

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

di Lucio Iannotta

Il libro costituisce una interessantissima riflessione su una nuova possibile forma di esercizio del potere.

Il lavoro prende le mosse dalla c.d. *nudge theory* o teoria della spinta gentile, formulata da due studiosi statunitensi, Richard H. Thaler, economista comportamentale e Cass R. Sunstein, giurista, i quali – muovendo dalle premesse che non esiste decisione senza contesto e che le persone, nel decidere, incorrono, spesso, secondo i risultati raggiunti dalle scienze comportamentali, in distorsioni cognitive ed errori – sostengono che è possibile, attraverso un'appropriata costruzione del contesto (detta anche architettura delle scelte), spingere (incoraggiare, pun-golare) le persone ad assumere decisioni (e comportamenti) volti ad aumentare il proprio benessere e ad incidere positivamente anche sul benessere collettivo. Le persone restano libere di agire, in quanto il decisore di contesto, c.d. *nudger* (che può essere pubblico o privato), non stabilisce né divieti, né obblighi; né sanzioni in caso di violazioni; né incentivi o premi in caso di adeguamento della condotta a quella suggerita. La teoria, definita dagli stessi autori paternalismo libertario (paternalismo perché induce le persone a compiere scelte incoraggiate dal *nudger*; libertario perché si rimette alla libertà delle persone), ha sollevato problemi di ordine etico, per la potenziale sostituzione del *nudger* all'individuo nella scelta dei fini da perseguire, di compatibilità con la garanzia della libertà delle persone e con i capisaldi della democrazia, di rischio di superamento del confine tra incoraggiamento e manipolazione delle coscienze, di contrasto, almeno apparente, con il carattere coercitivo ritenuto proprio del diritto. Della *nudge theory*, ricorda l'Autore, si è tuttavia già fatta applicazione concreta in vari paesi, *in primis* Stati Uniti e Gran Bretagna; e se ne rinvergono casi anche nell'esperienza italiana. Le pubbliche amministrazioni già fanno scelte e adottano decisioni di costruzione del contesto (anche se queste non sempre sono facilmente individuabili, in quanto sono spesso incorporate a loro volta in atti che si occupano di altro) che, incoraggiando a compiere determinate scelte, sono finalizzate al perseguimento di interessi pubblici: salute, ambiente, tutela delle persone vulnerabili, etc.. Si tratta, evidenzia l'Autore, di una nuova peculiare modalità di esercizio della funzione amministrativa, che dà vita ad una nuova peculiare tipologia di atti amministrativi, vale a dire le decisioni di contesto, che si contraddistinguono per essere frutto dell'applicazione di teorie e paradigmi desunti dalle scienze comportamentali, per il fatto di non produrre effetti autoritativi diretti nei confronti dei destinatari,

bensì effetti materiali, esistenziali, per la possibilità di utilizzare un'ampia varietà di strumenti esecutivi, quali scritti, immagini, suoni.

L'Autore parte dalla definizione di *nudge* offerta da Thaler e Sunstein «*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 economici*» al centro della quale vi è la relazione di interdipendenza tra agenti umani, rilevando che tale relazione, da sola, non è sufficiente, per la sua genericità, a superare la soglia della giuridicità. Mentre è di sicuro rilievo giuridico la relazione di interdipendenza asimmetrica, caratterizzata da un agire (quello del *nudger*) che *si realizza in modo organizzato, razionale* (applicando conoscenze e metodi scientifici) *sistematico e continuativo nei confronti di una pluralità di soggetti* che, qualora sia adottato da soggetti pubblici ed in particolare da pubbliche amministrazioni, assume le caratteristiche dell'esercizio di un potere, sfuggente dal punto di vista formale, ma pregnante da quello sostanziale, che ripropone, in forme nuove, il dualismo tra forma e sostanza e, con esso, il rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati e, più in generale, la dialettica tra autorità e libertà.

L'Autore perviene così ad una prima riformulazione del concetto di *nudge*, funzionale a delimitare l'oggetto dell'indagine giuridica e a individuarne i profili problematici, secondo la quale si intende per «*nudge qualunque decisione assunta da una organizzazione in applicazione di conoscenze e metodi tratti dalle scienze comportamentali volta a definire condizioni di contesto tali da indurre i soggetti, che nel contesto operano, ad assumere senza costrizioni la decisione voluta dal decisore*». La definizione proposta consente, secondo l'Autore, di esaminare, in un'ottica più strettamente giuridica, i profili problematici che derivano dal *nudge* in rapporto all'etica, alla libertà, e al suo possibile contrasto con il principio di trasparenza, che è, notoriamente, uno dei principi cardine della funzione amministrativa e di affrontare il nodo problematico, centrale e primario, della *nudge theory*, che è quello della compatibilità con il diritto.

In presenza di uno strumento, quale è il *nudge*, di *regolazione e di azione dei pubblici poteri*, nuovo e *diverso dagli strumenti, ben noti e collaudati quanto a presupposti, contenuti ed effetti* il giurista, precisa l'Autore, «*può assumere tre diversi atteggiamenti: ignorare la novità, rifiutarla, oppure tentare di indagarla per proporre una ricostruzione che possa essere utile per governare e utilizzare il nuovo strumento regolatorio*».

L'Autore ha scelto il terzo atteggiamento, confrontandosi con una forma nuova di esercizio della funzione amministrativa, nel tentativo di verificarne la compatibilità con l'ordinamento giuridico, in una dimensione, al tempo stesso, nuova e rispettosa della tradizione letta in chiave evolutiva.

L'Autore ritiene che non sia sufficiente affermare la compatibilità con il diritto della *nudge regulation* in base alla sola libertà degli individui di aderire o meno alle scelte suggerite, ma ritiene anche che vada respinta la tesi dell'incompatibilità assoluta *nudge*-diritto, a fronte di teorie e risultati, delle scienze

comportamentali e cognitive, che metterebbero nelle mani dei pubblici poteri uno strumento utile per orientare le condotte umane al perseguimento di fini di interesse pubblico, consentendo alle persone di adeguarsi alle decisioni suggerite dal *nudge* pubblico.

L'Autore pertanto individua come punto di grande rilevanza, nella prospettiva dell'analisi giuridica, il collegamento della nuova forma di regolazione e di azione dei pubblici poteri con il tema dell'effettività del diritto, centrale, in un ordinamento, quale è quello attuale, improntato ai principi giuridici dell'effettività e dell'efficacia dell'azione amministrativa, alla luce dei quali si è sviluppato, tra gli studiosi del diritto amministrativo, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, un intenso dibattito sulla c.d. amministrazione di risultato. Alcuna incompatibilità vi è dunque, secondo l'Autore, tra *nudge* e sistema giuridico ed anzi la *nudge regulation*, consentendo di perseguire l'effettività/efficacia dell'ordinamento, talvolta in modo più efficace della tradizionale regolazione, basata su *law as guidance*, può sicuramente coesistere con quest'ultima.

L'azione amministrativa, attraverso il *nudge*, in quanto costituisce forma di influenza sulle scelte e sui comportamenti delle persone in un determinato contesto decisionale, rappresenta un fenomeno che può essere ricondotto all'esercizio del potere. Si tratta, secondo l'Autore, del c.d. *power of influencing*, che concorre a costruire una diversa nozione di potere, nell'ambito delle relazioni di interdipendenza tra soggetti, riconducibile al terzo tipo di potere, individuato da Foucault accanto a quello normativo e a quello disciplinare (fondati su *command and control*), vale a dire il c.d. potere governamentale.

È un potere che influenza intenzionalmente le azioni altrui, con concrete possibilità di successo, ed è volto ad indirizzare le azioni in una certa direzione, per il raggiungimento di uno scopo proprio di chi esercita il potere, ben può essere tradotto in istituti giuridici tradizionali, quali l'ufficio, il procedimento, il provvedimento, etc.. Esso non appare invece corrispondente alla tradizionale nozione di potere giuridico quale potere produttivo di effetti giuridici autoritativi. Ma, secondo l'Autore, «*In presenza di un dato di fatto, ossia la possibilità di utilizzare sulla base dei risultati che ci insegnano le scienze comportamentali, una tecnica di regolazione, qual è il nudge, che è in grado di influenzare le scelte dei destinatari sulla base di previsioni scientificamente attendibili circa il fatto che il comportamento dei destinatari si unifornerà a quello suggerito dal nudge pubblico e in presenza di un dato giuridico costituito dalla indubbia rilevanza del principio di effettività/efficacia dell'azione amministrativa, ricavabile dal diritto positivo vigente, non si può non riconoscere piena rilevanza giuridica al potere amministrativo che si esercita attraverso la predisposizione di contesti decisionali volti ad indirizzare in una certa direzione le scelte delle persone che operano dentro il contesto. Sicché potere amministrativo in senso giuridico non sarà più solo quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto giuridico autoritativo ma anche quello che si snoda lungo la sequenza potere-atto-effetto nella realtà materiale*».

Nell'uno e nell'altro tipo di potere, si sarà comunque in presenza di esercizio della funzione amministrativa volta alla cura dell'interesse pubblico con la conseguente applicazione, in via generale, delle regole formali e sostanziali che ne disciplinano lo svolgimento.

In relazione al c.d. *power of influencing*, il principio di legalità dell'azione amministrativa assume, secondo l'Autore, connotati diversi da quelli tradizionali. In effetti il principio di legalità ha subito, negli anni, significativi cambiamenti, dal momento che viene sempre più in rilievo l'esigenza che l'esercizio del potere sia correttamente finalizzato al raggiungimento degli obiettivi prefissati, ossia alla cura dell'interesse pubblico affidato, rispetto al fatto che il potere sia espressamente conferito dalla legge o che i presupposti del suo esercizio siano più o meno puntualmente predeterminati dalla legge stessa.

In tale modello di legalità, nel quale è centrale la relazione potere amministrativo-cura dell'interesse pubblico, emergono poteri impliciti, che possono essere individuati anche attraverso il combinarsi di elementi diversi quali: l'essere, il potere implicito, necessario al perseguimento dell'interesse pubblico, compatibile con i poteri espressamente attribuiti all'amministrazione, giustificabile attraverso una interpretazione teleologica e sistematica delle norme di riferimento.

Allorché manchi una base legislativa che conferisca espressamente alla pubblica amministrazione il *power of influencing*, quest'ultimo si presenta, secondo l'Autore, come potere implicito, di cui va verificata comunque l'ammissibilità, alla luce appunto dei predetti canoni di legittimazione.

La differenza essenziale della *nudge regulation* rispetto al potere tradizionale sta quindi, secondo l'Autore, sia nel fatto che essa produce effetti materiali sui comportamenti delle persone sia anche nel fatto che, di fronte all'esercizio del *power of influencing*, le persone rimangono libere di orientare le proprie scelte e di adottare qualsiasi comportamento, senza soggiacere ad alcuna sanzione.

Per poter utilizzare il *nudge* e quindi esercitare il *power of influencing* quale potere implicito, corrispondendo in pieno al principio di legalità finalisticamente inteso, è necessario, secondo l'Autore, che le pubbliche amministrazioni diano vita ad una decisione di natura politico-amministrativa, oltre che strategica, con l'adozione previa di un atto di indirizzo, da parte dell'organo di vertice. Ora, dal momento che si tratta dell'adozione di un atto presupposto all'esercizio di un potere (implicito), condizione essenziale per l'utilizzo in concreto del *nudge* da parte degli organi di gestione, è necessario che tale atto di indirizzo sia aperto, nella più ampia misura possibile, alla partecipazione, per corrispondere alle imprescindibili esigenze ordinali di trasparenza.

I risultati raggiunti nell'indagine condotta a partire dalla *nudge theory* si possono pertanto così riassumere: ingresso nell'analisi giuridica del potere governamentale (di cui la *nudge regulation* costituisce esempio) in quanto interamente riconducibile nell'ambito del *power of influencing*; riconduzione alla figura

del potere amministrativo in senso giuridico della *nudge regulation* quale potere produttivo di effetti nella realtà esistenziale delle persone; qualificazione del *power of influencing* come possibile potere implicito, enucleabile dalla attribuzione, con legge, all'amministrazione, di un potere espresso di diverso tipo, per la cura di un interesse pubblico; necessità di una previa decisione politico-amministrativa dell'organo di vertice come condizione necessaria per l'esercizio del potere implicito e l'adozione della decisione di costruzione del contesto, da parte degli organi di gestione; garanzia della più ampia partecipazione di tutti i possibili interessati all'adozione dell'atto di indirizzo politico-amministrativo.

I rilevanti risultati raggiunti sono suscettibili di ulteriori sviluppi consistenti ad esempio, secondo le indicazioni dello stesso Autore, in una nuova riflessione sul principio del buon andamento, come adeguatezza e idoneità a raggiungere il risultato voluto.