una manipolazione (*rectius*: che, per la legge logica della contrapposizione, la manipolazione implica la disapprovazione) e che l'autonomia riflessiva è stata intaccata. Ma, se le persone sono state manipolate, come è possibile ritenere che siano in grado di esprimere un'opinione ragionata quale è appunto la disapprovazione, al pari dell'approvazione? E se sono state manipolate, come potrebbero accorgersene? I detrattori del *nudge* sarebbero dunque stati manipolati? E da chi? Un'indagine come quella riportata da Sunstein non sembra significativa rispetto ai rapporti che il *nudging* intrattiene con la democrazia. Sembra, in verità, una sorta di “prova inammissibile” dell'innocenza del *nudging* rispetto allo stato di salute di una democrazia e dell'opinione pubblica che ne è il termometro.

²²² Si veda, oltre al libro di Sunstein citato nella nota precedente, anche W. Hagman, D. Andersson, D. Västfjäll, G. Tinghög, “Public Views on Policies Involving Nudges”, *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 439-459.

Altri studi che riflettono sull'atteggiamento del pubblico rispetto al *nudging*, ad esempio quello di Janice Jung e Barbara Mellers, parlano dell'accoglienza riservata a questo tipo di regolazione distinguendo tra spinte gentili «scoperte», che fanno appello alla capacità riflessiva (anche pubblica) dei loro destinatari, oppure «nascoste», che puntano a reazioni inconsapevoli e non a produrre stimoli intellettivi e deliberativi nei *nudgee*, replicando così la distinzione tra Sistema 1 e Sistema 2 e le strutture di decisione corrispondenti su cui il paternalismo libertario basa la propria giustificazione²²³. Senza sorpresa alcuna, leggiamo che l'opinione pubblica statunitense approva il *nudging* scoperto, che per Peter John è assimilabile al *think approach* discusso nel secondo e nel sesto capitolo²²⁴. Gli americani sembrano inoltre preferire i *nudge pro-social* a quelli *pro-self*, cioè le spinte gentili che danno impulso a benefici collettivi (come riciclo, salvaguardia ambientale, donazione degli organi, lotta alla povertà e simili) rispetto a quelle che hanno a che fare col condizionamento di scelte e condotte individuali²²⁵. La ragione di questa preferenza sem-

²²³ Jung, Mellers, "American Attitudes toward Nudges", cit.

²²⁴ Cfr. John, Smith, Stoker, "Nudge Nudge, Think Think", cit.; Bovens, "The Ethics of Nudge", cit.

²²⁵ Merita senz'altro un cenno il *nudging* applicato alla lotta alla povertà mondiale nell'ambito dell'economia dello sviluppo. La massima esponente di questo tipo di *nudging* sociale (*pro-social*) è Esther Duflo (economista comportamentale arruolata al MIT dove insegna *Poverty Alleviation and Development Economics*), che nel 2003 ha fondato il laboratorio contro la povertà mondiale, noto col nome di Poverty Action Lab, poi ridenominato come Abdul Latif Jameel Poverty Action Lab (o J-Pal), che diffonde e sostiene il *nudge* nell'ambito dell'economia dello sviluppo internazionale. L'idea è che per i poveri del mondo è possibile elaborare spinte gentili che li facciano uscire dalla loro condizione di povertà estrema inducendoli dolcemente ad accedere ai programmi di vaccinazione gratuita (ove esistono!), a forme di risparmio (ma quali risparmi possono accumulare i poveri estremi?), alla scolarizzazione primaria (quali scuole sono accessibili, e a quali condizioni, nei luoghi della terra dove la povertà è tragica?), ecc. Nel 2012 è stata nominata da Barak Obama Consigliere del President's Global Development Council. È celebre il suo *Poor Economics*, scritto con A.V. Banerjee (E. Duflo, A.V. Banerjee, *L'economia dei poveri*, Feltrinelli, Milano, 2012). Curioso che dell'uso del *nudge* in ambito internazionale parli anche Peter Singer in *One World. The Ethics of Globalization*, Yale University Press, 2004, dove fa espresso riferimento al paternalismo libertario di Thaler e Sunstein.

bra essere che i *nudge* sociali sono più immuni dalla manipolazione. Poi c'è il grande tema ideologico: la risposta al *nudging* cambia (forse soprattutto) in base alla parte politica che lo sostiene o lo stigmatizza. Ecco perché fin da *The Ethics of Influence* l'accettabilità del *nudge* è per Sunstein destinata a passare attraverso approcci personalizzati che definiscono la futura direzione per il design del *policymaking* basato sulle spinte gentili²²⁶.

La personalizzazione introduce eterogeneità all'interno della categoria del *nudging* diventando così l'espedito con cui è possibile giustificare l'adozione di politiche comportamentali e paternalistiche e aggirare le questioni ideologiche e impolitiche che turbano il lavoro dei *nudger* e la coscienza dei loro sostenitori. Non sorprende, quindi, di trovarsi di fronte a ragionamenti che sfiorano, come questo, l'irresponsabilità:

poiché i *nudge* sono legati ad altri strumenti del governo come leggi, provvedimenti amministrativi, incentivi, e così via, non ha senso sollevare per questo tipo di dispositivi questioni etiche e politiche particolari. Usare questo strumento o uno tradizionalmente giuridico come una legge non può sollevare questioni morali tanto diverse. Proporzionalità, equità, ragionevolezza, efficacia sono rilevanti tanto per le leggi e i provvedimenti amministrativi quanto lo sono per le spinte gentili, e la politica è più desiderabile e più coerente con i valori democratici e verosimilmente più in grado di riscuotere adesione se questi valori influenzano il design degli strumenti politici.²²⁷

Secondo John, questa è il motivo per cui Sunstein può ragionevolmente sostenere che, quando è possibile scegliere tra un *nudge* e una misura regolativa più autoritaria, è preferibile usare il primo tipo di strumento. Non solo non tradisce i presupposti etico-politici su cui si basa la soluzione coercitiva "classicamente liberale", ma è anche più capace di attecchire sulle motivazioni dei destinatari suscitando minore resistenza²²⁸. In altre parole, le spinte gentili possono essere più efficaci proprio perché sono misure di regolazione leggere e

²²⁶ Cfr. John, *How Far to Nudge*, cit., pp. 116 ss.

²²⁷ Ivi, p. 118.

²²⁸ Sunstein, "Nudges that Fail", cit.

rappresentano l'unica soluzione a disposizione dei nostri regolatori per reagire al «fallimento delle misure regolative più tradizionali»²²⁹.

A quanto sembra, la tendenza è andare progressivamente verso spinte gentili più personalizzate e meno impositive, che si concentrano sui fini di agenti individuali e obiettivi singoli, strutturandosi in azioni facili da attuare *step by step* che disincentivano l'*opting-out*. Occorre quindi chiedersi in che modo – e, soprattutto, entro quale accezione di liberalismo – è possibile sostenere che queste misure regolative siano leggere e meno autoritative o coercitive degli obblighi di tipo legislativo. Sembra infatti prefigurarsi una capillare e sempre più sottile penetrazione nei meccanismi della decisione e della condotta individuale e collettiva; due celebri membri del BIT, Owain Service e Rory Gallagher, possono affermare che il futuro del *nudging* è il ricorso al *self-nudge*²³⁰, cioè a spinte gentili *pro-self*, a patto però che il *nudgee* non si limiti a «rispondere in automatico» quando è *stimolato* dal dispositivo o dai *default*, ma assuma responsabilmente il controllo delle spinte gentili²³¹. L'idea è che il *nudge* personalizzato diventi fonte di auto-iniziativa, pur mantenendo il requisito della semplificazione del processo decisionale presente nel meccanismo originario. Questa «nuova frontiera» del *nudging* richiede perciò di riflettere sulle condizioni per chiamare 'paternalistico' un intervento regolativo che qualcuno fa su se stesso, per quanto coadiuvato da dispositivi che si immaginano pensati da architetti diversi da lui.

Non è difficile ammettere che le perplessità appena formulate sono ancorate alla «vecchia» accezione di *nudging*. Questa panora-

²²⁹ P. John, *Making Policy Work*, Routledge, London, 2011.

²³⁰ Mark White vi si riferisce come a «individual nudges», o «Self-Focused Nudges»: M.D. White, «Overview of Behavioral Economics and Policy», in Abdukadirov (ed.), *Nudge Theory in Action*, cit., pp. 15-36, in part. pp. 29 ss.

²³¹ O. Service, R. Gallagher, *Think Small*, O. O'Mara Books, London, 2017. Non a caso nel titolo di questo libro compare «Think». Per approcci personalizzati al concepimento dei *nudge* si veda anche S.B. Heller, A.K. Shuah, J. Guryan, J. Ludwig, S. Mullainathan, H.A. Pollack, «Thinking Fast and Slow? Some Field Experiments to Reduce Crime and Dropout in Chicago», *Quarterly Journal of Economics*, 132, 1, 2017, pp. 1-54; L. Haynes, D.P. Green, R. Gallagher, P. John, D.J. Tolgerson, «Collection of Delinquent Fines. An Adaptive Randomized Trial To Assess the Effectiveness of Alternative Text Messages», *Journal of Politics Analysis and Management*, 32, 2013, pp. 718-730.

mica sul presente e il futuro del *nudging* produce in effetti l'impressione che si ragioni ormai "oltre il *nudge*", in un contesto in cui, lungi dal rinunciare a questo strumento perché da qualcuno giudicato inidoneo a produrre i risultati promessi (benessere individuale, semplificazione, paternalismo *soft*), si pensa a un *nudging* "evoluto", capace di produrre *enhancement*, proprio allo scopo di reagire alla delusione delle promesse mancate e alle perplessità più volte espresse da parte liberale e dagli anti-paternalisti. Come fanno Peter John e Gerry Stoker, che parlano della possibilità di creare un sistema di regolazione comportamentale basato su un tipo di spinta gentile intesa come «*nudge plus*»²³², un concetto alquanto inclusivo che si predica di ogni forma di spinta gentile evoluta che coinvolga in maniera più decisiva il Sistema 2. Un altro esempio è il libro recente di Riccardo Viale in cui l'autore suggerisce di "oltrepassare il *nudge*", individuando strumenti di "assistenza" all'autonomia individuale che sfruttino la razionalità ecologica e procedure di potenziamento delle competenze. In questo modo è possibile, sul livello etico-politico, superare i difetti del paternalismo coercitivo classico, che si basa su una rappresentazione della razionalità e dei suoi limiti ancorata a un paradigma empiricamente superato, sia le potenziali derive manipolatorie del paternalismo libertario²³³.

È inoltre evidente che il dibattito sul gradimento del *nudge* da parte dell'opinione pubblica non evidenzia affatto la necessità del recupero di una sensibilità più politica e democratica, ma rivela l'ambizione dei teorici della regolazione comportamentale di individuare nuove formulazioni del *nudging* del futuro. La distinzione tra *nudging* pubblico e privato (finalizzato a limitare gli interessi commerciali dei privati), e lo sforzo (per lo più compiuto dai detrattori del *nudge* e del paternalismo) di rendere i soggetti destinatari mag-

²³² È l'espressione usata da P. John e G. Stoker, "From Nudge to Nudge Plus: The Future of Behavioral Policy", <https://www.governanceinstitute.edu.au/magma/media/upload/ckeditor/files/From%20nudge%20to%20nudge%20plus%20behavioural%20public%20policy%20for%20a%20self-guiding%20society.pdf>; cfr. John, *How far to Nudge*, cit., p. 134. Su «enhancing nudge» si veda anche R. Hertwig, "When To Consider Boosting. Some Rules for Policymakers", *Behavioural Public Policy*, 1, 2, 2017, pp. 143-161.

²³³ Cfr. R. Viale, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Il Mulino, Bologna, 2018.

giormente consapevoli del loro ruolo di cittadini non hanno provocato l'arretramento delle politiche comportamentali né delle agenzie preposte alla loro attuazione, ma hanno incentivato lo studio e l'ideazione di nuovi dispositivi in grado di presentarsi in forma rinnovata e sotto una luce più propizia dal punto di vista etico-pratico.

La consapevolezza che ben difficilmente il paternalismo investe (attraverso il *nudge*) solo il Sistema 1, e che poste di fronte a una tale evidenza le società democratiche possono ribellarsi e opporre resistenza al suo utilizzo, indirizza l'impegno dei *nudger* – soprattutto nei contesti in cui il *nudging* viene incanalato in azioni istituzionali e di governo, come Stati Uniti, Regno Unito o Australia – verso la conciliazione tra l'efficacia dell'intervento comportamentale (con quello che comporta dal punto di vista dell'intrusione nei meccanismi della decisione e nella sfera dell'autonomia) e un livello adeguato di informazione ai cittadini e di coinvolgimento dei fruitori del *nudging*. Sono, evidentemente, gli stessi soggetti, ma considerati da due prospettive diverse: cittadini attivi e informati, da un lato, e *nudgee* più coinvolti nell'attivazione e nell'uso dei dispositivi comportamentali, dall'altro. Si immagina, cioè, che il Sistema 2 venga esplicitamente coinvolto nella decisione e implicato in processi di *nudging* potenziante (*plus, enhancing*); ma, se è così, il confine tra paternalismo, libertarismo, manipolazione, potenziamento cognitivo si fa più articolato e complesso, e probabilmente più difficile da individuare e mantenere.

Ragionare sull'efficacia di un tipo di regolazione alla quale l'opinione pubblica ha già reagito con sospetto non spinge i comportamentisti a (ri-)valutarla nella sua ricaduta politica, ma a mostrarne nuovi vantaggi regolativi evitando di riaccendere l'attenzione sulle sue derive paternalistiche e sui rischi di manipolazione. Il *nudge plus*, presentato e pensato come la nuova frontiera della politica comportamentale, è l'ultima reazione ai dibattiti e alle riflessioni scatenati dal *nudge*. È una frontiera rispetto alla quale le distinzioni tra *nudging*, *thinking strategies*, *boosting*, *nudging for self* o *for social*, *nudging plus* e *enhancing nudge* sono quasi inavvertite e apprezzabili solo da esperti e "addetti ai lavori". Nelle loro mani questi dispositivi sono in grado di tradursi in una nuova forma di regolazione comportamentale con la promessa di un incremento delle capacità deci-

sionali del soggetto che vi si sottopone. La sua soggettività non è né quella umana né quella dell'Econe; non è del *nudger* né del *nudgee*, ma qualificabile come "*homo euristicus*".

Con questa espressione, mutuata da Gigerenzer²³⁴, John identifica il soggetto in grado di prendere decisioni in un modo più efficace di quanto non faccia chi è afflitto da un sovraccarico informativo, cioè l'*homo oeconomicus* (o Econe) del modello razionale. Gigerenzer scrive che «[u]na mente non obiettiva (*biased*) può gestire l'incertezza più efficacemente di una mente priva di pregiudizi e che si basa su strategie di elaborazione più dispendiose in termini di risorse e di azionabilità»²³⁵. Il che lascia intendere che il futuro del *nudge*, il "*nudge* oltre il *nudge*", sia l'impiego pubblico di dispositivi comportamentali in grado di incorporare elementi riflessivi nelle euristiche del ragionamento dell'*homo euristicus*.

A seguire la prima ondata del *nudging*, caratterizzata dall'esigenza pragmatica di tradurre in dispositivi innovativi idee nuove sulla psicologia della decisione e della *compliance*, è la seconda ondata del *nudging*, che vorrebbe fare affidamento sulla bontà di queste idee per tradurle in meccanismi regolativi più facili da usare e che semplificano la vita ai suoi fruitori. Il dubbio è che la semplificazione che il *nudging plus* prospetta diventi in realtà una condizione paradossale, tale da rendere ancora più difficile per il *nudgee* affrontare il dilemma tra *opt-in* e *opt-out*. Tuttavia, di questi nuovi dispositivi si dice che risultano più controllabili dal punto di vista democratico e includono elementi riflessivi, deliberativi e potenzianti, più dei precedenti²³⁶.

²³⁴ John, *How Far to Nudge*, cit., p. 138.

²³⁵ G. Gigerenzer, H. Brighton, "Homo Euristicus: Why Biased Minds", *Topics in Cognitive Science*, 1, 1, 2009, p. 109. Cfr. Gigerenzer, "Heuristics", in G. Gigerenzer, C. Engel (eds.), *Heuristics and the Law*, The MIT Press, Cambridge, 2006, p. 41.

²³⁶ John, *How Far to Nudge*, cit., p. 146.

CAPITOLO 8

“THE HAND FITS THE GLOVE”.

COSA UNISCE *NUDGE* E PATERNALISMO*

1. Paternalismo libertario come paternalismo morale

Nel precedente capitolo il *nudge* è apparso come un fenomeno complesso: un dispositivo di influenza dei comportamenti che stabilisce al proprio interno una norma più o meno esplicita, ma anche un mezzo della regolazione che si inserisce in un processo di ridefinizione delle modalità di attuazione e valutazione delle politiche pubbliche. Il *nudge* è molto di più di una spinta gentile paternalistica e assume a paradigma di un fenomeno più generale di trasformazione della regolazione. Ne è prova il fatto che per esso si sono mobilitate molte voci, dissenzienti, scettiche o entusiaste, che rivelano la passione per questo tema sia da parte dell'accademica sia dal lato della politica. Stando a quanto Thaler scrive in *Misbehaving*, forse peccando di falsa modestia, i due autori di *Nudge* non l'avevano prevista: «Abbiamo scritto *Nudge* nella flebile speranza che qualcuno dotato di un po' di influenza potesse leggerlo e ricavarne qualche idea utile per le politiche pubbliche»¹. Quello che è accaduto dopo l'uscita di *Nudge* va molto oltre le loro speranze: dalla riattivazione dell'OIRA negli Stati Uniti, fino alla creazione della britannica BIT e della Foresight and Behavioural Insights Unit da parte della Commissione europea, si è assistito alla nascita di agenzie che, al di qua e al di là dell'Atlantico, si occupano di politiche regolative a basso

* Come anticipato nel cap. 1, par. 2, nota 39, *supra*, siamo convinti che il nesso normativo e stipulativo tra *nudge* e paternalismo sia coerente. Da qui il titolo di questo capitolo, che è una sorta di parafrasi del famoso articolo di Hansen, “The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?”, cit.

¹ Thaler, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, cit., p. 397.

impatto da utilizzare a livello nazionale e sovranazionale segnalando un interesse ben più che modesto per questo strumento di governo².

Una simile creatività istituzionale ha acceso l'interesse per il rapporto che il *nudging* intrattiene con la normatività giuridica, cioè il campo privilegiato delle politiche pubbliche. La relazione dialettica tra *nudging* e diritto prende infatti la forma di quello che abbiamo già definito, seguendo lo spirito foucaultiano, «l'invasione del diritto da parte delle norme»³. Essa rivela la competizione tra la razionalità propria della coercizione e la logica dell'influenza e della prevedibilità dei comportamenti: influenzando il contesto in cui hanno luogo le scelte individuali è possibile produrre scelte “buone” più di quanto non avvenga puntando sull'obbedienza a obblighi o divieti. Visto da questa prospettiva, il *nudge* rivela due caratteristiche fondamentali: il fatto di (i) non essere assiologicamente neutro, e di (ii) realizzare uno specifico modello di razionalità normativa⁴. I due requisiti sono tenuti insieme dalla lettura del *nudge* come dispositivo neoliberale, a conferma di quanto si annunciava nell'esordio di questo libro.

Il primo punto da analizzare è la natura assiologica del *nudge*, cioè (i). Pur essendo presentato come uno strumento non coercitivo che influenza le condotte lasciando liberi i fini individuali, il *nudge* è apparso come un dispositivo di “normalizzazione” dei comportamenti in cui il potere regolativo non si focalizza più sulla *legge* (proibizione e repressione) ma sulla *norma*, imponendo alla società ciò che è definibile come “normale” e costringendo a realizzare l'omogeneità⁵. Per traslare questa idea entro i canoni della teoria del *nudge*

² Per una panoramica delle istituzioni pubbliche erette sulle applicazioni della teoria del *nudge* aggiornata al 2018 si vedano: J. Chevallier, “Les nudges dans la modernisation de l'action publique”, in Bozzo-Rey, Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, cit., pp. 227-237; F. Naru, W. Below, F. Cavassini, “Développement des nudges dans les politiques publiques”, *ivi*, pp. 257-284.

³ Cfr. Frison-Roche, “Le contrat et la responsabilité”, cit. Sui mutamenti della normatività si veda anche J. Chevallier, *L'état post-moderne*, LGDJ, Paris, 2008.

⁴ Cfr. M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst, “Introduction”, in Bozzo-Rey, Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, cit., pp. 11-14.

⁵ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1978, p. 183; cfr. Taylor, “Normativity and Normalization”, cit.

bisogna ricordare la sua struttura: per Sunstein e Thaler il default non limita la libertà di scelta anche se predispose il suo inquadramento, e nonostante il fatto che la costruzione di un certo *framing* della scelta (inevitabile e non neutrale) dipenda necessariamente dal lavoro di un architetto. D'altro canto, i default sono trasparenti solo per coloro che li hanno collocati nell'architettura della scelta; oppure, in presenza di *think strategies*, possono essere resi più evidenti e comprensibili ai *nudgee*; ma non sono trasparenti, se non agli architetti, le ragioni per cui sono adottati come default. Ciò nonostante, i due autori insistono sul fatto che le spinte gentili devono essere visibili e rese trasparenti, esaminate a fondo, monitorate, sostenute da indagini empiriche. L'evidenza empirica su cui si basano basterebbe a rintuzzare l'accusa di un paternalismo subdolamente anti-libertario. Gli automatismi contenuti nei *nudge*, tuttavia, sono definiti come un tributo all'inerzia comportamentale e come tali rimangono invisibili e irriflessi, a meno che non si "contaminino" con dispositivi che, non limitandosi a stimolare reazioni passive, incentivano atteggiamenti più attivi e deliberativi da parte dei *nudgee*. Sia come sia, i default sono il senso comune addestrato dai *nudger* e da essi elevato a standard di normalità. Se si presume l'*opting-in* (per definizione maggioritario, ma anche confermato dalle analisi empiriche) l'effetto sarà, inevitabilmente, la conformità a tali standard.

Da queste premesse deriva la prima conclusione che spiega il requisito (ii)⁶. Il vero intento del *nudger* è agire sul versante dell'*enforcement* (non nel senso della coercizione ma della normalizzazione), con la conseguenza che il paternalismo dei mezzi non è una tutela del, ma un ostacolo all'esercizio della libertà individuale in senso liberale. Detto altrimenti, una situazione in cui la maggior parte delle persone che sostiene le norme generali e astratte, quindi sanzionatorie, non le rispetti, è astrattamente concepibile e concretamente verificabile; ma col *nudge* l'effetto di dissenso (morale) rispetto alle norme, e di non *compliance* (pratica) sono concepiti come neutra-

⁶ Implicita nel discorso è la seguente conclusione: la distanza che le spinte gentili mantengono da obblighi e divieti giuridici in termini di *softness* rende questi ultimi assai meno problematici. Obblighi e divieti dello stato liberal-democratico sono le misure più trasparenti che si possano immaginare, anche se non sono gentili e, talvolta, sono rozzamente paternalistiche.

lizzabili, concettualmente ma soprattutto concretamente. La seconda conclusione è che il *nudge* nasconde, cioè non dichiara, l'effetto omogeneizzante del default, "trasformandosi" in una forma di *paternalismo morale*. Distinguere, ancora una volta, tra mezzi e fini del paternalismo del *nudge* aiuta a chiarire questo punto.

Per Sunstein e Thaler la libertà di scelta, condizione necessaria di una buona qualità della vita individuale o collettiva, rende difficile il compito di una legittimazione del *nudge*, che viene perciò ricondotto a un paternalismo dei mezzi. È un'assunzione teorica che si spiega solo se la libertà gestita attraverso il paternalismo libertario viene intesa come liberale (autonomia di scelta e autodeterminazione). Se, invece, si tratta d'altro, è più utile riflettere sull'idea della semplificazione attraverso il *nudge*: come si è detto, la semplificazione non è un contenuto ma una modalità, è il mezzo rispetto a un (possibile) fine. Per questo motivo, essi affermano che gli automatismi intelligenti (default) devono investire il Sistema 1 a tutela del Sistema 2. Semplificare l'attività cognitiva e la decisione agendo sul Sistema 1 significa agire sul mezzo per un fine che si mantiene libero. Una semplificazione che porta un ulteriore vantaggio: l'agente vedrà preservata la *diversità* e l'*eterogeneità* dei fini disponibili⁷ – mai confuse con *pluralismo*⁸ –, e il paternalista sarà progressivamente indotto a usare regole personalizzate⁹, purché nessuno scelga quel che è dannoso per sé e la società. La sua pretesa, a questo punto, è sfuggire all'ammonimento milliano contro il conformismo della consuetudine, un tipo di bias evitabile solo se si incrementa lo studio delle teorie comportamentali¹⁰. A parte il fatto che i bias non si rivelano

⁷ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., ad es. pp. 31, 78-81, 92.

⁸ Cfr. *ivi*, pp. 48-49. Come diremo tra poco, occorre riconoscere che se invece di 'eterogeneità' Sunstein avesse parlato di 'pluralismo' avrebbe reso impossibile la difesa di quel tipo di paternalismo morale che la sua teoria incarna. Che il paternalismo libertario sia la violazione più palese del pluralismo dei valori e dei fini tipicamente liberale è la critica mossa da T. Grüne-Yanoff, "Old Wine in New Casks: Libertarian Paternalism still Violates Liberal Principles", *Social Choice and Welfare*, 38, 4, 2012, pp. 635-645.

⁹ Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 80. Personalizzare le regole vuol dire renderle massimamente flessibili. Si veda cap. 1, par. 9, *supra*.

¹⁰ «Un grande merito dei tecnocrati – specialisti in discipline scientifiche, economia, diritto – nell'apparato dello Stato è che possono contribuire a su-

solo nel conformismo conoscitivo e negli errori comportamentali degli individui, e non sono solo individuali ma di ogni impresa conoscitiva collettiva – cosa che, di per sé, spegne ogni entusiasmo per gli esperti e la tecnocrazia –, abbiamo che eterogeneità dei fini, semplificazione, correttivi epistemici, *nudge* personalizzati, default e trasparenza dell'architettura della scelta concorrono a legittimare il paternalismo libertario. *Tout se tient*. Infatti Sunstein conferma negli ultimi scritti quanto sostenuto in *Nudge*¹¹: il paternalismo è libertario perché i fattori in gioco nella decisione attraverso il *nudge* sono visibili, e con essi le insidie della libertà; operare nel senso del *disvelamento* è l'azione più emancipatrice che il potere pubblico possa produrre. Così facendo, si può salvaguardare le opportunità di riflessione, calcolo, pianificazione e autocontrollo offerte dal Sistema 2¹². Anch'esso va in qualche modo "addestrato" ai fini del maggior beneficio dei decisori.

È a questo punto che il paternalismo libertario comincia ad assomigliare all'incarnazione del paternalismo morale di cui ha scritto Gerald Dworkin¹³, un paternalismo che vive *di e nel* conformismo morale (che non è la banale e pregiudizievole predilezione per lo *status quo*). Non è un aspetto evidente e Sunstein può facilmente negarlo¹⁴, visto che il suo problema è distinguere il neopaternalismo dal paternalismo coercitivo, cioè dal *legal paternalism* (LP) – che implica il fine di «evitare danni gravi alle persone proibendo loro di agire in qualche modo» –, ma non dal *moral paternalism* (MP), che invece significa «impedire il danno morale (come opposto a quello

perare alcuni degli errori che altrimenti potrebbero influenzare i giudizi sia pubblici sia privati»: Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 82.

¹¹ Si veda anche: «le spinte gentili possono essere viste come una forma di "paternalismo libertario" in quanto cercano di usare l'architettura della scelta per guidare i decisori nella direzione che promuove il loro benessere (giudicato tale da loro stessi)»: Sunstein, "Foreword. The Ethics of Nudging", cit., p. ix.

¹² Cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 27-28.

¹³ G. Dworkin, "Moral Paternalism", *Law and Philosophy*, 24, 3, 2005, pp. 305-319.

¹⁴ Cfr. Sunstein, *Effetto nudge*, cit., pp. 48-49.

fisico, economico o psicologico) all'attore stesso»¹⁵. Caratteristico di MP è appellarsi non al fatto che il mondo sarebbe moralmente migliore se venissero prodotti certi cambiamenti nella società, ma che migliorerebbe se certe persone venissero migliorate moralmente. Se pensiamo che per Thaler e Sunstein il paternalismo del *nudge* si rende necessario per correggere gli errori comportamentali e i difetti dell'agente inerte, manipolabile, emotivo e non pienamente razionale che si fa dominare dal Sistema 1, il paternalismo libertario si converte nel paternalismo morale: la spinta gentile che agisce sul Sistema 1 è quel che serve a *migliorarlo*. Non si tratta di perseguire il fine di migliorare il mondo, ma di migliorare gli agenti della scelta (*mezzo*) per migliorare il mondo (*fine*).

Rispetto a LP, MP è la tesi che qualcuno è autorizzato a interferire con l'autonomia delle persone sul presupposto che vedranno migliorato il loro stato, e che questo stato sarà intrinsecamente migliore per loro; l'idea, cioè, che il benessere di una persona può direttamente implicare i, ed essere quindi aumentato dai, mutamenti nel suo carattere morale e nelle sue azioni; cambiamenti che non necessariamente lo rendono più felice o più sano¹⁶. Investendo il Sistema 1, le spinte paternalistiche non puntano a rendere l'individuo consapevole del cambiamento intervenuto nelle sue scelte, o nella sua razionalità, né stimolano l'auto-miglioramento. La ragione per cui si pensa a *nudge* personalizzati e a *enhancing nudge* per correggere la natura "passivizzante" della spinta gentile risponde infatti alla necessità di affievolire l'azione manipolatoria (o la sua percezione) dichiarando di voler coinvolgere in qualche misura il Sistema 2 nell'azione di *nudging*. Ma questo non garantisce l'accettabilità entro un sistema liberaldemocratico.

In ogni forma di MP, infatti, a essere controversa dal punto di vista liberale è anche la valutazione morale dell'aspetto/attività nella

¹⁵ Entrambi sono separabili concettualmente dal *legal moralism*, ossia «l'atto di impedire condotte intrinsecamente morali, sebbene non dannose od offensive»: Dworkin, "Moral Paternalism", cit., p. 305.

¹⁶ Ivi, pp. 307-308. Quest'ultima specificazione è ciò che secondo noi distingue il MP di Dworkin dal moralismo politico di Sunstein; ma si tratta di un dettaglio, poiché per Dworkin una premessa essenziale di MP è che: «certi interventi possono migliorare la qualità della vita morale di una persona o il suo carattere, e il risultato è che la sua vita migliora» (ivi, p. 310).

quale si interferisce: gli atei non pensano di vivere nel peccato, e gli omosessuali non pensano di avere un'attività sessuale immorale; è il paternalista a pensarlo, esattamente come fa il *nudger* che ritiene i decisori reali disfunzionali al benessere (proprio e collettivo) perché afflitti da alcuni difetti del ragionamento e del carattere, e pensa che sarebbero più felici se si facessero guidare da agenti più razionali di loro, lasciando che il loro senso comune (la loro mentalità) venga plasmato dai default o da *nudge* potenzianti. L'argomento giustificativo di MP è che «è possibile migliorare il benessere morale di una persona imponendole cambiamenti che quella persona non approva»¹⁷. Abbiamo bisogno dell'*endorsement* dei *nudger*, non certo dei destinatari del *nudge*. Gli architetti della scelta non chiedono l'approvazione al *demos* per quanto predispongono, e spesso non sono i parlamenti ma le agenzie governative a disegnare default e spinte gentili. L'asimmetria di questo paternalismo è evidente: se i *nudger* sono più idonei a governare è solo perché ("aristotelicamente") esistono soggetti naturalmente idonei a conformarsi al loro volere. In questo modo, la presunzione morale del paternalista trasforma il suo atteggiamento in un paternalismo *dispotico* che fa ("aristotelicamente") leva sui difetti di decisori non liberi o autonomi ma "corrotti" dalla loro stessa indole. Econi, da un lato, e Umani, dall'altro. L'asimmetria antropologica supera il dato democratico e, soprattutto, l'eguaglianza nella libertà. L'autonomia non è per tutti¹⁸.

Rinunciare all'idea che il paternalismo del *nudge* sia libertario sembra dunque necessario. Esso agisce su una categoria di soggetti con l'intento esplicito di migliorarli moralmente in vista del loro

¹⁷ Ivi, p. 318.

¹⁸ Cfr. Thaler, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, cit., p. 386, dove sulla base di questa constatazione Thaler scrive di aver coniato appunto la categoria del 'paternalismo libertario', un nome «forse non [...] bellissimo», ma che Sunstein ha comunque preferito, in quanto più costruttivo, a quello che aveva individuato lui, cioè 'anti-anti-paternalismo'. Il primo nome aveva del resto il pregio di ricollegarsi all'idea di 'paternalismo asimmetrico' che Colin Camerer, George Loewenstein e Matthew Rabin, collaborando con Ted O'Donoghue e Sam Issacarroff, avevano messo a punto per indicare una regolazione che «crea grandi benefici per coloro che commettono errori, mentre causa poco o nessun danno a coloro che sono pienamente razionali»: *ibidem*. Il tutto avrebbe riguardato la messa a punto di politiche pubbliche coerenti con l'asimmetria della razionalità tra Umani ed Econi. Cfr. nota 19, cap. 7, *supra*.

bene, cioè di migliorare le loro scelte in fatto di bene conseguibile attraverso di esse, il che spiega perché nel paternalismo mite del *nudge* non c'è spazio per il pluralismo dei fini individuali: una blanda eterogeneità *di fatto*, invece del *valore* del pluralismo, è meramente descrittiva, e non costituisce ostacolo alla riduzione del caos sociale né alla instaurazione del benessere collettivo del mercato. Perché di questo si tratta, come vedremo tra poco. Sunstein stesso è costretto a scrivere che l'idea di autonomia va ridimensionata¹⁹.

L'insistenza su una concezione limitata dell'autonomia evidenzia, come si è visto, il legame tra neopaternalismo e perfezionismo. Ciò che rende perfezionistico uno standard del bene è il fatto che esso viene fissato indipendentemente dall'atteggiamento che i singoli individui hanno verso di esso, e che promuove un ideale di vita che le persone possono conseguire in gradi diversi e in base a un'azione del potere che può essere più o meno coercitiva, *soft* o *hard*²⁰. Noi l'abbiamo chiamata "normalizzante". Il potere della normalizzazione costringe a realizzare l'omogeneità, pur consentendo di differenziare ogni individuo dal suo prossimo; rende ciascuno comparabile a qualsiasi altro e fornisce lo standard della misurazione (comparazione); ma se lo standard implica una qualche forma di classificazione (pensiamo a quella che distingue Umano ed Econe), ciò avviene in ragione del fatto che la norma crea «classi di equivalenza» all'interno delle quali gli individui sono perfettamente intercambiabili²¹. Ecco perché la preoccupazione dei fautori del *nudge* e della *choice architecture* non è per le scelte rispetto a beni diversi dal benessere, ma per scelte che le persone avrebbero fatto se avessero prestato maggiore attenzione alla "posta in gioco"²².

¹⁹ Essa non coincide con una capacità di scelta esercitata sempre e comunque. Sappiamo già che, per Sunstein, se le persone dovessero decidere in ogni circostanza la loro autonomia sarebbe ridotta dallo sforzo stesso della decisione: Sunstein, "Foreword. The Ethics of Nudging", cit., p. xi.

²⁰ Cfr. R.J. Arneson, "Perfectionism and Politics", *Ethics*, 111, 1, 2000, pp. 37-63, in part. p. 38.

²¹ F. Ewald, "Norms, Discipline, and the Law", *Representations*, 30, 1990, p. 140.

²² In *Nudge* si dice «se avessero avuto più consapevolezza e autocontrollo, o informazioni rilevanti»: Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 5.

In altre parole, strutturare un *frame* della scelta che promuove salute e benessere è giustificato non perché questi sono beni di per sé indipendenti dai gusti di ciascuno, ma perché la maggioranza delle persone finiranno per ritenerli prioritari, e perché sono strumentali per il conseguimento di altri beni, indipendentemente da ciò che gli individui scelgono come bene per se stessi²³. In pratica, si tace il dato che le architetture della scelta sono disegnate per indirizzare le persone verso beni generici, uniformare scelte e orientamenti soggettivi verso standard oggettivi di bene, confidando che questi mostrino la loro capacità di rendere le persone migliori più di quanto non facciano altri beni, e più felici nel lungo termine. L'omogeneizzazione dei comportamenti è l'esito più macroscopico, ed è coerente col controllo e la previsione delle condotte, cioè con la loro anticipazione.

2. Coerenza del paternalismo libertario

Vista da questa prospettiva, l'omogeneizzazione delle condotte che si ottiene con l'anticipazione/previsione e il controllo dei comportamenti sembra funzionale al discorso paternalistico. Ma come fare a conciliare l'azione paternalistica con il requisito libertario? Come si è visto, per Thaler e Sunstein la risposta è nella semplificazione del processo della scelta, oltre che della regolazione. Le due forme di semplificazione sono strumenti congruenti con il carattere libertario del *nudge* a condizione che il *nudger* si impegni a prediligere sempre la scelta di «standard operativi flessibili» rispetto a «standard progettuali rigidi», cercando di individuare «le modalità migliori per far sì che il settore privato scelga in che modo perseguire finalità sociali. Questo approccio riduce i costi e promuove la libertà»²⁴.

Che sia la semplificazione attraverso automatismi, oppure attraverso strategie di *empowerment* che prevedono la semplificazione *step by step* di processi decisionali del tipo *thinking*, *boosting* o *enhancing*, essa esercita un richiamo ampio soprattutto in un periodo

²³ Blumenthal-Barby, "Choice Architecture", cit. A riprova, cfr. R.H. Thaler, C.R. Sunstein, J.P. Balz, "Choice Architecture", in Shafir (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, cit., p. 2.

²⁴ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 25.

di grave crisi economica, quando la riduzione della complessità è importante per le imprese, i privati e le politiche pubbliche democratiche che dicono di voler perseguire la *prosperità*:

In una fase di grande difficoltà economica, le politiche recenti segnano l'avvento di un nuovo approccio alla pratica di governo, adatto come nessun altro alle democrazie che perseguono la prosperità dell'economia globale del XXI secolo. [...] Tutte le massime istituzioni, compresi i governi, possono fare molto di più per rendere le cose più *automatiche* e per far propria la battaglia per la semplicità. [...] Uno dei [miei] obiettivi principali consiste nel mettere in luce le lezioni più durature non solo per il governo, ma anche per il settore privato, con i suoi ospedali, le sue scuole e le imprese grandi e piccole²⁵.

In questo passo risuona l'eco del programma neoliberale, la sua essenza, che consiste nel «dissolvere, tendenzialmente, il valore e il peso della *decisione*: [...] rendere, in ultima analisi, *superflua* questa operazione “sovrana”», per sostituirla con le «procedure impersonali e anonime di un congegno tecnico globale»²⁶. Vi si legge l'idea tipicamente neoliberale che le relazioni di potere sono, a differenza della mera coercizione o del puro e semplice dominio, finalizzate ad allargare l'orizzonte delle possibilità, ma al solo scopo di ampliare la capacità di governo, «accentuando ad arte l'asimmetria e la *dipendenza*, [e] rendere le scelte collettive sempre più controllabili»²⁷.

Il controllo preventivo delle scelte e la relativa tecnologia sono gli strumenti della semplificazione neoliberale e della gerarchizzazione paternalistica della società. L'ideale della semplificazione, che ricorda la classica *deregulation* neoliberale, è il mezzo che le democrazie dovrebbero adottare per conseguire il fine del benessere del mercato. Le scelte individuali improntate al benessere, da incanalare e indirizzare opportunamente in modo da renderle semplici, conformi e prevedibili – in una parola: normalizzate – oltre che leggibili aggregativamente, sono la controparte fattuale della norma sociale della semplificazione. Il mezzo per il fine (benessere del mercato) è la gestione *disciplinare* della libertà individuale. Secondo Thaler e

²⁵ Ivi, p. 28, corsivo aggiunto. Cfr. Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 12.

²⁶ M. De Carolis, *Il rovescio della libertà*, Quodlibet, Macerata, 2017, p. 131.

²⁷ Ivi, cit., p. 26.

Sunstein, i continui appelli alla scienza, soprattutto economica, invece che a ideologie politico-morali, dovrebbero rassicurarci sulle intenzioni non ideologiche dei neopaternalisti, ma in realtà rivelano il carattere spoliticizzante dell'impresa neopaternalistica che tende a forgiare una soggettività strumentale e funzionale al mercato, cioè il soggetto post-ideologico per definizione.

L'idea foucaultiana che mercato ed economia capitalistica abbiano bisogno di plasmare la natura, i comportamenti e la vita dei suoi attori è, come si sa, ciò che fa del neoliberalismo una speciale *razionalità politica* strutturata intorno ai meccanismi del mercato e produttrice di processi di soggettivazione attraverso la governamentalità²⁸. La governamentalità agisce come insieme di strategie e tattiche che operano a livello diffuso, provvedendo alla produzione e riproduzione dei soggetti, plasmando le loro abitudini e le loro convinzioni in funzione di particolari scopi politici. È la "post-politica" neoliberale che si concentra su una gestione capillare e un'amministrazione competente, su attività depoliticizzate, biopolitiche e oggettive di un'amministrazione minuziosa delle vite. Nelle analisi foucaultiane della governamentalità, l'oggetto del potere, non sovrano ma disciplinare, sono le forze e le capacità degli individui come membri di popolazioni, come risorse da promuovere, usare, ottimizzare. In quanto metodo di razionalizzazione dell'esercizio del governo, il neoliberalismo si colloca sul terreno della biopolitica

²⁸ Per Wendy Brown, che aderisce all'interpretazione foucaultiana, il neoliberalismo è una forma di governo e una speciale "razionalità politica" strutturata non più intorno alla legge sovrana dello stato ma ai meccanismi del mercato. Il suo scopo è promuovere processi di individualizzazione e plasmare il "soggetto economico". Secondo la lezione foucaultiana, di questa soggettivazione si incarica la "governamentalità", concetto con cui Foucault indica la presa sulla vita dei soggetti che si realizza plasmandone i desideri e le aspettative conformemente al progetto di governo liberale. "Governamentalità" è quella forma di potere che ha nella popolazione il bersaglio principale, nell'economia politica la forma privilegiata di sapere, e nei dispositivi di sicurezza lo strumento tecnico essenziale: Brown, *Undoing the Demos*, cit. In *Nascita della biopolitica*, il mercato è la «nuova ragione di governo» che detta i criteri normativi per le politiche pubbliche producendo soggettivazioni ispirate al modello concorrenziale dell'impresa.

funzionale all'idea liberale del «governo frugale» o «a distanza», cioè non autoritario²⁹.

Con l'ultima crisi economica le strategie e le tattiche governamentali sono state superate, dovremmo dire “sublimate”. Ora non si tratta più, solo, di produrre soggettivazioni ispirate al modello concorrenziale dell'impresa, governando attraverso la libertà. Il governo neoliberale delle vite è salito di livello e si propone come paternalistico³⁰. Le sollecitazioni e le spinte gentili attraverso cui opera inducono le persone a fare non ciò che ci si aspetta da loro per promuovere il mercato, ma ciò che è bene per loro, per essere “sani e felici”. La felicità dei soggetti neoliberali farà prosperare il mercato, non l'opposto. L'individuo felice è quello che, proprio perché felice, vive meglio, lavora meglio, è più produttivo ma anche più docile. La felicità degli individui cessa di essere un fine e diventa un mezzo.

Senza voler produrre una teoria dell'uso del potere pubblico, i neopaternalisti partono dalle scienze comportamentali per mostrare ai *policymaker* che nella distanza che separa Econe e Umano è individuabile lo spazio di una regolazione controllabile nei suoi effetti ed efficiente dal punto di vista motivazionale. La regolazione comportamentale non fa appello all'obbedienza e alla coercizione, basate sui presupposti classicamente liberali della razionalità autonoma dei regolati e della deterrenza, che rendono imprevedibili le condotte gestite in autonomia. Opera invece attraverso il loro controllo e in base alla ragionevole certezza della loro uniformità. L'elemento chiave per capire il paternalismo libertario è dunque il *nudger* – il

²⁹ Tuttavia, secondo la sintesi di Pierre Dardot e Christian Laval, la governamentalità neoliberale reca in sé una profonda ambivalenza: da un lato, lascia intendere al soggetto di avere diritto alla libertà in qualunque ambito – da quello economico a quello sessuale o culturale; dall'altro, compie continui sforzi di creazione identitaria e di direzione degli individui: P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, Roma, 2013. Sull'idea di 'biopolitica' in Foucault, si veda M. Foucault, “Questions of method”, in J. Faubion (ed.), *The Essential Works of Michel Foucault 1954-1984*, Vol. III: *Power*, Penguin Books, London, 2002, p. 137.

³⁰ In sostanza, il liberalismo non coincide più con l'idea di stato minimo, non per lo meno nel senso di stato debole. «Le teorie neoliberali, infatti, combinano spesso la critica all'intervento dello Stato con un ideale di Stato forte, governabile ed efficiente, in altre parole, paterno»: Cuono, Sau, “Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale”, cit., pp. 40-41.

suo ruolo, le sue finalità e, soprattutto, il contesto "allargato" in cui opera. Quando Sunstein ammette che possono esistere *nudger* pubblici e privati che adottano (anche intenzionalmente) automatismi nocivi, o a causa dei propri limiti conoscitivi o per rispondere a interessi particolaristici, immagina che l'antidoto ai bias del *nudger* stia nell'appello al sistema sociale in cui si trova a operare, un ordine quasi naturale e "catallattico" in grado di rappresentare un correttivo alle scelte più malaugurate. Sunstein è certo che le forze del mercato pongano un argine all'uso delle regole di default più dannose, e che le leggi della concorrenza siano correttivi infallibili di cattive politiche che ignorano il benessere dei cittadini³¹. È il mercato a limitare l'uso del potere pubblico (del *nudger*), non il contrario.

Tutto ciò aiuta a comprendere il paternalismo neoliberale. A meno che non si ammetta che il *nudge* si basa non tanto sulla messa in dubbio della teoria della scelta razionale e sulla squalificazione dell'*homo oeconomicus* reale, quanto sulla volontà di "perfezionarla" agendo sulle scelte dell'uomo reale per non renderle (troppo) difformi da quelle dell'*homo oeconomicus*, il paternalismo libertario è destinato a collassare. Se, invece, fare affidamento sulle regole del mercato ha il significato di salvare la società dai *nudger for bad*, omogeneizzando (appiattendendo) le condotte sul paradigma della razionalità economica, il paternalismo libertario si trasforma in paternalismo morale, mostrando il vero significato del suo nesso col neoliberalismo.

L'appello al mercato e alle sue leggi implica la trasformazione della maggioranza degli agenti in totalità, in moltitudine omogenea, ed è in grado di convincere *ex post*, sulla base di dati empirici incontrovertibili, la minoranza che aveva torto a contrapporsi a una forza irresistibile; una forza la cui prima sorgente è l'interiorità o la natura del soggetto. Se non siamo per natura tutti Econi, possiamo essere Umani non dannosi e funzionali alla prosperità del mercato,

³¹ Ad esempio, «Alcuni consumatori possono essere presi in giro o ingannati, ma a lungo andare, il processo della concorrenza contribuirà a mettere le cose a posto» (Sunstein, *Effetto nudge*, cit., p. 75); «Se gli approcci paternalistici finiscono per congelare il processo concorrenziale, sorge un grosso problema» (ibidem); «il rispetto della concorrenza è centrale per la regolazione comportamentale informata» e contribuisce a dare una base alle leggi che la sostengono (ivi, p. 91). Cfr. Sunstein, *Semplice*, cit., pp. 152-153.

e, quindi, della società intera: ciò che occorre è un opportuno “addestramento disciplinare”.

In questo quadro, il neoliberalismo, come razionalità produttiva di specifiche soggettività, è uno schema di valutazione delle esistenze e delle pratiche, e il *nudge* è il mezzo di cui si serve il potere neoliberale per operare nella società la semplificazione che assurge a metanorma cui improntare politiche, riforme e disposizioni governamentali, subordinando le istituzioni e le scelte dei singoli a una logica che si presume sia, essa stessa, creatrice di ordine e benessere. «Come spiega Foucault, in una società delle norme l'azione del potere è stata spostata dal campo del reale a quello del possibile, il che dà a questa azione un carattere *creativo* e *produttivo*, e non soltanto coercitivo o repressivo»³².

Foucault definisce la disciplina come «il meccanismo di potere con cui riusciamo a controllare gli elementi più sottili del corpo sociale, a raggiungerne gli stessi atomi sociali, cioè gli individui»³³. Il sistema disciplinare è una «tattica di potere» che risponde ad alcuni obiettivi: «rendere l'esercizio del potere il meno costoso possibile» (economicamente); far sì che i suoi effetti siano «portati al massimo d'intensità ed estesi quanto più lontano possibile», e collegare la crescita del potere «al rendimento degli apparati all'interno dei quali esso si esercita (che siano apparati pedagogici, militari, industriali, medici)». Detto in breve, compito del sistema disciplinare è «far crescere insieme la docilità e l'utilità di tutti gli elementi del sistema»³⁴.

Del neoliberalismo classico, tradizionalmente identificato con lo “Stato Minimo” di stampo *libertarian*, in questo approccio rimane poco. Esso mantiene sicuramente l'istanza ideologica della «fiducia nell'autoregolazione del mercato e [d]ell'identificazione di quello imprenditoriale come un modello di efficienza a cui ricondurre i diversi aspetti dell'agire sociale»³⁵; ma a questo si accompagna, da un lato, la convinzione che il mercato guida l'agire collettivo; dall'altro, la spinta sulla forza disciplinare che promana dal riferimento a

³² Macherey, *Il soggetto delle norme*, cit., p. 79, corsivo aggiunto.

³³ M. Foucault, “Le maglie del potere”, in *Archivio Foucault* 3, Feltrinelli, Milano, 1988, p. 162.

³⁴ Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 237.

³⁵ Cuono, Sau, “Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale”, cit., p. 40.

categorie come "efficacia", "profitto", "efficienza manageriale"³⁶, e sul dogma della certezza della scienza economica. La riduzione della complessità che queste figure evocano è uno dei dispositivi retorici più forti e disciplinanti, e suggerisce che 'neoliberalismo' non è più costruito sulla passività della politica, il suo carattere minimo e il suo restringimento progressivo, e non designa più (come nell'accezione *classica*) l'insieme delle dottrine e delle politiche economiche favorevoli all'indebolimento dello stato a vantaggio del mercato; al contrario, si connota come interventismo governamentale produttore di ordine³⁷.

Come scrive Massimo De Carolis, «la vera novità di portata *antropologica* introdotta dal neoliberalismo è proprio questa tendenziale fusione del mercato e della vita in uno stesso paradigma»³⁸. L'economia comportamentale alla base del neopaternalismo interpreta questa novità in maniera paradigmatica.

In un'ottica neoliberale, paternalismo e libertarismo sono perfettamente coerenti. Il *nudge* è il "dispositivo di coerentizzazione". Come strumento del neopaternalismo libertario esso ha rivelato la sua natura governamentale e disciplinare: i programmi previdenziali, la proposta di diete sane e ipocaloriche, l'idea di poter aumentare la produttività nel lavoro, non sono valori scelti autonomamente dagli agenti della decisione e non sono beni scelti a caso dai *nudger*³⁹: ricchezza e salute sono beni verso i quali le spinte gentili indirizzano le masse⁴⁰, e sono tali da servire la logica produttiva (l'ordine) neoliberale⁴¹. Rispondono inoltre alla logica della prevenzione del rischio,

³⁶ Cfr. Laval, "The Invisible Chain", cit.

³⁷ Ecco perché non è insensato parlare di biopolitica neoliberale: si veda F. Dardot, C. Laval, *Guerra alla democrazia. L'offensiva dell'oligarchia neoliberista*, DeriveApprodi, Roma, 2016, p. 21; cfr. M. Revault d'Allonnes, *La crise sans fin. Essai sur l'expérience moderne du temps*, Seuil, Paris, 2012.

³⁸ De Carolis, *Il rovescio della libertà*, cit., p. 23.

³⁹ Ma sottendono una concezione perfezionistica del bene presente nei *frame* della scelta: cfr. Mitchell, "Libertarian Paternalism Is an Oxymoron", cit., p. 1261.

⁴⁰ Si vedano gli esempi presenti nel blog di Sunstein e Thaler, cioè *Nudge and the blog*: nudges.org.

⁴¹ Nella creazione dell'ordine disciplinare capitalistico c'è un'idea perfezionistica del bene: cfr. Blumenthal-Barby, "Choice Architecture", cit.

tipicamente neoliberale e governamentale⁴². Come scrive Angela Marciniak, se ammettiamo che ‘prevenzione’ è il nome di una particolare tecnologia governamentale «che non mira affatto a risolvere i problemi, ma [...] cerca solo di gestirli al fine di mantenere la società in qualche modo in equilibrio sempre labile, e di facilitare il governo»⁴³, prevedere i comportamenti attraverso azioni di *nudging* coordinate risponde a una logica di prevenzione del rischio⁴⁴. Le misure di prevenzione non dipendono solo dall’esercizio di un potere che le rende coercibili, ma servono per lo più a mantenere questo potere, soprattutto se concepito in senso lato come un potere che si fonda su forme di conoscenza scientifica. Se intesa in questo modo, «la prevenzione è importante tanto per lo stato quanto per le competenze scientifiche (*professions*), perché offre l’opportunità di gestire i problemi sociali senza eliminarli e, così facendo, rimuovere il problema della fonte di legittimazione»⁴⁵.

Il *nudge* sembra avere questa natura: chi delegittimerebbe un potere che mostra in ogni occasione la sua base empirica auto-legittimante e dichiara di voler produrre benessere prevenendo i danni

⁴² La letteratura sui cosiddetti *Governmentality Studies* è notoriamente sterminata; qui ci limitiamo a segnalare (in particolare sul governo del rischio), Miller, Rose (eds.), *Governing the Present*, cit.; P. O’Malley, “Risk and Responsibility”, in A. Barry, T. Osborne, N. Rose (eds.), *Foucault and Political Reason*, UCL Press, London, 1996. La coerenza tra teoria del *nudge* neoliberale e *governmentality studies* è sottolineata in J. Martire, “Montée en puissance des nudges”, cit.

⁴³ A. Marciniak, “Prevention of Evil, Production of Good”, cit., in part. p. 89: «Qui non stiamo più parlando di prevenzione del danno per migliorare la produzione di bene; la posta in gioco è invece la prevenzione del caso peggiore per perpetuare il sistema neo-liberale». Su questa base, l’autrice sostiene che il *nudge* altro non è che un dispositivo governamentale di prevenzione del rischio: cfr. *ivi*, p. 86.

⁴⁴ Cfr. *ivi*, p. 89. Sull’impatto del neoliberalismo sulle strategie di prevenzione si veda anche I. Gough, “The Political Economy of Prevention”, *British Journal of Political Science*, 45, 2, 2015, pp. 307-327; A. Coote, *Prevention Rather Than Cure, Making the Case for Choosing Health*, King’s Fund, London, 2004; Sunstein, *Laws of Fear*, cit.

⁴⁵ D. Gillling, *Crime Prevention. Theory, Policy and Politics*, Routledge, London, 1997, p. 15.

di decisioni o errori di ragionamento connaturati alla razionalità umana?

3. La razionalità neoliberale del *nudge*

È chiaro che abbiamo cessato di essere soggetti politici nel momento in cui siamo caduti dentro cornici d'azione e *frame* della scelta alienanti e soggette alle leggi del mercato, quando le "buone pratiche" governamentali hanno preso il posto del governo democratico, e il bene del mercato è diventato il nostro bene. Nessuna virtù politica si plasma nel soggetto neoliberale; ci si concentra invece sulle sue "proprietà inerziali" per farlo "funzionare" nella società del libero mercato. Come cittadini liberali abbiamo imparato che la *politica* è una questione di valore; come soggetti neoliberali guardiamo in faccia i processi di spolticizzazione che si nascondono dietro all'efficacia dell'azione istituzionale e alla prevedibilità delle scelte individuali. Ma abbiamo anche imparato che:

i creatori dei grandi sistemi burocratici non ammetteranno mai quali sono i loro veri valori. [...] dicono di agire nel nome dell'efficienza e della "razionalità" [...] usata come sinonimo di "efficienza tecnica". In questo caso ci si concentra sul *come* si persegue un obiettivo perché non si vuole parlare di qual è l'obiettivo che si persegue⁴⁶.

Ci viene detto che questi sistemi agiscono in nome della libertà individuale garantita da un efficiente calcolo costi-benefici di cui si incaricano le burocrazie. Esse imparano a parlare lo stesso linguaggio dei mercati, essendo la loro attività misurare, valutare, controllare; confrontare e soppesare il merito di pianificazioni, proposte, linee d'azione e default. Se questi devono essere i mezzi per l'azione di individui e aggregati, si comprende perché la burocrazia di oggi si manifesta come esempio del regime attuale e imperante dell'*audit culture*⁴⁷, che fa appello alla flessibilità tipicamente neoliberale che si richiede a soggetti, aziende, enti, agenzie che funzionano se sono in grado di adattarsi agli standard di efficienza imposti da altre

⁴⁶ D. Graeber, *Burocrazia. Perché le regole ci perseguitano e perché ci rendono felici*, il Saggiatore, Milano, 2016, p. 38; corsivo aggiunto.

⁴⁷ M. Strathern (ed.), *Audit Cultures. Anthropological Studies in Accountability, Ethics and the Academy*, Routledge, London, 2000.

agenzie. Queste ultime sembrano somigliare a una sorta di Consiglio Notturmo che lavora per il nostro bene stando alle spalle dei governi, i quali sono tanto più buoni ed efficienti quanto più sono in grado di semplificare e flessibilizzare.

L'idea che si possa operare una rigida divisione tra mezzi e fini, tra fatti e valori, è frutto essa stessa della mentalità burocratica. David Graeber scrive che: «La burocrazia [...] è la prima e unica istituzione sociale che tratta i mezzi come se fossero completamente separati dalle cose che realizzano»⁴⁸, e che la modernità ci ha abituato all'idea che i sistemi burocratici sono tecnologie sociali neutre, semplici strumenti per arrivare da A a B. Ma sia che diamo credito a questa idea, cioè che l'etica di un architetto della scelta è un'«etica non valoriale» dell'efficacia; sia che rimaniamo illuministicamente aggrappati all'idea contraria che la razionalità come efficienza sia anch'essa un ordine morale, e quindi un fine in sé (tutto sommato è questa convinzione che spinge a essere scettici nei confronti del paternalismo dei mezzi), rimane il fatto che la creazione di una burocrazia efficiente è sempre la pietra angolare dei progetti *libertarian*.

Da Thaler e Sunstein ci saremmo aspettati che chiarissero per quale ragione la semplificazione del *nudge* è più attraente di altre annunciate o attuate in passato; che cosa la sostiene, in cosa dovrebbe renderci più liberi, felici e sani⁴⁹. Ma questo sforzo non viene compiuto. Forse perché l'antropologia alla quale si affidano impone di reagire alle scoperte dell'economia comportamentale esprimendo una necessità regolativa che non richiede di giustificare il lavoro compiuto nell'ombra delle agenzie che raccolgono dati e predispongono i default e le architetture del *nudge*. Il potere dichiara di affidarsi a un corpo di dispositivi trasparenti e semplificanti in grado di far confluire agevolmente le condotte nel *mainstream* degli automatismi scelti da burocrati e *nudger*, e il gioco è fatto. L'elasticità dei sistemi normalizzanti è la forza che scaturisce dal prendere i soggetti «all'origine, anticipando le loro condotte», preparandole e conducendole verso il loro obiettivo⁵⁰. Ancora una volta, il neoliberalismo

⁴⁸ Graeber, *Burocrazia*, cit., p. 142.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, p. 43.

⁵⁰ Macherey, *Il soggetto delle norme*, cit., p. 169. Si può parlare, a questo proposito, «di un condizionamento della norma» che non ha bisogno di ricor-

foucaultiano aiuta a leggere il presente quando rappresenta il potere della razionalità governamentale come potere regolatore della norma opposto alla coercizione della legge. La strategia del potere è assumere un aspetto sempre meno direttamente autoritario⁵¹, e in quest'ottica va letto l'apprendimento individuale e collettivo di tecniche, abitudini e stili di vita della governamentalità capitalistica racchiusi nel paternalismo libertario⁵².

Ma è vero che siamo meno manipolabili e più liberi se le regole sono semplici e gli standard flessibili? Se le regole coercitive vengono sostituite dalle architetture più suadenti del *nudge*? Dietro la facciata della flessibilità e della semplificazione si nasconde in realtà lo sforzo di forgiare negli assoggettati al *nudge* quella "seconda natura" che è funzionale a società che solo apparentemente sono costituite di individui liberi (i soggetti liberali), essendo i suoi membri elementi *costitutivi* di unità più vaste – le "moltitudini" – alle quali si addice una concezione non giuridica del potere. In tali contesti, più il potere è morbido, più eviterà di essere discusso e riconosciuto, e meno bisogno avrà di legittimazione istituzionale. L'economia disciplinare non si applica a singoli individui ma alle "molteplicità", cioè alle "società di norme" il cui ordine si presenta vincolante ma duttile.

Un chiaro sintomo del rafforzamento del sistema neoliberale è il fatto che le politiche paternalistiche pubbliche sono predisposte in collaborazione con soggetti privati. Sunstein spiega che:

Le regole più valide operano di concerto con le norme sociali, contribuendo a salvare vite e a risparmiare denaro e a facilitare l'osservanza delle leggi. *A volte le regole non servono*. La collaborazione tra pubblico e privato, potendo far leva sulla creatività dei privati, è forse l'approccio

rere a un comando esterno poiché si è reso immanente «ai processi che governa, finalizzandoli»: *ibidem*.

⁵¹ Si veda F. Lordon, *Capitalismo, desiderio e servitù. Antropologia delle passioni nel lavoro contemporaneo*, DeriveApprodi, Roma, 2015, p. 11: il neoliberalismo, insieme a un processo di sofisticazione delle sue procedure di governamentalità, fa in modo che il dominio non offra più «lo sguardo familiare del semplice bastone».

⁵² Sintomatici in tal senso sono i ripetuti appelli alla responsabilità dei *nudger* pubblici e privati. Su questo si veda Sunstein, *Semplice*, cit., dove l'analisi costi-benefici, la raccolta dati, gli studi probabilistici, ecc. sono portati come esempi delle attività più significative dei funzionari dell'OIRA.

più semplice e migliore di tutti [...] In altri campi la collaborazione tra pubblico e privato ha già prodotto grandi miglioramenti: si pensi alla riduzione dei casi di guida in stato di ebbrezza e all'accresciuto utilizzo delle cinture di sicurezza⁵³.

Il sospetto che in questa rete solidale di iniziative pubblico-private si possa operare in vista del disciplinamento cresce a dismisura⁵⁴. Qui si evoca un biopotere governamentale che invita le istituzioni liberal-democratiche ad abbandonare progressivamente la regolazione attraverso il diritto e la sua (più) trasparente forza coercitiva e a scaricare l'onere della semplificazione sulle responsabilità di ciascuno, grazie all'attivarsi di agenzie sempre più private o privatizzate che si assumono il compito dell'addestramento disciplinare. Né può sfuggire che, a dispetto del paradigma della semplificazione, questo esito si raggiunga servendosi di una potente burocrazia: la vita umana è organizzata sul piano materiale da agenzie del *nudge* che contribuiscono a «produrla»⁵⁵. Prima ancora che incentrata sul valore dei beni, l'economia è la razionalità capitalista neoliberale che si preoccupa della gestione della vita, dei corpi, della loro salute e del loro benessere⁵⁶. I *nudger* sono parte costitutiva delle nuove agenzie della biopolitica neoliberale. Essi hanno il compito di conseguire gli scopi della semplificazione racchiusa nei provvedimenti di governi efficaci, e lavorano per separare la regolazione dall'influenza della politica avvicinandola al piano in cui si svolge concretamente l'economia.

⁵³ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 275; corsivo aggiunto. La nostra Società autostrade s.p.a. ci invita costantemente a non scrivere sms mentre guidiamo, a non bere quando viaggiamo, a fare soste per riposarci, ad allacciare la cintura di sicurezza e a ricordarci di sistemare i nostri bimbi sugli appositi seggiolini.

⁵⁴ Per Rebonato è qui che si annida il pericolo della manipolazione: cfr. *Taking Liberties*, cit., p. 6.

⁵⁵ Cfr. M. Foucault, "Domande a Michel Foucault sulla geografia", in Id., *Microfisica del potere*, cit., in part. p. 154: l'idea che sta alla base della concezione foucaultiana del biopotere, uno degli elementi indispensabili allo sviluppo del capitalismo, è proprio la produzione materiale della vita, l'esplicazione delle sue possibilità, che produce una «disseminazione di micropoteri, una rete di apparati dispersi», e una «coordinazione trasversale di istituzioni e tecnologie».

⁵⁶ Cfr. M. Foucault, "Conversazioni sulla prigione: il libro ed il suo metodo", in Id., *Microfisica del potere*, cit., pp. 133-134, dove Foucault parla dei «meccanismi di potere» e delle sue «strategie» basate sul sapere (scientifico).

Sostenere che una burocrazia macchinosa è il difetto intrinseco del progetto democratico, una sorta di degenerazione delle buone intenzioni democratico-liberali di fronte alle quali non possiamo darci per vinti, non è particolarmente originale⁵⁷. Eppure si trova anche nell'appello alla semplificazione di Thaler e Sunstein: semplificazione e *deregulation* sono concetti decisamente affini. Per istituzioni come l'OIRA o la *Nudge Unit* è di primaria importanza, per il presente e il futuro, un lavoro di progressiva deregolamentazione. Tale argomento è però tra i più fallimentari di questa teoria. Per ragioni innanzitutto storiche. Storicamente, i mercati non nascono come baluardi autonomi della libertà, indipendenti e contrapposti alle autorità dello stato. Al contrario, sono un "effetto collaterale" dell'autorità dello stato oppure una diretta emanazione del governo. La libertà del mercato, la sua indipendenza dal governo, è un'idea che circola dal XIX secolo per giustificare le politiche economiche di *laissez faire*, il cui scopo è ridimensionare il ruolo dello stato. Il sogno liberale di un mondo di liberi contatti tra individui autonomi ha invece (paradossalmente) generato una burocrazia di stato sempre più ingente, capillare e pervasiva⁵⁸; un paradosso che si ripete con una tale regolarità da spingere Graeber a formulare la "Legge ferrea del liberalismo". Essa stabilisce che:

qualsiasi riforma del mercato [o] iniziativa di governo volta a ridurre la burocrazia e a favorire le forze di mercato avrà l'effetto ultimo di incrementare il numero complessivo delle norme, la qualità complessiva delle pratiche [...] e il numero complessivo di burocrati.⁵⁹

Stando alla dichiarazione di intenti dei teorici del *nudge*, la spinta gentile sembra soddisfare questa legge relativamente al secondo e terzo elemento che si elevano a sintomo del paradosso liberale:

⁵⁷ Lo stesso Reagan, che ha fondato l'OIRA, conio una delle massime che lo hanno reso famoso condannando la burocrazia: «Le nove parole più spaventose della nostra lingua sono: 'mi manda lo stato e sono qui per aiutarvi'». Ma, si sa, Reagan, aveva in mente di difendere i mercati dalla burocrazia. Reagan come, ad esempio, l'economista von Mises quarant'anni prima: L. von Mises, *Burocrazia*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2011. Cfr. Graeber, *Burocrazia*, cit., pp. 12 ss.

⁵⁸ Graeber, *Burocrazia*, cit., pp. 13-14.

⁵⁹ Ivi, p. 14.

per semplificare normative e politiche sociali abbiamo bisogno di aumentare i tecnocrati, le agenzie pubblico-private, la massa dei dati empirici, degli studi retrospettivi e probabilistici che riescono a produrre. Naturalmente ne abbiamo bisogno per semplificare le pratiche e le regole in un mondo reso più complesso ma anche più debole e instabile dalla crisi economica. Ma, nonostante l'esaltazione della semplificazione delle forme di controllo sociale, sempre più *soft*, esercitate in ambito pubblico e privato, non è impossibile vedere che semplicità e "basso impatto" della regolazione sono solo apparenti.

In realtà, il pubblico, la forza lavoro, i consumatori, e *nudgee* hanno in comune l'essere il frutto di cornici d'azione e istituzionalizzazione intrinsecamente burocratiche, profondamente disciplinanti ed *enforcing*. Che significato ha, dunque, invocare la semplicità e la deregolamentazione? Perché prospettare la semplificazione, se quello che si annuncia, e si registra, è un processo grazie al quale gli strumenti burocratici (valutazioni delle prestazioni, raccolta dati, calcoli probabilistici, audit), nati nei circoli finanziari e aziendali, hanno invaso il resto della società – la scuola, gli ospedali, le aziende, l'università, i governi –, arrivando a permeare praticamente ogni aspetto della vita quotidiana?

La confusione aumenta se pensiamo che il ricorso alla forza del diritto è sempre meno un fattore per la conservazione delle strutture di controllo sociale. Nella sensibilità del neopaternalista, il declino della concezione normativistica e liberale di un diritto formato di norme generali e astratte coincide con l'avvio di un processo che, auspicabilmente, alle sanzioni sostituirà spinte gentili, e alle leggi del diritto preferirà un *sensu comune* addestrato a preferire il meglio e racchiuso in una forma di paternalismo riduzionisticamente ricondotto a riscontri empirici, non incorporato in leggi ma negli automatismi.

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"⁶⁰.

⁶⁰ Su *legge vs. norma* in Foucault e sulla presenza di forti tratti normalizzatori negli ordinamenti giuridici moderni si veda J. Martire, "The Rule of Law: A Foucauldian Interpretation", *In-Spire. Journal of Law, Politics and Society*, 6, 2, 2011, pp. 19-33; Id., *A Foucauldian Interpretation of Modern Law: From*

Tuttavia, il neopaternalista, sul quale incombe il sospetto del liberale, si ostina a contrapporsi al normativista parlando di regola (o legge). Sunstein scrive che a un certo punto il paternalista deve chiedersi: «come si fa a sapere se l'introduzione di nuove regole è una buona idea? Supponiamo che una regola renda l'aria un po' più pulita o riduca il rischio di morti. Basterebbe questo a renderla una buona regola?»⁶¹. Qui c'è l'idea che dibattere su una regola non è dibattere su fatti, bensì su valori; che il piano normativo è distinguibile e separabile da quello descrittivo. Se si dissente da una regola che salvaguarda la pulizia dell'aria non è perché si dissente sul dato empirico, bensì sul valore che si afferma e si considera in quel contesto. Ciò significa andare sul terreno dei normativisti: i fatti non sono irrilevanti ma possono essere inessenziali. Tuttavia, il teorico del *nudge* ci dice ben altro, e cioè che, se esiste disaccordo sui valori, il più delle volte si troverà un consenso a partire dai dati empirici, cioè dall'analisi costi-benefici⁶². Questa è la prova che al valore ideale si è sostituito lo standard e che la coercizione può lasciare il posto alla normalizzazione.

Il paternalismo libertario non può concentrarsi su valori imponibili perché perderebbe il suo significato e la presa normalizzante sui soggetti ai quali si rivolge. Se è la base empirica di questa teoria normativa a emergere come preponderante è proprio per mostrare che l'efficacia è del tutto quantificabile e che ha senso pensare a una regolazione che si attenga a standard misurabili, riduca i rischi

Sovereignty to Normalisation and Beyond, Edimburgh University Press, Edimburgh, 2017.

⁶¹ Sunstein, *Semplice*, cit., p. 195.

⁶² Ivi, pp. 195-197. Sunstein fa l'apologia di una teoria paternalistica *evidence-based* e di un'etica dell'efficacia che quantifica e monetizza costi e benefici facendone il criterio esclusivo per decidere l'ammissibilità di una misura paternalistica: «Tuttavia, [...] anche i benefici non monetizzabili e non quantificabili possono rivelarsi importanti»: ivi, p. 213. Ci sono valori come dignità, equità e distribuzione che non lo sono (cfr. ivi, pp. 215 ss.), ecco perché Sunstein può limitarsi a dire che tra costi-benefici monetizzabili e non monetizzabili non c'è contraddizione: i fattori non quantificabili rientrano in una categoria diversa e sono sottoposti a ponderazione con quelli monetizzabili e riducibili a dati empirici. L'importante – così sostiene – è non farne oggetto di considerazioni dogmatiche (ivi, p. 226).

di inadempienza e prefigurati comportamenti individuali e collettivi prevedibili e calcolabili. Ma questa è anche l'idea dell'utilitarismo liberale di Bentham che abbiamo già ricondotto al *nudge* neoliberale.

4. Libertà vigilata

Il confronto con Bentham ci ha portato a considerare il problema del rapporto tra politica e scienza sotto una nuova luce: non si tratta solo di valutare la base empirica ed evidenziale di una misura politica o di rilevare la sua efficacia, ma soprattutto di riflettere sul ruolo creativo dell'architetto di questa misura. Tale ruolo può essere giocato bene oppure male, al punto che il design istituzionale costruito da un architetto può trasformare il carattere mite e libertario del paternalismo in una gabbia. I *nudger* benevoli, ad esempio Thaler e Sunstein, ci invitano a considerare che le cattive architetture della scelta esistono, e che «[l]a libertà di scelta è la migliore salvaguardia contro una cattiva architettura delle scelte»⁶³. Sembrano cioè rassicurarci sul fatto che i destinatari delle spinte gentili sono sempre in grado di valutare la bontà delle misure paternalistiche a condizione di mantenere una libertà di scelta virtualmente intatta – perché, diversamente, il paternalismo non sarebbe libertario ma coercitivo. Tuttavia, è evidente che 'libertà di scelta' non è da intendersi come 'capacità deliberativa', cioè 'decisionale'. Se ce l'avessimo, il paternalismo non sarebbe necessario: il mondo sarebbe popolato di Econi e non di Umani, il paternalismo asimmetrico non avrebbe senso di esistere, gli «evil nudgers» non sarebbero un pericolo, e le strategie oblique del *nudging* nemmeno. Al contrario, i rischi che corre la nostra società di Umani sono quelli derivanti dalle scelte ineluttabilmente sbagliate, per cui – verrebbe da pensare – la gabbia del *nudge* è reale, ed è quella già individuata attraverso il "Bentham neoliberale".

Come si è visto, il principio sotteso alla legislazione indiretta non è reprimere gli interessi individuali, ma assicurare che l'interesse privato e l'interesse generale si coalizzino; non è sacrificare l'interesse di qualcuno, ma legarlo (aggregativamente) a quello più ampio dell'intera società. La fine «arte del governo» benthamiana consiste

⁶³ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 18. Cfr. par. 7, cap. 6, *supra*.

nel fare in modo che sia nell'interesse stesso dell'individuo compiere un'azione benefica per sé e per gli altri. In tal modo si produce e riproduce il potere governamentale utilitaristico come «normatività comportamentale» di cui il *nudging* è un chiaro esempio.

Occorre perciò chiedersi che senso abbia immaginare che la nostra libertà possa preservarci dalla malevolenza degli *nudger* o dalle spinte gentili sbagliate, dato che abbiamo sempre bisogno della spinta gentile dell'architetto. I *nudge* non ci rafforzano rispetto a politiche malevole (il malgoverno di Bentham) perché potrebbero esserlo; né ci emancipano dai difetti dei nostri ragionamenti; d'altro canto, il paternalismo mite non cambia le nostre determinazioni fondamentali ma agisce solo sui mezzi dell'esercizio della nostra autonomia, o, in altri termini, la limita, limitando la nostra libertà di scelta attraverso gli interventi paternalistici indiretti decisi dai *nudger*. La libertà di scelta è la migliore salvaguardia dalle architetture della scelta malevole solo a patto di immaginare un "mercato" delle architetture, un mercato delle spinte gentili che neoliberalisticamente seleziona le migliori, cioè le più efficaci, le quali – e non è un paradosso né una contraddizione – possono, in ipotesi, anche coincidere con le spinte malevole e sinistre, a condizione che il mercato le individui come le più persuasive, cioè le più efficaci e più facilmente gestibili dall'alto, perché più prevedibili e calcolabili. Se l'effetto aggregato è tale da garantire una prevenzione dal rischio, perché non lasciare agire anche i *nudge* nocivi (*for bad*)?

Se in ambito finanziario i comportamenti degli agenti economici prima della crisi del 2008 erano tollerati e coordinati dalle agenzie del credito e dai mercati finanziari è perché li si credeva, appunto, calcolabili e prevedibili, per quanto rischiosi. Il rischio era controllato, anche se in maniera inadeguata, e il fallimento del mercato era virtualmente possibile; la posta in gioco, infatti, non è mai stata quella di proteggere gli individui ma il mercato finanziario, che "ci ha rimesso" per mero errore di calcolo dei rischi. Ciò che intendiamo suggerire è che anche le politiche pubbliche hanno un loro mercato e che il loro valore di mercato è la comprovata effettività. La libertà di scelta può coerentemente preservarci da un paternalismo nocivo solo a patto di considerare le politiche pubbliche entro un contesto competitivo che le seleziona mettendole sul mercato della

competizione democratica – meglio, post-democratica: reddito di cittadinanza oppure politiche di incentivazione al lavoro precario? Vaccini obbligatori o facoltativi? *Nudging* sanitario oppure coercizione? Donazione degli organi su base consensuale o *by default*? Finanziamenti alle scuole o valutazione e *ranking* degli istituti scolastici? Non vince solo la politica che risponde alle esigenze del mercato e ai condizionamenti economici, ma quella che meglio intercetta e sfrutta le tendenze comportamentali dei soggetti cui è destinata, le loro propensioni a riflettere oppure ad agire per inerzia, a lasciarsi persuadere, influenzare, manipolare, o piegare al diktat della necessità economica.

Il concetto è ben espresso dai due autori quando scrivono che occorre sfatare il mito della libertà di scelta e svelare la falsità della tesi che «si possa evitare di influenzare le scelte individuali». Infatti, «in molte situazioni [...] non c'è modo di evitare di pungolare in una direzione o nell'altra, [...] e questi pungoli influiscono sulle scelte individuali»⁶⁴. È l'ovvia conseguenza del fatto che tali strategie non hanno lo scopo di correggere i nostri errori di ragionamento bensì di sfruttarli⁶⁵: l'interferenza con l'autonomia decisionale è il loro requisito fondamentale⁶⁶.

I due autori lo dichiarano apertamente: la libertà di scelta non è autonomia *tout court*, bensì, nei nostri termini, libertà “vigilata”, coordinata dall'esterno e dall'alto, indirizzata là dove conviene concentrare le scelte individuali di soggetti di scelta limitati e fallaci. La “gabbia” del *nudge* è, pertanto, la sua intima razionalità governamentale; ed è ineluttabile, al punto che Sunstein può scrivere, senza bisogno di spiegarlo, che «[I] *nudging* è con noi dall'inizio dei tempi»⁶⁷; che persino il serpente nell'eden ha agito presso Adamo

⁶⁴ Thaler, Sunstein, *Nudge*, cit., p. 16.

⁶⁵ Cfr. Ashcroft, *Personal Financial Incentives in Health Promotion*, cit.; Le Grand e New, *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend*, cit., p. 141.

⁶⁶ Cfr. par. 9, cap. 6, *supra*.

⁶⁷ «Nudging has been with us from the beginning of time»: C.R. Sunstein, “Introduction. The Economics of Nudge”, in C.R. Sunstein, L.A. Reisch (eds.), *The Economics of Nudge. Critical Concepts in Economics*. Vol. I: *The Basics*, Routledge, London, 2017, p. 1.

ed Eva come un *nudger* tentatore; e che la Bibbia è piena di spinte gentili⁶⁸ – guarda caso, cattive. Più sobriamente, ma in un modo non meno preoccupante, Thaler ha scritto che «[è] tempo per tutti – dagli economisti ai burocrati agli insegnanti e ai capi delle grandi imprese – di riconoscere che viviamo in un mondo di Human e di adottare nel lavoro e nella vita lo stesso approccio basato sui dati [sperimentali] che è proprio dei buoni scienziati»⁶⁹; e che «il 99 per cento del lavoro è svolto dall'architettura della scelta»⁷⁰. Per coloro che non lo riconoscono, perché sono rimasti «ostinatamente aggrappati a un mondo immaginario, consistente solo di Econ» e al sogno di una libertà liberale «non vincolata», il destino è segnato: alla fine, «invece di agitare la mano invisibile, sventoleranno una bandiera bianca»⁷¹.

È ovvio che per questi autori le strategie votate alla trasparenza democratica e all'autonomia decisionale non hanno mostrato gli stessi esiti – né li otterrebbero in futuro – in termini di prevedibilità e controllo preventivo dei comportamenti, e per di più richiederebbero uno sforzo di giustificazione morale e politica⁷², col rischio di essere contestate e di vedere inevitabilmente ridotta la loro efficacia⁷³. Meglio ragionare in termini sistemici e considerare il mercato delle politiche come una porzione del più ampio mercato economico, accettando di vedere nelle strategie di governo indirette non dei meccanismi il cui punto di applicazione è il soggetto individuale e la sua condotta, ma, come si è già detto, lo spazio sociale e collettivo nel suo complesso. Questo è il motivo per cui il governo utilitaristico degli interessi – di cui il *nudging* è una manifestazione, un'attualizzazione tra altre possibili – ci è apparso come una «catena invisibile»

⁶⁸ È tutto vero: cfr. *ibidem*. L'autore afferma nel seguito che la teologia da un lato e gli psicologi sociali dall'altro si sono a lungo interrogati per capire se e come le piccole differenze nel contesto sociale (della scelta) possono produrre differenze imponenti negli effetti sociali.

⁶⁹ Thaler, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, cit., p. 421.

⁷⁰ Ivi, p. 424.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Cfr. Bovens, "The Ethics of Nudge", cit.; Oliver, *Behavioural Public Policy*, cit.

⁷³ Cfr. Sunstein, *Nudging and Choice Architecture*, cit., pp. 45-46.

che lega ogni membro della società a qualunque altro membro, e i cui anelli vengono rinforzati dai meccanismi paternalistici, che rimangono comunque invisibili⁷⁴.

Il senso del paternalismo libertario è questo: non c'è nessuna aperta opposizione tra potere e libertà, ma un complesso gioco dialettico che si affida alle tattiche con cui gli individui governano (“liberamente”) se stessi entro un’architettura, e nella direzione, pensata da una fonte eteronoma che impedisce una reale autonomia di scelta. Le istituzioni spingono i soggetti verso i provvedimenti più efficaci, inducendoli a incatenare (in maniera invisibile) la realizzazione dei propri interessi agli interessi di tutti e di ciascuno.

⁷⁴ Come abbiamo visto nel par. 11 del cap. 6, *supra*, per Laval l'utilitarismo neoliberale di stampo benthamiano è «un potere che cerca di evitare l'azione repressiva dando forma ai desideri legittimi; un potere che [...] consiste solamente negli effetti calcolabili dei suoi meccanismi istituzionali»: Laval, “The Invisible Chain”, cit., p. 35.

BIBLIOGRAFIA

Aaken van A., "Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 83-114.

Aaken van A., "The Constitutional Limits of Nudging", Law and Economics Working Papers, n. 3, 2015, University of St. Gallen Law School.

Aaken van A., "Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment", in A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 161-196.

Abadie A., Gay S., "The Impact of Presumed Consent Legislation on Cadaveric Organ Donation: A Cross Country Study", *Journal of Health Economics*, 25, 4, 2006, pp. 599-620.

Adams T., "Nudge Economics: Has Push Come to Shove for a Fashionable Theory?", *The Guardian*, 1 giugno 2014, <https://www.theguardian.com/science/2014/jun/01/nudge-economics-freakonomics-daniel-kahneman-debunked>.

Adler M., "Bounded Rationality and Legal Scholarship", in M.D. White (ed.), *Theoretical Foundations of Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 137-162.

Alemanno A., "How Much Better Is Better Regulation? Assessing the Impact of the Better Regulation Package on the European Union – A Research Agenda", *European Journal of Risk Regulation*, 6, 3, 2015, pp. 344-356.

Alemanno A., "L'Union européenne et le nudging", *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 21-37.

Alemanno A. *et al.*, "Nudging Healthy Lifestyles—Informing Regulatory Governance with Behavioural Research", *European Journal of Risk Regulation*, 3, 1, 2012, pp. 17-25.

Alemanno A., Garde A. (eds.), *Regulating Lifestyles-Europe, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Alemanno A., Motterlini M., "Sburocratizzare l'Italia", *Il Sole 24 ore*, 9 marzo 2014.

Alemanno A., Sibony A.-L., "The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 1-25.

- Alemanno A., Sibony A.-L., “Epilogue: Future of EU Behavioural Policy-Making”, in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 325-347.
- Alemanno A., Spina A., “Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation”, *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2, 2014, pp. 429-456.
- Alexander J.K., *The Mantra of Efficiency. From Waterwheel to Social Control*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2008.
- Altichieri D., “Nudge – un’idea politica nuova (che piace a destra e a sinistra)”, *La Stampa*, 13 luglio 2008, http://chelseamia.corriere.it/2008/07/nudge_unidea_nuova_in_politica.html.
- Anand P., Grey A., “Obesity and Market Failure”, *Kyklos*, 62, 2, 2009, pp. 182-190.
- Anderson E., “What Is the Point of Equality?”, *Ethics*, 109, 2, 1999, pp. 287-337.
- Anderson J., “Review: *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*”, *Economics and Philosophy*, 26, 3, 2010, pp. 369-376.
- Anderson J., “Regimes of Autonomy”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 17, 3, 2014, pp. 355-368.
- Angner E., “Behavioral Welfare Economics, Libertarian Paternalism, and the Nudge Agenda”, GMU Working Paper in Economics, No. 15-29, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2580523>.
- Anscombe G.E.M., *Intention*, Harvard University Press, Cambridge, 1963.
- Ariely D., *Predictably Irrational: the Hidden Forces that Shape Our Decisions*, Harper Collins, New York, 2008.
- Arnaud A.-J., *Critique de la raison juridique. Vol. 2: Gouvernements sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris, 2003.
- Arnsperger C., Van Parijs P., *Quanta diseguaglianza possiamo accettare? Etica economica e sociale*, Il Mulino, Bologna, 2003 (ed. fr. *Éthique économique et sociale*, 2003).
- Arneson R.J., “Perfectionism and Politics”, *Ethics*, 111, 1, 2000, pp. 37-63.
- Arneson R.J., “Nudge and Shove”, *Social Theory and Practice*, 41, 4, 2015, pp. 668-691.
- Ashcroft R.E., “Personal Financial Incentives in Health Promotion: Where Do They Fit in an Ethic of Autonomy?”, *Health Expectations*, 14, 2, 2011, pp. 191-200.
- Baisch R., “Nudging: Information, Choice Architecture and Beyond” in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 217-246.
- Baldwin R., *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

- Baldwin R., "From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree", *The Modern Law Review*, 77, 6, 2014, pp. 831-857.
- Baldwin R., *Nudge: Three Degrees of Concern*, LSE Law - Policy Briefing Paper No. 7, 2015, https://eprints.lse.ac.uk/64049/1/Policy%20Briefing%207_2015.pdf.
- Baldwin R., Cave M., Lodge M., *Understanding Regulation. Theory, Strategy, Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Bardach E., Kagan R.A., *Going by the Book. Unreasonableness. A Twentieth Century Fund Report*, Temple University Press, Philadelphia, 1982.
- Bar-Gill O., *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Bar-Gill O., Ben-Shahar O., "Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law", *Common Market Law Review*, 50, 2013, pp. 109-126.
- Barnhill A., "What Is Manipulation?", in C. Coons, M. Weber (eds.), *Manipulation. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 51-72.
- Barnhill A., King K.F., Kass N., Faden R., "The Value of Unhealthy Eating and the Ethics of Healthy Eating Policies", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 24, 3, 2014, pp. 187-217.
- Baron M., "Manipulativeness", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 77, 2, 2003, pp. 37-54.
- Baroncelli F., "Lo stile parascientifico è la retorica più efficace", in Id., *Mi manda Platone*, Il Melangolo, Genova, 2009.
- Barr N., *Economics of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Barron A., "Foucault and Law", in J. Penner, D. Schiff, R. Nobles (eds.), *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 955-1034.
- Barton A., "Définition et éthique du paternalisme, partie I et II", *Implications philosophiques*, 2013, <http://www.implications-philosophiques.org/actualite/une/definition-et-ethique-du-paternalisme-libertarien/>.
- Barton A., Grüne-Yanoff, "From Libertarian Paternalism to Nudging – and Beyond", *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 341-359.
- Bartlett O., Garde A., "Time to Seize the (Red) Bull by the Horns: The EU's Failure to Protect Children from Alcohol and Unhealthy Food Marketing", *European Law Review*, 38, 4, 2013, pp. 498-520.
- Baumann P., "Handlung, Willensbildung und Macht", *Conceptus*, 72, 1995, pp. 21-42.

Baumol W.J., *Welfare Economics and the Theory of the State*, Longmans, Green & Co., London, 1952.

Bazerman M.H., Gino F., "Behavioural Ethics: Toward a Deeper Understanding of Moral Judgement and Dishonesty", *Annual Review of Law and Social Science*, 8, 2012, pp. 85-104.

Bazerman M.H., Tenbrunsel A.E., *Blind Spots: Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*, Princeton University Press, Princeton, 2011.

Beggs N., "Private-Sector Nudging: The Good, the Bad, and the Uncertain" in S. Abdulkadirov (ed.), *Nudge Theory in Action. Behavioral Design in Policy and Markets*, Palgrave Advanced, Cham, 2016, pp. 125-158.

Behavioural Insights Team, *Annual Update (2010-11)*, 2011, <https://www.gov.uk/government/publications/behavioural-insights-team-annual-update>.

Behavioural Insights Team, *Applying Behavioural Insights to Regulated Markets*, 26 maggio 2016, <http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2016/05/Applying-behavioural-insights-to-regulated-markets-final.pdf>.

Ben-Dor O., *Constitutional Limits and the Public Sphere: A Critical Study of Bentham's Constitutionalism*, Hart Publishing, Portland, 2000.

Benhold C., "The Ministry of Nudges", *The New York Times*, 7 dicembre 2013, <http://www.nytimes.com>.

Benjamin A., "David Halpern: 'We Try to Avoid Legislation and Ordering'", *The Guardian*, 5 febbraio 2013, <https://www.theguardian.com/society/2013/feb/05/david-halpern-government-nudge-unit>.

Benjamin D.J. *et al.*, "What Do You Think Would Make you Happier? What Do You Think You Would Choose?", *American Economic Review*, 102, 5, 2012, pp. 2083-2110.

Benn S.I., "Freedom, Autonomy and the Concept of a Person", *Proceedings of the Aristotelian Society - New Series*, 76, 1975-1976, pp. 109-130.

Benn S.I., *A Theory of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

Bennett M. *et al.*, "What Behavioural Economics Means for", *Competition Policy International*, 6, 1, 2010, pp. 111-137.

Ben Shahaar O., Schneider C.E., "The Failure of Mandated Disclosure", *University of Pennsylvania Law Review*, 159, 3, 2011, pp. 647-749.

Ben Shahaar O., Schneider C.E., *More than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

Bentham J., *Of Laws in General*, ed. H.L.A. Hart, Athlone Press, London, 1970.

- Bentham J., *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, eds. J.H. Burns, H.L.A. Hart, The Athlone Press, London, 1977.
- Bentham J., *Constitutional Code: Volume I*, eds. F. Rosen, J.H. Burns, Clarendon Press, Oxford, 1983 (ed. or. 1843).
- Bentham J., *Deontology*, in Id., *Deontology Together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, ed. A. Goldworth, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 117-281 (ed. or. 1834).
- Bentham J., *Securities against Misrule and Other Consitutional Writings for Tripoli and Greece*, eds. F. Rosen, P. Schofield, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Bentham J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, UTET, Torino, 1998 (ed. ing. *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789).
- Bentham J., *La table de ressorts de l'action*, Traduction, notes et introduction J.-P. Cléro, L'Unebévue éditeur, Paris, 2008 (ed. or. 1817).
- Bentham J., *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ed. P. Schofield, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Bentham J., *Traité de législation civile et pénale*, rist. an. dell'edizione del 1802, Dalloz, Paris 2010.
- Bentham J., *Selected Writings of Jeremy Bentham*, ed. S.G. Engelmann, Yale University Press, New Haven, 2011.
- Berg N., Gigerenzer G., "As-if Behavioral Economics: Neoclassical Economics in Disguise?", *History of Economic Ideas*, 18, 1, 2010, pp. 133-166.
- Berns W., "Law and Behavioral Science", *Law and Contemporary Problems*, 28, 1, 1963, pp. 185-212.
- Berofsky B., *Liberation from Self. A Theory of Personal Autonomy*, Cambridge University Press, New York, 1995.
- Binmore K., "Why Experiment in Economics?", *Economic Journal*, 109, 453, 1, 1999, pp. 16-24.
- Binmore K. – Shaked A., "Experimental Economics: Where Next?", *Journal of Economic Behavior & Organization*, 73, 2010, pp. 87-100.
- Black J., "Forms and Paradoxes of Principles-based Regulation", *Capital Markets Law Journal*, 3, 4, 2008, pp. 425-457.
- Blumenthal-Barby J.S., "Between Reason and Coercion: Ethically Permissible Influence in Health Care and Health Policy Contexts", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 22, 4, 2012, pp. 345-366.
- Blumenthal-Barby J.S., "Choice Architecture: A Mechanism for Improving Decisions while Preserving Liberty?", in C. Coons, M. Weber (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 178-197.

Blumenthal-Barby J.S., Burroughs H., "Seeking Better Health Care Outcomes: The Ethics of Using the 'Nudge'", *American Journal of Bioethics*, 12, 2, 2012, pp. 1-10.

Blumenthal-Barby J.S., Opel D.J., "Nudge or Grudge? Choice Architecture and Parental Decision-Making", *Hastings Center Report*, 48, 2, 2018, pp. 33-39.

Bonitto-Donato C., "La question des normes chez Hume ou comment la convention devient valeur", in B. Frydman, A. van Waeyenberge (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 279-304.

Boniolo G., Rebba, V., "Cancer, Obesity, and Legitimation of Suggested Lifestyles: A Libertarian Paternalism Approach", *ecancer*, 9, 588, 2015, <https://ecancer.org/journal/9/full/588-cancer-obesity-and-legitimation-of-suggested-lifestyles-a-libertarian-paternalism-approach.php>.

Bovens L., "The Ethics of Nudge", in T. Grüne-Yanoff, S.O. Hansson (eds.), *Preference Change. Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 206-219.

Bovens L., "Real Nudge", *European Journal of Risk Regulation*, 3, 1, 2012, pp. 43-46.

Bozzo-Rey M., *Le statut du principe d'utilité dans la philosophie politique de Jeremy Bentham*, PhD Dissertation, Paris-Ouest-Nanterre-La Défense University, 2007.

Bozzo-Rey M., "Le droit comme système de contrôle social. La question des normes chez Bentham et Foucault", *Revue d'études benthamiennes*, 8, 2011, pp. 1-10, <https://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/295>.

Bozzo-Rey M., "La transparence chez Jeremy Bentham: de l'invisibilité d'un concept à sa publicité", *The Tocqueville Review*, 32, 1, 2011, pp. 89-111.

Bozzo-Rey M., Brunon-Ernst A., Van Waeyenberge A., "Nudges: Better Choices? Introduction", *The Tocqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 7-20.

Bozzo-Rey M., "Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements: le cas de la législation indirecte et des nudges", *The Tocqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 123-157.

Bozzo-Rey M., "Indirect Legislation: It is just a Question of Time", *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 106-121.

Bozzo-Rey M., Brunon-Ernst A. (sous la direction de), *Nudges et normativités. Généalogie, concepts et applications* Hermann, Paris, 2018.

Bozzo-Rey M., Brunon-Ernst A., "Introduction", in M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, Hermann, Paris, 2018, pp. 11-14.

Bozzo-Rey M., Tusseau G. (sous la direction de), *Bentham juriste*, Economica, Paris, 2011.

- Brandstätter E., Gigerenzer G., Hertwig R., “Risky Choice with Heuristics: Reply to Birnbaum (2008), Johnson, Schulte-Mecklenbeck, and Willemsen (2008), and Rieger and Wang (2008)”, *Psychological Review*, 115, 1, 2008, pp. 281-289.
- Brandt R., *A Theory of the Good and the Right*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- Brännmark J., Sahlin N.-E., “Ethical Theory and the Philosophy of Risk: First Thoughts”, *Journal of Risk Research*, 13, 2, 2010, pp. 149-161.
- Brase G.L., “Pictorial Representations in Statistical Reasoning”, *Applied Cognitive Science*, 23, 3, 2009, pp. 369-381.
- Bratman M., “Planning Agency, Autonomous Agency”, in J. Taylor (ed.), *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, pp. 33-57.
- Brink D.O., *Mill’s Progressive Principles*, Clarendon Press, Oxford, 2013.
- Brock D.W., “Paternalism and Autonomy”, *Ethics*, 98, 3, 1988, pp. 550-565.
- Broude T., “Behavioral International Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 2015, pp. 1099-1157.
- Brown D., “Review: *Why Nudge?*, by Cass R. Sunstein”, *Financial Times*, 4 maggio 2014, <http://www.ft.com>.
- Brown, W., *Undoing the Demos: Neoliberalism’s Stealth Revolution*, Zone Boos, New York, 2015.
- Brownsword R., “Comparatively Speaking: ‘Law in Its Regulatory Environment’”, in M. Adams, D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark van Hoecke*, Hart, Oxford, 2014, pp. 189-205.
- Bruno S., Frey S., Gallus J., “Beneficial and Exploitative Nudges”, in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 11-20.
- Brunon-Ernst A., *Délimiter la branche civile du droit: Bentham et la quête impossible*, in G. Tusseau, M. Bozzo-Rey (sous la direction de), *Bentham juriste*, Economica, Paris, 2011, pp. 177-200.
- Brunon-Ernst A. (ed.), *Beyond Foucault. New Perspectives on Bentham’s Panopticon*, Ashgate, Aldershot, 2012.
- Brunon-Ernst A., *Utilitarian Biopolitics: Bentham, Foucault and Modern Power*, Chatto and Pickering, London, 2012.
- Brunon-Ernst A., “Of the Limits of the Civil Branch of Jurisprudence: Background, definitions and limits of Bentham’s discussion on civil law in *Limits*”, in G. Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy*

Bentham: Essays on "Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence", Routledge, London, 2014, pp. 117-128.

Brunon-Ernst A., "The Fallacy of Informed Consent: Linguistic Markers and Contractual Design in Some E-Users Agreements", *Alicante Journal of English Studies*, 28, 2015, pp. 37-58.

Brunon-Ernst A., "Le gouvernement des normes: Jeremy Bentham et les instruments de régulation post-modernes", *Archives de philosophie*, 78, 2, 2015, pp. 309-322.

Brunon-Ernst A., "Back to the Sources of Nudges", *The Toqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 99-122.

Brunon-Ernst A., "Nudges and the Limits of Appropriate Interference: From J. S. Mill's Harm Principle to Jeremy Bentham's Indirect Legislation", *Journal of European History of Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 53-69.

Brunon-Ernst A., Van Waeyenberge A., "Effects of the Open Method of Coordination (OMC) in Research and Innovation: Legislation in EU Policy-Making?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47, 1, 2015, pp. 22-38.

Bubb R., Pildes R., "How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why", *Harvard Law Review*, 127, 6, 2014, pp. 1563-1678.

Buss S., "Valuing Autonomy and Respecting Persons: Manipulation, Seduction, and the Basis of Moral Constraints", *Ethics*, 115, 2, 2005, pp. 195-235.

Calo R., "Code, Nudge, or Notice", *Iowa Law Review*, 99, 2, 2014, pp. 773-803.

Camerer C., Issacharoff S., Loewenstein G., O'Donoghue T., Rabin M., "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for 'Asymmetric Paternalism'", *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 3, 2003, pp. 1211-1254.

Camerer C.F., Loewenstein G., Rabin M., *Advances in Behavioral Economics*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

Carbonnier J., *Les phénomènes d'internormativité*, in Id., *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1979.

Carrolletal G., "Optimal Defaults and Active Decisions", *Quarterly Journal of Economics*, 124, 4, 2009, pp. 1639-1674.

Cartwright E., *Behavioral Economics*, Routledge, London, 2014 (seconda ed.).

Caruso S., *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze University Press, Firenze, 2012.

Cassese S., "Exploring the Legitimacy of Nudging", in A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 241-245.

- Cassese S., "Il futuro del diritto pubblico", *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2017, pp. 176-178.
- Chalabi M., "Does a Government Nudge Make Us Budge?", *The Guardian*, 12 novembre 2013, <http://www.theguardian.com>.
- Chambers J.R., Windschitl P.D., Suls J., "Egocentrism, Event Frequency, and Comparative Optimism: When What Happens Frequently Is 'More Likely to Happen to Me'", *Personality and Social Psychology Bulletin*, 29, 12, 2003, pp. 1343-1356.
- Chazel F., Commaille J., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991.
- Chetty R. et al., "Active vs. Passive Decisions and Crowdout in Retirement Savings Accounts: Evidence from Denmark", *The Quarterly Journal of Economics*, 129, 3, 2014, pp. 1141-1219.
- Chevallier J., *L'état post-moderne*, LGDJ, Paris, 2008.
- Chevallier J., "Les nudges dans la modernisation de l'action publique", in M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, Hermann, Paris, 2018, pp. 227-237.
- Christman C., *The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Childress J.F., *Who Should Decide? Paternalism in Health Care*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1982.
- Cholbi M., "Kantian Paternalism and Suicide Intervention", in C. Coons, M. Weber (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 115-133.
- Cialdini R.B., "Crafting Normative Messages to Protect the Environment", *Current Directions in Psychological Science*, 12, 4, 2003, pp. 105-109.
- Ciriolo E., "Behavioral Economics at the European Commission: Past, Present and Future", *Oxera Agenda*, 2011, <https://www.oxera.com/agenda/behavioural-economics-in-the-european-commission-past-present-and-future/>.
- Clam J., Martin G., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998.
- Coase R.H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1-44.
- Cohen S., "Nudging and Informed Consent", *The American Journal of Bioethics*, 13, 6, 2013, pp. 3-11.
- Conly S., *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Conly S., "When Freedom of Choice Doesn't Matter", *The Toqueville Re-*

view, 73, 1, 2016, pp. 39-58.

Coons C., Weber M. (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Coons C., Weber M., "Introduction: Paternalism – Issues and Trends", in C. Coons, M. Weber (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 1-24.

Coote A., "The Wisdom of Prevention", The New Economics Foundation, London, 2012, http://b3cdn.net/nefoundation/b8278023a5b025649f_5zm6i2btg.pdf.

Coote A., *Prevention Rather Than Cure, Making the Case for Choosing Health*, King's Fund, London, 2004.

Cottrell P., Trubek D., "Law as Problem Solving: Standards, Networks, Experimentation, and Deliberation in Global Space", *Transnational Law and Contemporary Problems*, 21, 2012, p. 359-393.

Cowey J., "A Meta-analysis of the Effects of Presenting Treatment Benefits in Different Formats", *Medical Decision Making*, 27, 2007, pp. 638-654.

Cserne P., *Freedom of Contract and Paternalism*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012.

Cserne P., "Is Nudging Extra-Legal?", *The Tocqueville Review*, 37, 1, 2016, pp. 159-180.

Cserne P., "Making-Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law's Learning from Behavioural Sciences", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 279-300.

Cuono M., Sau R., "Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale", *Meridiana*, 79, 2014, pp. 29-46.

Dardot P., Laval C., *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013 (ed. fr. *La nouvelle raison du monde*, 2010).

Darwall S., *Honor, History, and Relationship: Essays in Second-Personal Ethics. II*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Davies W., *The Limits of Neoliberalism: Authority, Sovereignty and the Logic of Competition*, Sage, London, 2014.

Dean M., *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2010.

De Carolis M., *Il rovescio della libertà*, Quodlibet, Macerata, 2017.

De Vries K., van Dijk N., "A Bump in the Road: Ruling out Law from Technology", in M. Hildebrandt, J. Gaakeer (eds.), *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Springer, Berlin, 2013, pp. 89-121.

- Diciotti E., "Preferenze, autonomia e paternalismo", *Ragion Pratica*, 24, 1, 2005, pp. 99-118.
- Di Porto F, Rangone N., "Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Policymakers", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 29-60.
- Dobelli R., *Arrêtez de vous tromper: 52 erreurs de jugement qu'il vaut mieux laisser aux autres...*, Eyrolles, Paris, 2012.
- Dobson A., *Sustainability Citizenship*, Green House, Weymouth, 2011.
- Donegani J.-M., "Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme?", *Raisons Politiques*, 44, 2011, pp. 5-13.
- Donegani J.-M., Januait A. (sous la direction de), *Paternalisme libéral, Raisons Politiques*, 44, 2011.
- Donner W., *The Liberal Self: John Stuart Mill's Moral and Political Philosophy*, Cornell University Press, Ithaca, 1991.
- Dufló E., Banerjee A.V., *L'economia dei poveri*, Feltrinelli, Milano, 2012 (ed. ing. *Poor Economics*, 2011).
- Dunlop C.A., Radaelli C.M., "Overcoming Illusion of Control: How to nudge and Teach Regulatory Humility", in in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 139-160.
- Dworkin G., "Paternalism", *The Monist*, 56, 1, 1972, pp. 64-84.
- Dworkin G., "Paternalism", in R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1983, pp. 19-34.
- Dworkin G., "Paternalism. Some Second Thoughts", in R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1983, pp. 105-112.
- Dworkin G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Dworkin G., "Harmless Wrongdoing", in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 189-205.
- Dworkin G., "Lying and Nudging", *Journal of Medical Ethics*, 39, 8, 2013, pp. 496-497.
- Dworkin G., "Moral Paternalism", *Law and Philosophy*, 2005, 3, 24, pp. 319-305.
- Dworkin G., "Paternalism", in N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>.
- Ehrlich I., Posner R., "An Economic Analysis of Legal Rule-Making", *The Journal of Legal Studies*, 3, 1, 1974, pp. 257-286.
- Elster J., *Uva acerba: versioni non ortodosse della razionalità*, Feltrinelli, Mi-

lano 1989 (ed. ing. *Sour Grapes*, 1983).

Engelen B., “Les concepts d'autonomie et de rationalité dans la théorie des ‘nudges’”, in M. Bozzo Rey, A. Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, Hermann, Paris, 2018, pp. 147-173.

Engelmann S.G., “‘Indirect Legislation’: Bentham’s Liberal Government”, *Polity*, 35, 3, 2003, pp. 369-388.

Engelmann S.G., “Mill, Bentham, and the Art and Science of Government”, *Revue d'études benthamiennes*, 4, 2008, pp. 1-14, <https://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/178>.

Engelmann S.G., “Neoliberalism”, in M. Gibbons (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*, Wiley Blackwell, Chichester, 2014, vol. 5.

Engelmann S.G., “Limits and Indirect Legislation”, in G. Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on “Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence”*, Routledge, London, 2014, pp. 308-319.

Engelmann S.G., “Nudging Bentham: Indirect Legislation as (Neo-)Liberal Politics”, *History of european Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 70-82.

Engelmann S.G., “Liberal Advocacy and Neo-liberal Rule: On McCloskey’s Ambivalence”, in R. Floud, S. Hejeebu, D. Mitch (eds.), *Humanism Challenges Materialism in Economics and Economic History*, The University of Chicago Press, Chicago, 2017, pp. 153-189.

Erta K. *et al.*, “Applying Behavioural Economics at the Financial Conduct Authority”, Occasional Paper 1, Financial Conduct Authority (UK), 2013, www.fca.org.uk/static/documents/occasional-papers/occasional-paper-1.pdf.

Esping-Andersen G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1999.

Esposito F., “Book Review of Nudge and the Law”, *Humana.Mente Journal of Philosophical Studies*, 28, 2015, pp. 267-269.

European Commission, *Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective*, novembre 2010, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/retail_investment_services_2010_en.pdf.

European Commission, *Working Group Report on Transparency in EU Retail Energy Markets*, 2012, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2012111314_citizen_forum_meeting_working_group_report.pdf.

Ewald F., “Norms, Discipline, and the Law”, *Representations*, 30, 1990, pp. 138-161.

Farrell H., Shalizi C., “‘Nudge’ Policies Are Another Name for Coercion”, *New Scientist*, 26 novembre 2011, <https://www.newscientist.com/article/mg21228376-500-nudge-policies-are-another-name-for-coercion/>.

- Fateh-Moghadam B., Gutmann T., "Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of 'Soft Paternalism'", *Ethical Theory and Moral Practice*, 17, 3, 2014, pp. 383-397.
- Fehr E., Schmidt K.M., "The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence And New Theories", in S.-C. Kolm, J.M. Ythier (eds.), *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity*, Elsevier, Dordrecht, 2006, vol. 1, pp. 615-691.
- Feinberg, "Legal Paternalism", in R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1983, pp. 3-18.
- Feinberg J., *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- Feinberg J., *Filosofia sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1996 (ed. ing. *Social Philosophy*, 1973).
- Feldman R., *The Role of Science in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Feldman Y., Lobel O., "Behavioural Trade-offs: Beyond the Land of Nudges Spans the World of Law and Psychology", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 301-324.
- Fellner G. et al., "Testing Enforcement Strategies in the Field: Threat, Moral Appeal and Social Information", *Journal of the European Economic Association*, 11, 3, 2013, pp. 634-660.
- Felsen N.C., Reiner P.B., "Decisional Enhancement and Autonomy: Public Attitudes towards Overt and Covert Nudges", *Judgment and Decision Making*, 8, 3, 2013, pp. 202-213.
- Finucane M.L. et al., "The Affect Heuristic in Judgments of Risks and Benefits", *Journal of Behavioral Decision Making*, 13, 1, 2000, pp. 1-17.
- Flanagan O., *Varieties of Moral Personality: Ethics and Psychological Realism*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- Flanagan O., "Ethics Naturalized: Ethics as Human Ecology", in Id., *Self-Expressions. Mind, Morals, and the Meaning of Life*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 117-141.
- Flanagan O., Sarkissian H., Wong D., "Naturalizing Ethics", in W. Sinnott Armstrong (ed.), *Moral Psychology. Volume 1: The Evolution of Morality: Adaptations and Innateness*, MIT Press, Cambridge, 2008, pp. 1-25.
- Foucault M., "Nietzsche, la genealogia, la storia", in Id., *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977, pp. 29-54 (ed. fr. *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, 1971).
- Foucault M., "Conversazioni sulla prigione: il libro ed il suo metodo", in Id., *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977, pp. 119-136 (ed. fr. *Entretien sur la prison: le livre et sa méthode*, 1975).

Foucault M., "Domande a Michel Foucault sulla geografia", in Id., *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977, pp. 148-161 (ed. fr. *Questions à Michel Foucault sur la géographie*, 1976).

Foucault M., "Corso del 14 gennaio 1976", in Id., *Microfisica del potere*, a cura di A. Fontana, P. Pasquino, Einaudi, Torino, 1977, pp. 163-177.

Foucault M., *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1978 (ed. fr. *Surveiller et punir*, 1975).

Foucault M., "Le maglie del potere", in *Archivio Foucault* 3, Feltrinelli, Milano, 1988, pp. 155-172 (ed. port. *As Malhas do poder*, 1981-1982).

Foucault M., "Il soggetto e il potere", in H.L. Dreyfus, P. Rabinow, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1989, pp. 237-254 (ed. ing. *The Subject and Power*, 1982).

Foucault M., "Questions of Method", in J. Faubion (ed.), *The Essential Works of Michel Foucault 1954-1984*, Vol. III: *Power*, Penguin Books, London, 2002 (ed. or. 1980).

Foucault M., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979*, Feltrinelli, Milano 2007 (ed. fr. *Naissance de la biopolitique*, 2004).

Frey R.G., "Rights, Interests, Desires, and Beliefs", *American Philosophical Quarterly*, 16, 3, 1979, pp. 233-239.

Frankfurt H.G., *The Importance of What We Care about. Philosophical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

Franzini M., "Il paternalismo liberale, i *nudge* e la politica economica", *Meridiana*, 79, 2014, pp. 71-84.

Frison-Roche M.-A., "Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique", *Revue trimestrielle de droit civil*, 97, 1, 1998, pp. 43-56.

Frydman B., "Prendre les standards et les indicateurs au sérieux", in B. Frydman, A. van Waeyenberge (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 5-65.

Frydman B., van Waeyenberge A. (sous la direction de), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

Fuller L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Heaven, 1964.

Fuller L., "Human Interaction and the Law", in Id., *The Principles of Social Order*, ed. K.I. Winston, Hart, Oxford, 2001.

Fuller L., "The Lawyer as an Architect of Social Structures", Id., *The Principles of Social Order*, ed. K.I. Winston, Hart, Oxford, 2001.

Fuller L., "Legal Philosophy, Education, and Practice", in Id., *The Principles of Social Order*, ed. K.I. Winston, Hart, Oxford, 2001.

- Fuller L., "Means and Ends", Id., *The Principles of Social Order*, ed. K.I. Winston, Hart, Oxford, 2001.
- Fuller L., "On Legal Education", in Id., *The Principles of Social Order*, ed. K.I. Winston, Hart, Oxford, 2001.
- Fung A., Graham M., Weil D., *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Galletti M., "Spinte gentili e consenso informato. Qual è il 'bene' del paziente?", *Mefisto. Rivista di medicina, filosofia, storia*, 2, 1, 2018, pp. 75-89.
- Gelfand S.D., "The Meta-Nudge – A Response to the Claim That the Use of Nudges During the Informed Consent Process is Unavoidable", *Bioethics*, 20, 8, 2016, pp. 601-608.
- Gelinas L., "Frames, Choice-Reversal, and Consent", *Ethical Theory and Moral Practice*, 18, 5, 2015, pp. 1049-1057.
- Giacomini G., "Promuovere la felicità? Il paternalismo alla luce delle nuove scienze delle decisioni", *Notizie di Politeia*, 28, 107, 2012, pp. 68-78.
- Giacomini G., "Libertà et/aut Paternalismo. Fra teoria filosofica e pratica politica", *Working Paper-LPF*, 4, 2013, pp. 1-16.
- Gigerenzer G., *Quando i numeri ingannano. Imparare a vivere con l'incertezza*, Raffaello Cortina, Milano, 2003 (ed. ing. *Calculated Risks*, 2003).
- Gigerenzer, "Heuristics", in G. Gigerenzer, C. Engel (eds.), *Heuristics and the Law*, The MIT Press, Cambridge, 2006, pp. 17-44.
- Gigerenzer G., *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Raffaello Cortina, Milano, 2009 (ed. ing. *Gut Feelings*, 2007).
- Gigerenzer G., *Risk Savvy: How to Make Good Decisions*, Penguin Group, New York, 2014.
- Gigerenzer G., "On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism", *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 361-383.
- Gigerenzer G. et al., "Helping Doctors and Patients Make Sense of Health Statistics", *Psychological Science and Public Interest*, 8, 2, 2007, pp. 53-96.
- Gigerenzer G., Brighton H., "Homo Euristicus: Why Biased Minds", *Topics in Cognitive Science*, 1, 1, 2009, pp. 107-143.
- Gigerenzer G., Sturm T., "How (Far) Can Rationality Be Naturalized?", *Synthese*, 187, 1, 2012, pp. 243-268.
- Gigerenzer G., Todd P.M., "Ecological Rationality: The Normative Study of Heuristics", in Id. (eds.), *Ecological Rationality: Intelligence in the World*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 487-497.
- Gilling D., *Crime Prevention. Theory, Policy and Politics*, Routledge, London, 1997.

- Gilovich T., Griffin D., "Introduction - Heuristics and Biases: Then and Now", in T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman (eds.), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 1-18.
- Glaeser E., "Paternalism and Psychology", *The University of Chicago Law Review*, 73, 1, 2006, pp. 133-156.
- Gless E., "Le nudge marketing ou comment vendre sans contraindre", *L'Express*, 16 luglio 2013, <http://lentreprise.lexpress.fr>.
- Glod W., "How Nudges Often Fail to Treat People According to Their Own Preferences", *Social Theory and Practice*, 41, 4, 2015, pp. 599-617.
- Goldstein D.G. et al., "Nudge Your Customers towards Better Choices", *Harvard Business Review*, 86, 12, 2008, pp. 99-106.
- Goodwin T., "Why We Should Reject 'Nudge'", *Politics*, 32, 2, 2012, pp. 85-92.
- Gorin M., "Do Manipulators Always Threaten Rationality?", *American Philosophical Quarterly*, 51, 1, 2014, pp. 51-61.
- Gorin M., "Towards a Theory of Interpersonal Manipulation", in C. Coons, M. Weber (eds.), *Manipulation. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 73-97.
- Gorin M., Joffe S., Dickert N., Halpern S., "Justifying Clinical Nudges", *Hastings Center Report*, 47, 2, 2017, pp. 32-38.
- Gough I., "The Political Economy of Prevention", *British Journal of Political Science*, 45, 2, 2015, pp. 307-327.
- Graeber D., *Burocrazia. Perché le regole ci perseguitano e perché ci rendono felici*, il Saggiatore, Milano, 2016 (ed. ing. *The Utopia of Rules*, 2015).
- Greenspan P., "The Problem with Manipulation", *American Philosophical Quarterly*, 40, 2, 2003, pp. 155-164.
- Griffin J., *Well-Being. Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Grill K., "Respect for What? Choices, Actual Preferences, and True Preferences", *Social Theory and Practice*, 41, 4, 2015, pp. 692-715.
- Gros F., Lorenzini D., Revel A., Sforzini A. (sous la direction de), *Les néolibéralismes de Michel Foucault, Raisons Politiques*, 52, 2013-2014.
- Grüne-Yanoff T., "Old Wine in New Casks: Libertarian Paternalism Still Violates Liberal Principles", *Social Choice and Welfare*, 38, 4, 2012, pp. 635-645.
- Grüne-Yanoff T., "Why Behavioural Policy Needs Mechanistic Evidence", *Economy and Philosophy*, 32, 3, 2016, pp. 463-483.
- Grüne-Yanoff T., Hansson S.O. (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Dordrecht, London, Springer, 2009.

- Grüne-Yanoff T., Hertwig R., "Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?", *Minds & Machines*, 26, 1-2, 2016, pp. 149-183.
- Hagman W. et al., "Public Views on Policies Involving Nudges", *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 439-453.
- Hallsworth M. et al., "Stating Appointment Costs in SMS Reminders Reduces Missed Hospital Appointments: Findings from Two Randomised Controlled Trials", *PLoS One*, 10, 9, 2015, pp. 1-14.
- Hallsworth M. et al., "The Behavioralist as Tax Collector: Using Natural Field Experiments to Enhance Tax Compliance", *Journal of Public Economics*, 148, 2017, pp. 14-31.
- Halpern D., *Inside the Nudge Unit: How Small Changes Can Make a Big Difference*, Allen, London, 2015.
- Halpern D. et al., "Default Options in Advance Directives Influence How Patients Set Goals for End-Of-Life Care", *Health Affairs*, 32, 2, 2013, pp. 408-415.
- Hanna J., "Consent and the Problem of Framing Effects", *Ethical Theory and Moral Practice*, 14, 5, 2011, pp. 517-531.
- Hanna J., "Libertarian Paternalism, Manipulation, and the Shaping of Preferences", *Social Theory and Practice*, 41, 4, 2015, pp. 618-643.
- Hansen P.G., "The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?", *European Journal of Risk Regulation*, 7, 1, 2016, pp. 155-174.
- Hansen P.G., Jespersen A.M., "Nudge and the Manipulation of Choice. A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy", *European Journal of Risk Regulation*, 4, 1, 2013, pp. 3-28.
- Hargreaves-Heap S., "Behavioural Public Policy: The Constitutional Approach", *Behavioural Public Policy*, 1, 2, 2017, pp. 252-265.
- Harrison R., *Bentham*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983.
- Harsanyi J.C., *Moralità e teoria del comportamento razionale*, in A. Sen, B. Williams (a cura di), *Utilitarismo e oltre*, Il Saggiatore, Milano, 1984, pp. 51-80 (ed. ing. *Morality and the Theory of Rational Behaviour*, 1982).
- Hart H.L.A., *Essays on Bentham: Studies on Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012 (terza ed.).
- Hasnas J., "Some Noodging about Nudging: Four Questions about Libertarian Paternalism", *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 14, 2016, pp. 645-662.

Hausman D.M., “Consequentialism and Preference Formation in Economics and Game Theory”, in S. Olsaretti (ed.), *Preferences and Well-Being*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 111-129.

Hausman D.M., Welch B., “To Nudge or Not to Nudge”, *The Journal of Political Philosophy*, 18, 1, 2010, pp. 123-136.

Hayden G., Ellis S., “Law and Economics after Behavioral Economics”, *The University of Kansas Law Review*, 55, 2007, pp. 629-675.

Haynes L. *et al.*, “Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials”, Cabinet Office and Behavioural Insights Team, 2012, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/62529/TLA-1906126.pdf.

Haynes L., Green D.P., Gallagher R., John P., Tolgerson D.J., “Collection of Delinquent Fines. An Adaptive Randomized Trial To Assess the Effectiveness of Alternative Text Messages”, *Journal of Politics Analysis and Management*, 32, 2013, pp. 718-730.

Healy P.J., Moore D.A., “The Trouble with Overconfidence”, *Psychological Review*, 115, 2008, pp. 502-517.

Heath J., “Three Models of the Welfare State”, *Public Reason*, 3, 2, 2011, pp. 13-43.

Heath J., *Morality, Competition and The Firm: A Market Failures Approach to Business Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Heinig H.M., “Autonomy vs. Technocracy. Libertarian Paternalism Revisited”, in A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 219-227.

Heller S.B., Shuah A.K., Guryan J., Ludwig J., Mullainathan S., Pollack H.A., “Thinking Fast and Slow? Some Field Experiments to Reduce Crime and Dropout in Chicago”, *Quarterly Journal of Economics*, 132, 1, 2017, pp. 1-54.

Helleringer G., “Designing Disclosures. Testing the Efficacy of Disclosure in Retail Investment Advice”, in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 153-167.

Hertwig R., “When To Consider Boosting. Some Rules for Policymakers”, *Behavioural Public Policy*, 1, 2, 2017, pp. 143-161.

Hertwig R., Grüne-Yanoff T., “Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions”, *Perspectives on Psychological Science*, 12, 6, 2017, pp. 1-14.

Hill C.A., “Anti-anti-anti-paternalism”, *New York University Journal of Law & Liberty*, 2, 3, 2007, pp. 444-454.

Hobbes T., *De Cive*, Editori Riuniti, Roma, 1992 (ed. lat. 1642).

- Hobbes T., *Leviatano*, Laterza. Roma-Bari, 1996 (ed. ing. *Leviathan*, 1651).
- Holm S., "Authenticity, Best Interest, and Clinical Nudging", *Hastings Center Report*, 47, 2, 2017, pp. 39-40.
- Hood C., Rothstein H., Baldwin R., *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- House of Commons Health Committee, *Public Health, vol. 1: Report, Together with Formal Minutes*, 19 ottobre 2011, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmhealth/1048/1048.pdf>
- Hume L.J., *Bentham and Bureaucracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.
- Husak D., "The Folly of Categorization: Why Nudges Are Even More Defensible than Their Advocates Suppose", *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 14, 2016, pp. 983-702.
- Isabelle I., "Balises conceptuelles autour des notions de sources du droit, force normative et soft law", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 65, 2, 2010, pp. 1-64.
- Jackman M.R., *The Velvet Glove. Paternalism and Conflict in Gender, Class and Race Relations*, University of California Press, Los Angeles, 1994.
- John P., *Nudge, Nudge, Think, Think*, Bloomsbury Academic, London, 2013.
- John P., Smith G., Stoker G., "Nudge Nudge, Think Think: Two Strategies for Changing Civic Behaviour", *The Political Quarterly*, 80, 3, 2009, pp. 361-370.
- John P., Stoker G., "From Nudge to Nudge Plus: The Future of Behavioural Policy", <https://www.governanceinstitute.edu.au/magma/media/upload/ckeditor/files/From%20nudge%20to%20nudge%20plus%20behavioural%20public%20policy%20for%20a%20self-guiding%20society.pdf>.
- John P., *How Far to Nudge? Assessing Behavioural Public Policy*, E. Elgar, Cheltenham, 2018.
- Johnson E.J., Goldstein D., "Do Defaults Save Lives?", *Science*, 302, 5649, 2003, pp. 1338-1339.
- Johnson E.J., Goldstein D., "Decisions By Default", in E. Shafir (ed.), *Behavioural Foundation of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton, 2013, pp. 417-427.
- Johnson E.J. et al., "Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions", *Journal of Risk and Uncertainty*, 7, 1, 1993, pp. 35-51.
- Johnson E.J. et al., "Beyond Nudges: Tools of a Choice Architecture", *Marketing Letters*, 23, 2, 2012, pp. 487-504.
- Jolls C., Sunstein C.R., "Debiasing through Law", *Journal of Legal Studies*, 35, 1, 2006, pp. 199-241.
- Jolls C., Sunstein C.R., Thaler R., "A Behavioral Approach to Law and Eco-

- nomics”, *Stanford Law Review*, 50, 5, 1998, pp. 1471-1550.
- Jones B., *Politics and the Architecture of Choice*, University of Chicago Press, Chicago, 2001.
- Jones R., Pykett J., Whitehead M., *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, Elgar, Cheltenham, 2013.
- Joule R.-V., Beauvois J.-L., *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 2014.
- Jung, J.Y., Mellers B.A., “American Attitudes toward Nudges”, *Judgment and Decision Making*, 11, 1, 2016, pp. 62-74.
- Kahneman D., “Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics”, *The American Economic Review*, 93, 5, 2003, pp. 1449-1475.
- Kahneman D., *Thinking. Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, London, 2011.
- Kahneman D., “Foreword”, in E. Shafir (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton, 2012.
- Kahneman D., “Foreword”, in S. Mullainathan, E. Shafir, *Scarcity. Why Having Too Little Means So Much*, Times Books, New York, 2013.
- Kahneman D., Krueger A.B., “Developments in the Measurement of Subjective Well-Being”, *Journal of Economic Perspectives*, 20, 2006, pp. 2-24.
- Kahneman D., Tversky A., “Prospect Theory. An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica*, 47, 2, 1979, pp. 263-291.
- Kahneman D., Tversky A., Slovic P. (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.
- Kahneman D., Wakker P.P., Sarin R., “Back to Bentham? Explorations of Experienced Utility”, *Quarterly Journal of Economics*, 112, 1997, pp. 375-405.
- Kamtekar R., “Becoming Good: Narrow Dispositions and the Stability of Virtue”, in J. Annas, D. Narvaez, N.E. Snow (eds.), *Developing the Virtues. Integrating Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 184-203.
- Kant I., *Risposta alla domanda: Cos'è l'Illuminismo?*, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 45-52 (ed. ted. *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, 1783).
- Kant I., *Sul detto comune: Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la prassi*, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 123-161 (ed. ted. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1793).
- Kelly J.T., *Framing Democracy. A Behavioural Approach to Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton, 2012.
- Kelly J., *Utilitarianism and Distributive Justice: Jeremy Bentham and the Civil Law*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

- Kelly J., "Libertarian Paternalism, Utilitarianism and Justice", in C. Coons, M. Weber (eds.), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 216-230.
- Kemmerer A., Mollers C., Steinbeis M., Wagner G. (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016.
- Kirchler E., Muehlbacher S., Kastlunger B., Wahl I., "Why Pay Taxes? A Review of Tax Compliance Decisions", in J. Alm, J. Martinez-Vazquez, B. Torgler (eds.), *Developing Alternative Frameworks for Explaining Tax Compliance*, Routledge, London, 2010, pp. 16-31.
- Kirchschaeger P.G., "To What Extent Should the State Protect Human Beings from Themselves? An Analysis from a Human Rights Perspective", in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 59-67.
- Kleinig J., *Paternalism*, Rowman and Allanheld, Totowa, 1983.
- Korobkin R., "Libertarian Welfarism", *California Law Review*, 97, 6, 2009, pp. 1651-1685.
- Landemore H., *Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton University Press, Princeton, 2013.
- Landemore H., *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- Landes X., Néron P.Y., "Public Insurance and Equality: From Redistribution to Relation", *Res Publica*, 21, 2, 2015, pp. 137-154.
- Laudati A., "Salvare l'ambiente con un po' di gentilezza", *Il Corriere della Sera*, 4 dicembre 2015, <http://www.lastampa.it/2015/12/04/scienza/green-nudge-salvare-lambiente-con-un-po-di-gentilezza-fCNF0PUW4ZINy8uea6gcXJ/pagina.html>.
- Laurent É., *Le bel avenir de l'État-providence*, Ed. Les Liens qui Libèrent, Paris, 2014.
- Laval C., "'The Invisible Chain': Jeremy Bentham and Neo-liberalism", *History of European Ideas*, 43,1, 2017, pp. 34-52.
- Lebano A., "Note in margine a *Nudge. La spinta gentile* di Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler", *Biblioteca delle libertà*, 45, 197, 2010, pp. 1-4.
- Le Grand J., *Equity and Choice: An Essay in Economics and Applied Philosophy*, Routledge, London, 2002.
- Le Grand J., New B., *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend*, Princeton University Press, Princeton, 2015.
- Leenes R.E., "Framing Techno-Regulation: An Exploration of State and Non-State Regulation by Technology", *Legisprudence*, 5, 2011, pp. 143-169.

Lemaire S., “Nudges, information et manipulation”, in M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, Hermann, Paris, 2018, pp. 175-198.

Levitt S., Dubner S., *Freakonomics: A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*, William Morrow, New York, 2005.

Liebig G., Rommel J., “Active and Forced Choice for Overcoming Status Quo Bias: A Field Experiment on the Adoption of “No junk mail” Stickers in Berlin, Germany”, *Journal of Consumer Policy*, 37, 2014, pp. 423-435.

Lichtenberg J., “For Your Own Good: Informing, Nudging, Coercing”, *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, 14, 2016, pp. 663-682.

Lichtenstein S., Slovic P. (eds.), *The Construction of Preference*, Cambridge University Press, New York, 2006.

Lieberman D., *The Province of Legislation Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

Lieberman D., “Of the Limits and the Theory of Legislation”, G. Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on “Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence”*, Routledge, London, 2014, pp. 293-307.

Lissowska M., “Overview of Behavioural Economics Elements in the OECD Consumer Policy Toolkit”, *Journal of Consumer Policy*, 34, 3, 2011, pp. 393-398.

Lobel O., Amir O., “Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy”, *Columbia Law Review*, 108, 8, 2008, pp. 2098-2137.

Loewenstein G., “Out of Control: Visceral Influences on Behavior”, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 65, 1996, pp. 272-292.

Loewenstein G. et al., “Asymmetric Paternalism to Improve Health Behaviors”, *Journal of American Medical Association*, 298, 20, 2007, pp. 2415-2417.

Loewenstein G., Bryce C., Hagmann D., Rajpal S., “Warning: You Are about to Be Nudged”, *Behavioral Science & Policy*, 1, 1, 2015, pp. 35-42.

Lordon F., *Capitalismo, desiderio e servitù. Antropologia delle passioni nel lavoro contemporaneo*, DeriveApprodi, Roma, 2015 (ed. fr. *Capitalisme, désir et servitude*, 2010).

Lourenco J.S., Ciriolo E., Vieira de Almeida S.R.R., Troussard X., *Behavioural Insights Applied to Policy: Overview across 32 European Countries*, European Report 2016, <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC100146>.

Luebbe-Wolff G., “Constitutional Limits to Health-Related Nudging. A Matter of Balancing”, in A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 247-253.

- Lunn P., *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD, Paris 2014.
- Luth H., *Behavioural Economics in Consumer Policy: The Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited*, Intersentia, Antwerpen, 2010.
- Ly K., Mažar N., Zhao M., Saman D., *A Practitioner's Guide To Nudging*, Rotman School of Management - University of Toronto, Toronto, 2015, <http://www-2.rotman.utoronto.ca/facbios/file/GuidetoNudging-Rotman-Mar2013.ashx.pdf>.
- Macchi L., Bagassi M., Bailo, L., "Conoscenza tacita e comunicazione in compiti decisionali: il caso del nudge", *Sistemi intelligenti*, 27, 1, 2015, pp. 167-179.
- Macherey P., *Il soggetto delle norme*, Ombrecorte, Verona, 2017 (ed. fr. *Le sujet des normes*, 2014).
- Mack M., *Jeremy Bentham: An Odyssey of Ideas, 1748-1792*, Columbia University Press, New York, 1963.
- Madrian B., Shea D., "The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior", *Quarterly Journal of Economics*, 116, 4, 2001, pp. 1149-1187.
- Mandel D.R., "Gain-Loss Framing and Choice: Separating Outcome Formulations from Descriptor Formulations", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 85, 1, 2001, pp. 56-76.
- Maniaci G., "Contro il paternalismo giuridico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 61, 1, 2011, pp. 133-159.
- Maniaci G., *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012.
- Marciniak A., "Prevention of Evil, Production of Good: Jeremy Bentham's Indirect Legislation and its Contribution to a New Theory of Prevention", *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 83-105.
- Marshall A., *Principles of Economics*, Macmillan and Co., London, 1920.
- Marteau T. et al., "Judging Nudging: Can Nudging Improve Population Health?", *British Medical Journal*, 342, 2011, <https://doi.org/10.1136/bmj.d228>.
- Martinich A.P., "Command and counsel (*imperatum et consilium*)", in *A Hobbes Dictionary*, Blackwell, Oxford, 1996.
- Martire J., "The Rule of Law: A Foucauldian Interpretation", *In-Spire. Journal of Law, Politics and Society*, 6, 2, 2011, pp. 19-33
- Martire J., *A Foucauldian Interpretation of Modern Law: From Sovereignty to Normalisation and Beyond*, Edimbourgh University Press, Edimbourgh, 2017.
- Martire J., "Montée en puissance des nudges: l'histoire d'une normaliza-

- tion”, in M. Bozzo-Rey - A. Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, Hermann, Paris, 2018, pp. 91-118.
- Mathis K., Thor A. (eds.), *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016.
- May P.J., Winter S.C., “Regulatory Enforcement Style and Compliance”, in C. Parker, V.L. Nielsen (eds.), *Explaining Compliance. Business Responses to Regulation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, pp. 222-244.
- McBarnet D., Whelan C., “The Elusive spirit of the Law. Formalism and the Struggle for Legal Control”, *Modern Law Review*, 54, 6, 1991, pp. 848-873.
- McCrudden C., “Nudging and Human Dignity”, *VerfBlog*, 1 giugno 2015, <https://verfassungsblog.de/nudging-human-dignity-2/>.
- McCrudden C., King J., “The Dark Side of Nudging”, in A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (a cura di), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 75-139.
- McNeil B.J. et al., “On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies”, *New England Journal of Medicine*, 306, 21, 1982, pp. 1259-1262.
- McKenzie C.R., Nelson J.D., “What a Speaker’s Choice of Frame Reveals: Reference Points, Frame Selection, and Framing Effects”, *Psychonomic Bulletin & Review*, 10, 3, 2003, pp. 596-602.
- Merrill R., “Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste?”, *Raisons Politiques*, 44, 2011, pp. 15-40.
- Mill J.S., *La libertà*, in Id., *La libertà, L'utilitarismo, L'asservimento delle donne*, Rizzoli, Milano 1999 (ed. ing. *On Liberty*, 1859).
- Millard E., “Norme, normativité, juridicité”, in E. Rude-Antoine, G. Chrétien-Vernicos (sous la direction de), *Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 77-106.
- Miller D., “Deliberative Democracy and Social Choice”, *Political Studies*, 40, 1992, pp. 54-67.
- Miller P., Rose N. (eds.), *Governing the Present. Administering Economic, Social and Personal Life*, Polity Press, Cambridge, 2008.
- Mills C., “The Heteronomy of Choice Architecture”, *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 495-509.
- Mills C., “The Choice Architect’s Trilemma”, *Res Publica*, 24, 3, (2018), pp. 395-414.
- Mitchell G., “Libertarian Paternalism Is an Oxymoron”, *Northwestern University Law Review*, 99, 3, 2005, pp. 1245-1286.
- Mockle D., *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- Mongin P., Cozic M., “Rethinking Nudge: Not One but Three Concepts”,

- Behavioural Public Policy*, 2, 1, 2018, pp. 107-124.
- Morbidelli G., “Degli effetti giuridici della soft law”, *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2016, pp. 1-5.
- Moss D.A., *When All Else Fail: Government as the Ultimate Risk Manager*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- Mura V., “Paternalismo e democrazia liberale: un equivoco da chiarire”, *Meridiana*, 79, 2014, pp. 47-69.
- Napolitano G., “Liberalizzazioni e buona amministrazione”, *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015, pp. 293-294.
- Naru F., Below W., Cavassini F., “Développement des nudges dans les politiques publiques”, in M. Bozzo-Rey, A. Brunon-Ernst (sous la direction de), *Nudges et normativités*, Hermann, Paris, 2018, pp. 257-284.
- Néron P.-Y., “Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché”, *The Toqueville Review*, 73, 1, 2016, pp. 59-80.
- Newey G., *The Routledge Guidebook to Hobbes' Leviathan*, Routledge, London, 2014.
- Nickerson R.S., “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, *Review of General Psychology*, 2, 2, 1998, pp. 175-220.
- Noggle R., “Manipulative Actions: A Conceptual and Moral Analysis”, *American Philosophical Quarterly*, 33, 1, 2006, pp. 43-55.
- Noggle R., “Manipulation, Salience, and Nudges”, *Bioethics*, 32, 3, 2018, pp. 164-170.
- Noggle R., “The Ethics of Manipulation”, in N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-manipulation/>.
- Nozick R., *La natura della razionalità*, Feltrinelli, Milano, 1995 (ed. ing. *The Nature of Rationality*, 1993).
- Nussbaum M., “Mill between Bentham and Aristotle”, *Daedalus*, 133, 2, 2004, pp. 60-68.
- Nussbaum M., “Who Is the Happy Warrior? Philosophy Poses Questions to Psychology”, in E.A. Posner, C.R. Sunstein (eds.), *Law and Happiness*, University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 81-113.
- Nys T.R.V., Engelen B., “Judging Nudging: Answering the Manipulation Objection”, *Political Studies*, 65, 1, 2017, pp. 199-214.
- OCSE, *Behavioural Insights and Public Policy. Lessons from Around the World*, 2017, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264270480-en>.
- O'Donoghue E., Rabin M., “Doing It Now or Later”, *American Economic Review*, 89, 1, 1999, pp. 103-124.
- Ogien R., *L'État nous rend-t-il meilleur?*, Odile Jacob, Paris, 2013.

Ogien R. - Tappolet C., *Les concepts de l'éthique: Faut-il être conséquentialiste?*, Editions Hermann, Paris, 2009.

Ogus A., van Boom W.H., *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Hart, Portland, 2011.

Oliver A., "A Nudge Too Far? A Nudge at All? On Paying People to Be Healthy", *Healthcare Papers*, 12, 4, 2012, pp. 8-16.

Oliver A., *Behavioural Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

O'Malley P., "Risk and Responsibility", in A. Barry, T. Osborne, N. Rose (eds.), *Foucault and Political Reason*, UCL Press, London, 1996, pp. 189-208.

O'Neill O., "Which Are the Offers You Can't Refuse?", in Ead., *Bounds of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 81-96.

Orobon F., "Le 'paternalisme libéral', oxymore ou avenir de l'État-Providence?", *Esprit*, 7, 2013, pp. 16-29.

Ost F., van de Kerchove M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des FUSL, Bruxelles, 1987.

Pallier G. et al., "The Role of Individual Differences in the Accuracy of Confidence Judgments", *Journal of General Psychology*, 129, 2002, pp. 257-299.

Papandreou A.A., *Externality and Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

Parfit D., *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

Parker C., Nielsen V.L., "Compliance: 14 questions", in P. Drahos (ed.), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, Australian National University Press, Acton, 2017, pp. 217-232.

Perez O., "Can Experts be Trusted and what Can be Done About It? Insights from the Biases and Heuristics Literature", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 115-138.

Peterson M., *An Introduction to Decision Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Pichert D., Katsikopoulos K.V., "Green Defaults: Information Presentation and Pro-environmental Behaviour", *Journal of Environmental Psychology*, 28, 1, 2008, pp. 63-73.

Pigou A.C., Arthur C., *The Economics of Welfare*, Macmillan and Co, London, 1932.

Plickert P., Beck H., "Kanzlerin Angela Merkel sucht Verhaltensforscher", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26/08/2014, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/kanzlerin-angela-merkel-sucht-verhaltensforscher-13118345.html>.

Ploug T., Holm S., Brodersen J., “To Nudge or not to Nudge: Cancer Screening Programmes and the Limits of Libertarian Paternalism”, *Journal of Epidemiology and Community Health*, 66, 12, 2012, pp. 1193-1196.

Ploug T., Holm S., “Doctors, Patients, and Nudging in the Clinical Context—Four Views on Nudging and Informed Consent”, *The American Journal of Bioethics*, 15, 10, 2015, pp. 28-38.

Plous S., *The Psychology of Judgment and Decision Making*, McGraw-Hill, New York, 1993.

Posner R., “Why Is There no Milton Friedman Today”, *Econ Journal Watch*, 10, 2, 2013, pp. 210-215.

Posner E.A., Sunstein C.R., “Introduction to the Conference on Law and Happiness”, in E.A. Posner, C.R. Sunstein (eds.), *Law and Happiness*, University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 1-4.

Purnhagen K., van Herpen E., van Kleef E., “The Potential Use of Visual Packaging Elements as Nudges. An Analysis on the Example of the EU Health Claims Regime”, K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 197-216.

Quigley M., Stokes E., “Nudging and Evidence-Based Policy in Europe. Problems of Normative Legitimacy and Effectiveness”, in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 61-82.

Quinn M., “Jeremy Bentham, ‘The Psychology of Economic Man’, and Behavioural Economics”, *Oeconomia*, 6, 1, 2016, pp. 3-32.

Quinn M., “Jeremy Bentham Choice Architect: Law, Indirect Legislation, and the Context of Choice”, *History of European Ideas*, 43, 1, 2017, pp. 11-33.

Quong J., *Liberalism. Without Perfection*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Railton P., “Naturalism and Prescriptivity”, *Social Philosophy & Policy*, 7, 1, 1989, pp. 151-174.

Rainford P., Tinkler J., “Designing for Nudge Effects: How Behaviour Management can Ease Public Sector Problems”, LSE Public Policy Group, 2011, [http://eprints.lse.ac.uk/37810/1/Designing_for_nudge_effects_\(lsero\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/37810/1/Designing_for_nudge_effects_(lsero).pdf).

Rakoff J.S., “The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?”, *New York Review of Books*, 9 gennaio 2014, <http://www.nybooks.com/articles/2014/01/09/financial-crisis-why-no-executive-prosecutions>.

Randazzo A., “The Case Against Libertarian Paternalism”, *Reason*, 23 aprile 2013, <http://reason.com/archives/2013/04/23/the-case-against-libertarian-paternalism>.

Rangone N., “Regolazione e scienze cognitive dopo l'*Executive Order* di Obama”, *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2016, pp. 16-24.

Rangone N., "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, <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=38>.

Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1983 (ed. ing. *A Theory of Justice*, 1971).

Raz J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

Rebonato R., *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave MacMillan, London, 2012.

Reijula N.J. et al., "Nudge, Boost, or Design? Limitations of Behaviorally Informed Policy under Social Interaction", *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2, 1, 2018, pp. 99-105.

Reisch L.A., Sunstein C.R., "Do Europeans Like Nudges?", *Judgment and Decision Making*, 11, 4, 2016, pp. 310-325.

Revault d'Allonnes M., *La crise sans fin. Essai sur l'expérience moderne du temps*, Seuil, Paris, 2012.

Revel J., "Généalogie", in Id., *Le vocabulaire de Foucault*, Ellipses, Paris, 2009, pp. 37-38.

Rizzo M.J., "The Four Pillars of Behavioral Paternalism", in S. Abdulkadirov (ed.), *Nudge Theory in Action. Behavioral Design in Policy and Markets*, Palgrave Advanced, Cham, 2016, pp. 37-64.

Rizzo, M.J., Whitman D.G., "Little Brother Is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes", *Arizona Law Review*, 51, 2009, pp. 685-739.

Romano M., "Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale", in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 143-166.

Rosen F., *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

Rozin P. et al., "Nudge to Nobesity I: Minor Changes in Accessibility Decrease Food Intake", *Judgment and Decision Making*, 6, 4, 2011, pp. 323-332.

Rundle K., *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Oxford, Hart, 2013.

Runggaldier E., *Che cosa sono le azioni? Un confronto filosofico con il naturalismo*, Vita e Pensiero, Milano, 2000 (ed. ted. *Was sind Handlungen?*, 1996).

Saghai Y., "Salvaging the Concept of Nudge", *Journal of Medical Ethics*, 39, 8, 2013, pp. 487-493.

Sahlin N.-E., Brännmark J., "How Can We Be Moral When We Are so Irrational?", *Logique et Analyse*, 56, 221, 2013, pp. 101-126.

Sahlin N.-E., Wallin A., Persson H., "Decision Science: From Ramsey to

- Dual Process Theories”, *Synthese*, 172, 1, 2010, pp. 129-143.
- Saint-Paul G., *The Tyranny of Utility. Behavioral Social Science and the Rise of Paternalism*, Princeton University Press, Princeton, 2011.
- Salazar A., “Libertarian Paternalism and the Dangers of Nudging Consumers”, *King’s Law Journal*, 23, 1, 2012, pp. 51-67.
- Samuelson W., Zeckhauser R., “Status Quo Bias in Decision Making”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1, 1988, pp. 7-59.
- Sanders M., Halpern D., “Nudge Unit: Our Quiet Revolution Is Putting Evidence at Heart of Government”, *The Guardian*, 3 febbraio 2016, <https://www.theguardian.com/public-leaders-network/small-business-blog/2014/feb/03/nudge-unit-quiet-revolution-evidence>.
- Sarfati D. *et al.*, “Does the Frame Affect the Picture? A Study into How Attitudes to Screening for Cancer Are Affected by the Way Benefits Are Expressed”, *Journal of Medical Screening*, 5, 1998, pp. 137-140.
- Scalise I.M., “Nudging, l’economia comportamentale che insegna a vivere meglio”, *La Repubblica* 20 dicembre 2016, https://www.repubblica.it/salute/alimentazione/2016/09/20/news/nudging_come_fare_la_cosa_giusta-148145543/.
- Scharpf F., *Gouverner l’Europe*, Les Presses de Sciences Po, Paris, 2000.
- Schauer F., *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.
- Schepel H., *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, Cambridge, 2005.
- Schnellenbach J., “Nudges and Norms. On the Political Economy of Soft Paternalism”, *European Journal of Political Economy*, 28, 2, 2012, pp. 266-277.
- Schiavone G. *et al.*, “Libertarian Paternalism and Health Care Policy: A Deliberative Proposal”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 17, 1, 2014, pp. 103-113.
- Schmidt A.T., “The Power To Nudge”, *American Political Science Review*, 111, 2, 2017, pp. 404-417.
- Schofield P., *Utility and Democracy. The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Schultz P.W. *et al.*, “The Constructive, Destructive, and Reconstructive Power of Social Norms”, *Psychological Science*, 18, 5, 2007, pp. 429-434.
- Schwartz B., *The Paradox of Choice: Why More is Less*, Harper Perennial, New York, 2004.
- Schwartz B., “Why not Nudge? A Review of Cass Sunstein’s *Why Nudge?*”, *The Psych Report*, 17 aprile 2014, <http://thepsychreport.com/essays-discussion/nudge-review-cass-sunsteins-why-nudge/>.
- Seligman M., *Authentic Happiness*, Free Press, New York, 2002.
- Selinger E., Whyte K., “Is There a Right Way to Nudge? The Practice and Ethics of Choice Architecture”, *Sociology Compass*, 5, 10, 2011, pp. 923-935.

- Sensi F., "Il paternalismo di Stato che funziona", *Corriere della Sera*, 1 febbraio 2012, <http://lettura.corriere.it/il-paternalismo-di-stato-che-funziona>.
- Service O., Gallager R., *Think Small*, O. O'Mara Books, London, 2017.
- Service O. et al., *EAST [Easy, Timely, Social, Attractive], Four Simple Ways to Apply Behavioural Insights*, Behavioural Insights Team, 2014, <https://www.behaviouralinsights.co.uk/publications/east-four-simple-ways-to-apply-behavioural-insights/>.
- Shafir E. (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton, 2013.
- Shelton D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal Studies*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Sibony O., *Réapprendre à décider*, Nouveaux débats publics, Paris, 2015.
- Sibony A.L., Helleringer G., "EU Consumer Protection and behavioural Sciences: Revolution or Reform?", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 209-234.
- Simon H., "A Behavioral Model of Rational Choice", *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, pp. 99-188.
- Simon H., *Models of Bounded Rationality*, The MIT Press, Cambridge, 1982.
- Singer P., *One World. The Ethics of Globalization*, Yale University Press, New Haven, 2004.
- Singler E., *Green Nudge: Changer les comportements pour sauver la planète*, Pearson, Paris, 2015.
- Singler E., *Nudge marketing. Comment changer efficacement les comportements*, Pearson, Paris, 2015.
- Skorupski J., *Why Read Mill Today?*, Routledge, London, 2006.
- Slovic P., "The Construction of Preference", *American Psychologist*, 50, 1995, pp. 364-371.
- Slovic P. et al., "The Affect Heuristic", *European Journal of Operational Research*, 177, 2007, pp. 1333-1352.
- Smith A.C., Zywicki T.J., "Behavior, Paternalism, and Policy: Evaluating Consumer Financial Protection", *New York University Journal of Law and Liberty*, 9, 1, 2015, pp. 201-248.
- Smith A.C., Zywicki T.J., "Nudging in an Evolving Marketplace: How Markets Improve Their Own Choice Architecture", in S. Abdukadirov (ed.), *Nudge Theory in Action. Behavioral Design in Policy and Markets*, Palgrave Advanced, Cham, 2016, pp. 225-250.
- Soltan K., "A Social Science that Does not Exist", in W.J. Witteveen, W. van der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, pp. 387-408.

- Soss J., Fording R.C., Schram D.F., *Disciplining the Poor. Neoliberal Paternalism and the Persistent Power of Race*, The University of Chicago Press, Chicago, 2012.
- Stigler G.J., Becker G.S., “*De Gustibus Non Est Disputandum*”, *The American Economic Review*, 67, 2, 1977, pp. 76-90.
- Stiglitz J.E., *The Economic Role of the State*, Blackwell, Oxford, 1989.
- Stiglitz J.E., “Information and the Change in Paradigm in Economics”, *The American Economic Review*, 92, 3, 2002, pp. 460-501.
- Strathern M. (ed.), *Audit Cultures, Anthropological Studies in Accountability, Ethics and the Academy*, Routledge, London, 2000.
- Sugden R., “On Nudging”, *International Journal of the Economics of Business*, 16, 3, 2009, pp. 365-373.
- Sugden R., “Capability, Happiness and Opportunity”, in L. Bruni, F. Comin, M. Pugno (eds.), *Capabilities and Happiness*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp 299-322.
- Sudgen R., “Do People Really Want to Be Nudged Towards Healthy Lifestyles?”, *International Review of Economics*, 64, 2, 2017, pp. 113-123.
- Sudgen R., “‘Better Off, as Judged by Themselves’: A Reply to Cass Sunstein”, *International Review of Economics*, 65, 1, 2018, pp. 9-13.
- Sunstein C.R., “Incompletely Theorized Agreements”, *Harvard Law Review*, 108, 7, 1995, pp. 1733-1772.
- Sunstein C.R., “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 1996, pp. 2021-2053.
- Sunstein C.R., *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Sunstein C.R., “Illusory Losses”, in E.A. Posner, C.R. Sunstein (eds.), *Law and Happiness*, University of Chicago Press, Chicago, 2010, pp. 157-194.
- Sunstein C.R., “Empirically Informed Regulation”, *University of Chicago Law Review*, 78, 4, 2011, 1349-1429.
- Sunstein C.R., “Behavioral Economics and Paternalism”, *The Yale Law Journal*, 122, 7, 2013, pp. 1826-1899.
- Sunstein C.R., “Deciding by Default”, *University of Pennsylvania Law Review*, 162, 1, 2013, pp. 1-57.
- Sunstein C.R., *Impersonal Default Rules vs Active Choices vs Personalized Default Rules: A Triptych*, SSRN, 2013, ssrn.com/abstract=2171343.
- Sunstein C.R., “It’s for your Own Good. Book Review of Sarah Conly’s *Against Autonomy*”, *The New York Review of Books*, 7 marzo 2013, <https://www.nybooks.com/articles/2013/03/07/its-your-own-good/>.
- Sunstein C.R., “Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation”, in E. Za-

- mir, D. Teichamn (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 719-747.
- Sunstein C.R., "Nudges vs. Shoves", *Harvard Law Review*, 127, 6, 2014, pp. 210-217.
- Sunstein C.R., "Nudging: A Very Short Guide", *Journal of Consumer Policy*, 37, 4, 2014, p. 583-588.
- Sunstein C.R., *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014 (ed. ing. *Simpler. The Future of Government*, 2013).
- Sunstein C.R., *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, Università Bocconi Editore, Milano, 2015 (ed. ing. *Why Nudges?*, 2014).
- Sunstein C.R., "The Ethics of Nudging", *Yale Journal on Regulation*, 32, 2015, pp. 413-450.
- Sunstein C.R., "Foreword. The Ethics of Nudging", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. v-xviii.
- Sunstein C.R., "Nudges, Agency, and Abstraction: A Reply to Critics", *Review of Philosophy and Psychology*, 6, 3, 2015, pp. 511-529.
- Sunstein C.R., *Nudging and Choice Architecture: Ethical Considerations*, Social Science Research Network, Rochester, 2015.
- Sunstein C.R., "Regulation as Delegation", *Journal of Legal Analysis*, 7, 1, 2015, pp. 1-36.
- Sunstein C.R., "Do People Like Nudges?", *Administrative Law Review*, 68, 2, 2016, pp. 177-232.
- Sunstein C.R., "The Ethics of Choice Architecture", in A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 21-74.
- Sunstein C.R., *The Ethics of Influence. Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- Sunstein C.R., *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Palgrave Macmillan, Cham, 2017.
- Sunstein C.R., "Introduction. The Economics of Nudge", in C.R. Sunstein, L.A. Reisch (eds.), *The Economics of Nudge. Critical Concepts in Economics*. Vol. I: *The Basics*, Routledge, London, 2017.
- Sunstein C.R., "Is Cost-Benefit Analysis a Foreign Language?", *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 2017, <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:34337424>.
- Sunstein C.R., "Nudges that Fail", *Behavioural Public Policy*, 1, 1, 2017, p. 4-25.
- Sunstein C.R., "'Better Off, as Judged by Themselves': A Comment on Eval-

- uating Nudges”, *International Review of Economics*, 65, 1, 2018, pp. 1-8.
- Sunstein C.R., Reisch L.A., “Redesigning Cockpits’ Introduction”, *Journal of Consumer Policy on Behavioural Economics, Environmental Policy and the Consumer*, 37, 2014, pp. 333-339.
- Sunstein C.R., Reisch L.A. (eds.), *The Economics of Nudge*, Routledge, London 2017.
- Sunstein C.R., Thaler R.H., “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, 70, 4, 2003, pp. 1159-1202.
- Sunstein C.R., Thaler R.H., “Preferences, Paternalism, and Liberty”, in S. Olsaretti (ed.), *Preferences and Well-Being*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 233-264.
- Sunstein C.R., Ullmann-Margalit E., “Second-Order Decisions”, *Ethics*, 110, 1, 1999, pp. 1-31.
- Taylor C., “Self-Interpreting Animals”, in Id., *Philosophical Papers. Vol. 1*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 45-76.
- Taylor C., “What’s Wrong with Negative Liberty”, in Taylor, *Philosophical Papers. Vol. 2*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 211-229.
- Taylor D., “Normativity and Normalization”, *Foucault Studies*, 7, 2009, pp. 45-63.
- Tereszkiewicz P., “Neutral Third-Party Counselling as Nudge Toward Safer Financial Products? The Case of Risky Mortgage Loan Contracts”, in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 217-246.
- Thaler R.H., *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, Einaudi, Torino, 2018 (ed. ing. *Misbehaving*, 2015).
- Thaler R.H., Benartzi S., “Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving”, *Journal of Political Economy*, 112, 1, 2004, pp. S164-S187.
- Thaler R., Sunstein C.R., “Libertarian Paternalism”, *American Economic Review*, 93, 2, 2003, pp. 175-179.
- Thaler R.H., Sunstein C.R., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008.
- Thaler R.H., Sunstein, C.R., *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano, 2009.
- Thaler R.H., Sunstein C.R., Balz J.P., “Choice Architecture”, in E. Shafir (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton 2013, pp. pp. 428-439.
- Thierer A., “Failing Better: What We Learn by Confronting Risk and Uncertainty”, in S. Abdulkadirov (ed.), *Nudge Theory in Action. Behavioral Design in Policy and Markets*, Palgrave Advanced, Cham, 2016, pp. 65-94.
- Thomson G., “Fundamental Needs”, in S. Reader (ed.), *The Philosophy of*

- Need*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 175-186.
- Tierney J., "A Nudge (or Is It a Shove?) To the Unwise", *New York Times*, 24 maggio 2008, <http://tierneylab.blogs.nytimes.com/2008/03/24/a-nudge-or-is-it-a-shove-to-the-unwise/>.
- Tor A., "The Methodology of the Behavioral Analysis of Law", *Haiifa Law Review*, 4, 2008, pp. 237-328.
- Trautmann S.T., "Empirical Knowledge in Legislation and Regulation: A Decision Making Perspective", *Theory and Practice of Legislation*, 1, 3, 2013, pp. 533-542.
- Trout J.D., "Paternalism and Cognitive Bias", *Law and Philosophy*, 24, 4, 2005, pp. 393-434.
- Tsai G., "Rational Persuasion as Paternalism", *Philosophy and Public Affairs*, 42, 1, 2014, pp. 78-112.
- Tusseau G. (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on "Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence"*, Routledge, London, 2014.
- Tversky A., Kahneman D., "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, 185, 4157, 1974, pp. 1124-1131.
- Tversky A., Kahneman D., "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", *Science*, 211, 4481, 1981, pp. 453-458.
- Tversky A., Kahneman D., "Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment", *Psychological Review*, 90, 4, 1983, pp. 293-315.
- Tversky A., Kahneman D., "Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty", in D. Kahneman, A. Tversky (eds.), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 44-65.
- Tversky A., Kahneman D., "Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model", in D. Kahneman, A. Tversky (eds.), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 143-158.
- Tversky A., Kahneman D., "Rational Choice and the Framing of Decisions", in D. Kahneman, A. Tversky (eds.), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 209-223.
- Valaguzza S., "Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC", *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2017, pp. 91-121.
- Van Cleynenbreugel P., "Conduct of Business Rules in EU Financial Services Regulation: Behavioural Rules Devoid of Behavioural Analysis?", in A. Alemanno, A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 255-275.
- VandeBergh M., Carrico A., Schultz L., "Regulation in the Behavioral Era",

Minnesota Law Review, 95, 2011, pp. 715-781.

Van der Burg W., "The Work of Lon Fuller: A Promising Direction for Jurisprudence in the 21st Century", *University of Toronto Law Journal*, 64, 5, 2014, pp. 736-752.

Van der Burg W., "The Need for Audacious Fully Armed Scholars. Some Concluding Reflections", in S. Taekema, W. de Been, B. van Klink (eds.), *Facts and Norms in Law: Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Elgra, Cheltenham, 2016, pp. 265-286.

Van De Veer D., *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton University Press, Princeton, 1986.

Veetil V.P., "Libertarian Paternalism Is an Oxymoron: An Essay in Defence of Liberty", *European Journal of Law and Economics*, 31, 3, 2011, pp. 321-334.

Viale R., "Razionalità limitata e forme di paternalismo libertario", *Sistemi intelligenti*, 28, 1, 2016, pp. 181-193.

Viale R., *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, Il Mulino, Bologna, 2018.

Vicente K., *The Human Factor: Revolutionizing the Way People Live with Technology*, Routledge, New York 2006.

von Mises L., *Burocrazia*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2011 (ed. ing. *Bureaucracy*, 1944).

Voyer B.G., "'Nudging' behaviours in healthcare management: Insights from Behavioural Economics", *British Journal of Healthcare Management*, 21, 3, 2015, pp. 130-135.

Wade Hands D., "Normative Ecological Rationality: Normative Rationality in the Fast-and-Frugal-Heuristics Research Program", *Journal of Economic Methodology*, 21, 4, 2014, pp. 396-410.

Waldron J., "It's All for Your Own Good", *The New York Review of Books*, 9 ottobre 2014, <https://www.nybooks.com/articles/2014/10/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/>.

Wendel S., "Behavioral Nudges and Consumer Technology", in S. Abdulkadrirov (ed.), *Nudge Theory in Action. Behavioral Design in Policy and Markets*, Palgrave Advanced, Cham, 2016, pp. 95-124.

White M.D., *The Manipulation of Choice. Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

White M.D., "The Richness of Personal Interests: A Neglected Aspect of the Nudge Debate", LSE Blogs, 23 ottobre 2013, <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/the-richness-of-personal-interests-a-neglected-aspect-of-the-nudge-debate/>.

White M.D., *The Illusion of Well-Being: Economic Policymaking Based on*

- Respect and Responsiveness*, Palgrave Macmillan, New York, 2014.
- White M.D., "The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism", in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, 2016, pp. 21-38.
- White M.D., "Overview of Behavioral Economics and Policy", in S. Abdulkad-irov (ed.), *Nudge Theory in Action*, Palgrave Macmillan, Cham, 2016, pp. 15-36.
- Whyte J., *Quack Policy. Abusing Science in the Cause of Paternalism*, LEA, London, 2013.
- Wilkinson T.M., "Nudging and Manipulation", *Political Studies*, 61, 2, 2013, pp. 341-355.
- Williams B., "Persone, carattere, moralità", in Id., *Sorte morale*, Il Saggiatore, Milano, 1987, pp. 9-31 (ed. ing. *Moral Luck*, 1986).
- Willis L.E., "When Nudges Fail: Slippery Defaults", *University of Chicago Law Review*, 80, 2013, pp. 1115-1229.
- Winston K.I., "Introduction", in L. Fuller, *The Principles of Social Order*, ed. K.I. Winston, Hart, Oxford, 2001.
- Wolff J., "'Partner Months' and the Fundamental Rights of Parents. Considerations on the Legitimacy of Nudges and 'Nudgy Legislation'", in A. Kemmerer, C. Mollers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 255-265.
- Wood A., "Coercion, Manipulation, Exploitation", in C. Coons, M. Weber (eds.), *Manipulation. Theory and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 17-50.
- Wright J.D., Ginsburg D.H., "Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty", *Northwestern University Law Review*, 106, 3, 2012, pp. 1033-1090.
- Yeung K., "The Regulatory State", in R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 64-85.
- Yeung K., "Nudge as Fudge", *The Modern Law Review*, 75, 2012, pp. 122-148.
- Zappino F., "Il paternalismo, tra 'proibizione' e 'disciplinamento': un percorso critico nella letteratura contemporanea", *Meridiana*, 79, 2014, pp. 151-163.
- Zoido-Oses P., "The Problem with Nudge Policies Is That They Threaten Our Freedom to Choose to Act Well", 9 luglio 2014, LSE Blogs, <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/the-problem-with-nudge-policies-freedom-to-choose/>.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2018
da  IF Press srl

L'economia comportamentale ha ormai svelato i limiti della nostra capacità di giudizio e di scelta: ci illudiamo di essere razionali ma in realtà siamo pigri e inefficienti. Se la nostra razionalità è limitata e siamo destinati a prendere decisioni controproducenti nei settori più importanti della vita (salute, lavoro, pensione, investimenti finanziari), è necessario rivedere gli strumenti politici di governo dei cittadini. Senza interferire con la libertà di scelta degli individui, ufficiali pubblici e soggetti privati possono disegnare ambienti (architetture della scelta) che sfruttano i difetti cognitivi e volitivi delle persone per “spingerle gentilmente” verso scelte che promuovono in modo più efficace i loro stessi interessi. È questo il cuore della teoria del *nudge* e della proposta del “paternalismo libertario” di Richard Thaler e Cass Sunstein, che aspirano a tenere insieme democrazia, liberalismo e promozione attiva del benessere, in modo da assicurare l'esercizio dell'autonomia come condizione imprescindibile della vita democratica, con una minima pretesa di regolare i comportamenti individuali dall'alto. Interrogandosi sulla coerenza concettuale e normativa del *nudge* paternalistico, questo libro intende ricostruire la letteratura critica sul paternalismo libertario analizzandolo, da un lato, come una forma di naturalismo metodologico, e, dall'altro, come una tecnica di regolazione i cui requisiti etici, meta-etici, giuridici e politici sono da confrontare con il liberalismo di J.S. Mill, l'utilitarismo di J. Bentham e la riflessione sul neoliberalismo di M. Foucault.

Matteo Galletti è ricercatore di Filosofia morale presso il Dipartimento di Lettere e Filosofia dell'Università di Firenze. Si occupa di temi di etica teorica e applicata. Tra le sue pubblicazioni: *Reciprocamente responsabili. La responsabilità morale tra naturalismo e normativismo* (Pisa, 2018); *La mente morale. Persone, ragioni, virtù* (Roma, 2014); *Decidere per chi non può. Approcci filosofici all'eutanasia non volontaria* (Firenze, 2005).

Silvia Vida è docente di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Bologna, dove insegna anche Teorie della Giustizia e Filosofia dei diritti umani, e afferisce al CIRSIFID – Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica “A. Gaudenzi e G. Fassò”, Università di Bologna. Tra le sue pubblicazioni: con Matteo Galletti, *Indagine sulla natura umana* (Roma, 2011); *Sinn e Bedeutung della norma nell'ultimo Kelsen* (Bologna, 2008); *Dall'intuizionismo morale alla logica degli obblighi. Saggio sulla metaetica di William David Ross* (Bologna, 2003); *Norma e condizione. Uno studio dell'implicazione normativa* (Milano, 2001).

ISBN 978-88-6788-162-8



euro 24,00 (i.i.)

