

PAPER N. 32

a.a. 2018/2019

Nudging: legittimità
e prospettive
per l'applicazione
in Italia

AMBRA PASSILONGO

Trento BioLaw Selected Student Papers

I paper sono stati selezionati a conclusione del corso *BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences (BioTell)* a.a. 2018-2019, organizzato all'interno del Modulo Jean Monnet “BioLaw: Teaching European Law and Life Sciences (BioTell)”, coordinato presso l'Università di Trento dai docenti Carlo Casonato e Simone Penasa.

Nudging: legittimità e prospettive per l'applicazione in Italia

Ambra Passilongo*

ABSTRACT: Nudging is an approach used in public and private policy to guide people's behaviour in the best direction, according to choices architects' opinion. This paper, after an overview of nudge and libertarian paternalism and their applications, tries to understand if nudging is legitimate and acceptable in the European Union and consequently in Italy. Finally, it proposes the using of nudges to deal with a longstanding problem that no Italian government has been able to resolve.

KEYWORDS: Nudge; libertarian paternalism; legitimacy; acceptability; Italy.

SOMMARIO: 1. *Nudge* e Paternalismo Libertario – 1.1. Definizione di *nudge* – 1.2. Definizione di paternalismo libertario – 1.3. Rapporto tra *nudge* e paternalismo libertario – 2. Il *nudge* in ambito privato – 2.1. Imprese: strategie di orientamento delle scelte dei consumatori – 2.2. *Social network* ed *influencers* – 3. Il *nudge* in ambito pubblico – 3.1. BIT: *Behavioural Insight Team*, Regno Unito – 3.2. *Social and Behavioral Sciences Team (SBST)* e *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)* Stati Uniti – 4. *Nudge* e diritto: luci ed ombre – 4.1. *Nudge* e *rule of law* nell'Unione Europea – 4.2. Accettabilità – 5. *Nudge* in Italia – 5.1. Legittimità – 5.2. Accettabilità – 6. Conclusioni: una proposta

1. Nudge e Paternalismo Libertario

Il *nudge* è tema poco affrontato nell'elaborazione dottrinale italiana, mentre è maggiormente analizzato in altre realtà, come quella britannica e statunitense, dove è un approccio già utilizzato. Tuttavia, in generale, la sua definizione non è ancora pacifica, e va affrontata in rapporto al concetto di paternalismo libertario, altra nozione non meno sfuggente.

1.1. Definizione di *nudge*

«Un pungolo è appunto una spinta gentile, cioè qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte¹ che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in misura significativa gli incentivi economici. Per essere considerato un semplice pungolo, l'intervento deve poter essere evitato facilmente senza costi eccessivi. I pungoli non sono imposizioni, sono spinte gentili. Collocare la frutta ad altezza d'occhi può essere considerato un pungolo, vietare il cibo-spazzatura no»².

Questa la definizione di *nudge* fornita dai suoi teorici, dalla quale emerge la sua natura di approccio atto ad orientare i comportamenti individuali e sociali, astenendosi dall'utilizzo di sanzioni, incentivi o divieti, ma intervenendo a monte, sui meccanismi decisionali. In altre parole, si tratterebbe di influenzare le scelte organizzando il contesto in cui le persone prendono decisioni. Pertanto il *nudge* rientra nell'area

* Studentessa dell'Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza.

¹ R.H. THALER, C. R. SUNSTEIN, J.P. BALZ, *Choice architecture*, in E. SHAFIR (a cura di), *The behavioural foundations of public policy*, Princeton, 2013, 428-439.

² R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009, 12.

dell'economia comportamentale, ma si differenzia da essa in quanto quest'ultima è una sub-disciplina scientifica, mentre il *nudge* è un modo particolare di applicarla alle politiche³.

Possiamo dire quindi che il *nudging* si troverebbe a metà dell'area che va dal *command and control*, in cui la regolamentazione statale stabilisce cosa è permesso e cosa è illegale, al puro *laissez-faire*, in cui lo stato si astiene da ogni genere di intervento.

Eppure, ancora oggi, tracciare i confini del *nudging* non è agevole. Nonostante le numerose esemplificazioni di attività riconducibili al *nudging* che Thaler e Sunstein forniscono nella loro opera⁴, il concetto di *nudge* è confuso; a non essere chiara è soprattutto la sua relazione con il concetto di paternalismo libertario.

Spesso i due termini sono utilizzati come sinonimi e quindi considerati intercambiabili.

1.2. Definizione di paternalismo libertario

In uno scritto del 2003, gli stessi Thaler e Sunstein danno una definizione del concetto di paternalismo libertario, come di «un approccio che preserva la libertà di scelta ma autorizza sia le istituzioni private che quelle pubbliche a orientare le persone nella direzione che promuove il loro benessere»⁵.

Successivamente, questa definizione viene rimodulata dai medesimi autori, i quali ritengono che un provvedimento sia «paternalistico se cerca di influenzare le scelte in modo da migliorare il benessere di coloro che scelgono, secondo il giudizio di questi ultimi»⁶.

La locuzione “paternalismo libertario”, come riconosciuto dagli stessi teorici, potrebbe apparire una contraddizione in termini⁷. Per paternalismo⁸ infatti si intende l'impostazione di un'autorità che, ritenendo i propri governati non in grado di perseguire autonomamente il loro benessere, attua politiche con intento benefico o di protezione, atteggiamento ritenuto comunemente in contrasto con la libertà e l'autonomia individuale⁹. Con libertarismo¹⁰ invece si indica comunemente un ideale filosofico-politico che considera la libertà valore fondamentale e vede le forme di regolamentazione come coercizioni spesso ingiustificate, puntando a una riduzione al minimo del potere statale.

I due studiosi però, sostengono che questi due termini, uniti nella locuzione predetta, originino un concetto accettabile, anche dai cd. anti-paternalisti. Infatti, i paternalisti libertari, sosterebbero la libertà di scelta, ed anzi agirebbero al fine di formulare provvedimenti che tutelino e ottimizzino la libertà di scelta. Costoro

³ Secondo quanto affermato nel report OCSE *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, 10 gennaio 2014.

⁴ R.H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit.

⁵ ID., *Libertarian Paternalism*, in *American Economic Review*, 93, 2, maggio 2003, 179.

⁶ ID., *Nudge. La spinta gentile*, cit., 5.

⁷ *Ibid.*

⁸ L.J. THOMPSON, “Paternalism”, in *Encyclopædia Britannica*, www.britannica.com/topic/paternalism (ultima consultazione 8 aprile 2019).

⁹ G. DWORKIN, *Moral paternalism*, in *Law and Philosophy*, 24, 3, 2005, 305.

¹⁰ B. VAN DER VOSSEN, *Libertarianism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/libertarianism/ (ultima consultazione 8 aprile 2019).

sarebbero quindi libertari perché votati a proteggere la libertà individuale, e paternalisti dato che ritengono che i cd. architetti delle scelte possano influenzare i comportamenti individuali per rendere le vite delle persone più lunghe, sane e migliori.

È stato osservato come il concetto di paternalismo libertario, in definitiva, possa essere letto come «una difesa liberale (nel senso americano) dell'intervento statale (limitato)»¹¹.

1.3. Rapporto tra *nudge* e paternalismo libertario

Numerosi sono i tentativi di comprendere il rapporto tra i due concetti. Vi è chi, a ragione, sostiene che tale rapporto possa essere configurato in modo differente a seconda della concezione di *nudge* che si intende abbracciare¹².

La prima strada è interpretare la definizione di *nudge* come esigente una giustificazione che deve essere paternalistica. Si parla qui di cd. paternalismo dei fini, per il quale l'obiettivo è creare un'architettura delle scelte che renda più probabile che gli individui riescano a promuovere i propri fini, così come essi li intendono.

In questo senso il paternalismo libertario comprenderebbe «i *nudge*, le spinte gentili, intese come iniziative che mantengono la libertà di scelta nel momento stesso in cui guidano le decisioni delle persone nella giusta direzione, secondo l'apprezzamento di queste persone»¹³. Questa è l'accezione scelta da Sunstein. In questa accezione il *nudge* sarebbe un sottoinsieme del paternalismo libertario, definito dallo stesso autore come «azione di un governo che cerca di aumentare il benessere delle persone influenzando le loro scelte senza imporre sanzioni a queste scelte»¹⁴.

Un'alternativa è interpretare il *nudging* in senso tecnico, come indipendente dalla sua giustificazione, dato che la ratio dipenderebbe dal fatto che i limiti, i preconcetti e le abitudini pongono barriere, nelle scelte individuali e collettive, alla capacità delle persone di comportarsi razionalmente. Secondo questa definizione, il *nudge* si sovrapporrebbe alla definizione di paternalismo libertario, ma non sarebbe contenuto in essa.

Allo stato attuale, a chi scrive sembra più accettabile la prima definizione di *nudge* e quindi anche del rapporto con il paternalismo libertario, non fosse altro che per il fatto che questa concezione e l'opera che la contiene è ancor oggi la più compiuta elaborazione in materia.

¹¹ C. BONELL, *A nudge in the wrong direction: problems with "libertarian-paternalistic" approaches to public health*, in *Eurohealth*, 19, 1, 2013.

¹² P.G. HANSEN, *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2016, 172-174.

¹³ C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge: La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015, 13.

¹⁴ *Ivi*, 58.

2. Il *nudge* in ambito privato

L'orientamento dei comportamenti umani è, già da molto tempo, un approccio adottato dalle società private nei confronti dei consumatori, al fine di incrementare la domanda relativa ai propri prodotti. Inoltre, attraverso i social network e l'attività dei cd. *influencers*, già oggi le scelte degli individui vengono massicciamente indirizzate, spesso senza che le persone se ne rendano conto.

2.1. Imprese: strategie di orientamento delle scelte dei consumatori

Servendosi degli studi di psicologia del *marketing*¹⁵ e *neuromarketing*, che si occupano di studiare la reazione dei consumatori agli stimoli relativi a prodotti, marche e pubblicità, determinando le strategie che spingono all'acquisto, le imprese del settore privato oggi cercano di porre in essere strategie commerciali sempre più efficienti. Di fatto si tratta di un'attività, in ambito privato, molto simile al *nudging*, ma sicuramente meno trasparente.

Per questo, si sostiene che la diffidenza verso il *nudge* possa essere superata, essendo messo in atto da soggetti pubblici al fine del benessere individuale, dato che l'ambiente in cui prendiamo decisioni è comunque già influenzato da soggetti privati, e «dopo tutto, i dirigenti del settore pubblico devono rispondere agli elettori, mentre il mandato dei dirigenti del settore privato è massimizzare il profitto e il valore di mercato dell'impresa, non il benessere dei consumatori»¹⁶.

2.2. Social network ed *influencers*

Un altro tipo di marketing per cui possiamo giungere alla stessa conclusione è, nell'era dell'uso esponenziale dei social network in cui ci troviamo, il social media marketing¹⁷, ossia l'uso di social network e siti web per promuovere determinati prodotti o servizi. Questo tipo di marketing punta molto sul passaparola, tanto che si parla di *electronic word of mouth*¹⁸ (eWOM). Questo coincide con l'idea secondo la quale gli esseri umani tendono ad essere conformisti¹⁹, anche a causa di quella che viene definita razionalità limitata²⁰: la razionalità dei singoli è limitata dalle informazioni che possiedono, dai loro limiti cognitivi e dall'ammontare finito del tempo che essi hanno per prendere una decisione. Anche per questo spesso essi tendono a conformarsi agli altri, sono facilmente suscettibili di spinte gentili da parte della

¹⁵ Consiglio Nazionale Ordine degli Psicologi, *Lo Psicologo del marketing e della comunicazione*, https://www.psy.it/allegati/area-pratica-professionale/psicologo_del_marketing.pdf ultima consultazione 8 aprile 2019.

¹⁶ R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., 239.

¹⁷ F. RETO, P.A. RAUSCHNABEL, C. HINSCH, *Elements of strategic social media marketing: A holistic framework*, in *Journal of Business Research*, 70, gennaio 2017, 118-126.

¹⁸ F. FABBRI, *L'influencer marketing: efficacia all'interno del processo decisionale e differenze tra macro e micro influencer*, tesi di laurea, Università Ca' Foscari di Venezia, a.a. 2017-2018, relatore F. CHECCHINATO, 53-54.

¹⁹ S. FEROLDI, *Il nudge: una prospettiva futura per un'amministrazione intelligente in Italia*, tesi di laurea, Università LUISS, a.a. 2015-2016, relatore E. GIOVANNINI, 13-18.

²⁰ H.A. SIMON, *Bounded rationality and organizational learning*, Pittsburgh, 1989.

società. Ed è il grande potere che l'influenza sociale ha nel condizionare ed orientare le scelte dei singoli che viene sfruttato dai cd. *influencers* e dai social media.

3. Il *nudge* in ambito pubblico

L'approccio del *nudging* viene oggi utilizzato dai governi del Regno Unito e degli Stati Uniti. Questi stati hanno investito molto sui *nudges*, in ragione del fatto che, se ben attuate, queste tecniche hanno forte impatto sulla popolazione, e ciò incide anche su aspetti economico-finanziari, fino al punto di creare apposite *units* che si occupano di studiare le possibili applicazioni dei *nudges* per incrementare il benessere delle persone, sostituendoli o affiancandoli alle regolamentazioni statali in alcuni ambiti. Queste unità lavorano in collaborazione con i governi (come nel caso del BIT – Behavioural Insights Team, che collabora con il governo britannico ma dal 2013 è indipendente rispetto ad esso), oppure sono inseriti in essi (come nel caso dell'SBST – Social and Behavioral Sciences Team, dipendente dall'Ufficio esecutivo del Presidente degli Stati Uniti, istituito nel 2015 ed operativo fino al 2017). L'attività di questi team ha grande incidenza nel processo decisionale dei governi di questi stati.

3.1. BIT: Behavioural Insights Team, Regno Unito²¹

Il BIT, a volte definito anche "Nudge Unit", è una unit creata nel 2010 come facente parte del governo del Regno Unito, ma oggi è una società privata, di proprietà parziale del Cabinet Office²². Il BIT si occupa dello sviluppo e dell'applicazione delle teorie comportamentali al fine di improntarvi le scelte di governo, migliorare i servizi pubblici e ottenere risultati per i cittadini e la società²³, mettendo in pratica le scienze comportamentali. In particolare, il BIT applica la teoria dei *nudges*, formulata da Thaler e Sunstein; non è un caso che Thaler stesso abbia lavorato all'interno di questo team.

Oggi ne fanno parte 168 membri, tra cui psicologi, economisti, politologi, giuristi, statisti e numerosi ricercatori impegnati in vari ambiti di ricerca; la composizione è quindi multidisciplinare.

Per prendere decisioni, il governo britannico si basa sempre più spesso sui risultati ottenuti dal BIT, al fine di aumentare il benessere dei cittadini, riducendo anche i costi delle politiche statali.

Ciò è possibile anche grazie alla buona qualità del processo decisionale del Regno Unito²⁴, in cui è radicata sia la pratica dell'analisi preventiva di impatto della regolamentazione, sia la valutazione dell'impatto ex post delle politiche pubbliche²⁵. La valutazione delle politiche pubbliche non ha l'obiettivo di sostituirsi alla decisione politica, ma di aiutare il legislatore ad adottare decisioni informate e consapevoli, alla luce

²¹ www.bi.team ultima consultazione 9 aprile 2019.

²² www.gov.uk/government/organisations/behavioural-insights-team ultima consultazione 9 aprile 2019.

²³ www.bi.team/about-us/ ultima consultazione 9 aprile 2019.

²⁴ Come affermato in Report OCSE, *Better Regulation in Europe: United Kingdom*, Parigi, 2010.

²⁵ A. SANSÒ, *Valutazione di impatto ex ante ed ex post e valutazione delle politiche pubbliche nel Regno Unito*, in *Dossier Esperienze*, Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica, luglio 2015, 5.

dell'analisi degli effetti che un provvedimento può avere. In queste valutazioni oggi ha un ruolo fondamentale l'analisi comportamentale, applicata per studiare la possibile efficacia delle politiche pubbliche. Infatti l'analisi costi-benefici tradizionale è posta in crisi dalle *behavioural sciences*²⁶, che sostengono che la razionalità limitata porti distorsioni nella formazione della volontà degli individui, che prenderebbero quindi decisioni non sempre, per la verità quasi mai, razionali; da ciò discende che l'analisi costi-benefici, essendo basata su calcoli più teorici che pratici, ha efficacia limitata, mentre un'analisi che prende in considerazione i risultati delle scienze comportamentali, e quindi anche sulla *nudge theory*, essendo più calata nella realtà dei meccanismi decisionali dei singoli, può fornire una rappresentazione più concreta e quindi efficiente. Si sostiene però che non siano ancora state presentate prove sufficientemente evidenti di fallimento dell'analisi costi-benefici, che tutto sommato rimane ancora oggi il miglior strumento di valutazione delle politiche statali²⁷. Sarebbe quindi prospettabile forse una riedizione dell'analisi costi-benefici alla luce dei risultati dell'economia comportamentale.

3.2. Social and Behavioral Sciences Team (SBST) e Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) Stati Uniti

Il Social and Behavioral Sciences Team (SBST), gruppo di esperti di scienze comportamentali, è stato istituito con l'Executive Order 13707 dal Presidente Obama il 15 settembre 2015, all'interno dell'Executive Office of the President. In questo atto i dipartimenti e le agenzie vengono sollecitati ad «(i) individuare le politiche, i programmi e le operazioni in cui applicando i *behavioral science insights* è possibile produrre miglioramenti sostanziali nel benessere pubblico, nei risultati dei programmi, e nel rapporto costi-benefici dei programmi stessi; (ii) sviluppare strategie per l'applicazione dei *behavioral science insights* ai programmi e, dove possibile, per testare e per valutare rigorosamente l'impatto di tali *insights*; (iii) assumere esperti di scienze comportamentali al servizio del governo federale, in misura adeguata a raggiungere gli obiettivi; e (iv) rafforzare i rapporti degli enti governativi con la comunità dei ricercatori, così da utilizzare al meglio i risultati empirici che derivano dalle scienze comportamentali»²⁸. Tale team purtroppo, a partire dal 21 gennaio 2017, non è più attivo. Tuttavia, il *nudge* non ha abbandonato il processo decisionale americano. Infatti, esso è strumento utilizzato dall'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), alla cui guida vi è stato anche Cass R. Sunstein, dal 2009 al 2012, che ha improntato il modo di lavorare di questo Ufficio,

²⁶ M. BOSCHI, F. LAMBIASE, *Nudging. Il contributo di Thaler alla scienza economica e alcuni riflessi dell'economia comportamentale sulla valutazione delle politiche pubbliche*, in *Dossier Esperienze*, Ufficio Valutazione Impatto del Senato della Repubblica, Febbraio 2018, 9-11.

²⁷ T.J. BRENNAN, *Behavioural economics and policy evaluation*, in *Journal of Benefit-Cost Analysis*, 5, 1, 2014, 89-109.

²⁸ Executive Order 13707, *Using Behavioral Science Insights To Better Serve the American People*, 15 settembre 2015. Testo integrale: www.federalregister.gov/documents/2015/09/18/2015-23630/using-behavioral-science-insights-to-better-serve-the-american-people ultima consultazione 13 aprile 2019.

mettendo in pratica la nudge theory sviluppata con Richard Thaler. In una realtà come quella statunitense, l'operato di Sunstein non poteva restare esente da critiche: infatti furono numerose le critiche al suo approccio, colpevole di minare la libertà dei cittadini americani. A queste obiezioni Sunstein risponde ribadendo l'idea che un governo possa intervenire nelle vite dei cittadini, ma senza imporre regole, piuttosto invece spingendoli verso i comportamenti che potrebbero migliorarne le vite, lasciandoli però liberi di scegliere. Questo approccio, secondo l'autore, dovrebbe rispondere a due parole d'ordine: semplificazione e trasparenza²⁹. Si punta infatti a sottoporre ogni nuova possibile regola a un processo formalizzato di controllo per valutare se sia necessario o meno un intervento normativo e, se del caso, a migliorare le proposte di legge.

4. *Nudge* e diritto: luci ed ombre

Giunti al punto centrale dell'analisi dello strumento del *nudge*, è necessario indagarne le caratteristiche al fine di verificare la sua compatibilità rispetto alla *rule of law*³⁰. Per fare ciò, è necessario isolare determinati aspetti, alla luce dei quali ricavare i pro e i contro di questo tipo di approccio, in relazione alla prospettiva di un suo utilizzo da parte del potere pubblico³¹.

Occorre segnalare immediatamente una conclusione che si può trarre dal confronto tra uso di pungoli nel settore privato e nel settore pubblico: il *nudging* privato in generale può fare a meno della regolazione giuridica, dato che può essere considerato un'operazione di marketing come un'altra, con i dovuti limiti da rispettare; in ambito pubblico invece i problemi che possono porsi dal punto di vista del rapporto tra *nudging* e diritto sono molteplici. Partendo dal suo rapporto con i diritti degli individui, passando per una sua possibile qualificazione giuridica, fino a giungere a chiedersi se possa essere sottoposto ad un controllo di legittimità, magari anche giurisdizionale³².

4.1. *Nudge* e *rule of law* nell'Unione Europea

Innanzitutto, è necessario sottoporre il *nudge* a una valutazione di legittimità³³, per verificarne la compatibilità con lo stato di diritto.

Una delle critiche mosse per prima alla teoria dei pungoli è quella di essere limitativa della libertà individuale³⁴, dato che per ammissione dei suoi stessi ideatori, è uno strumento che lavora mediante la

²⁹ C.R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2014.

³⁰ A. ALEMANNI, A. SPINA, *Nudging Legally: On the Check and Balances of Behavioural Regulation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2014.

³¹ C.R. SUNSTEIN, *The Ethics of Nudging*, in *The Harvard John. M. Olin Discussion Paper Series*, 806, 2015.

³² E. CAVALIERI, *Casseese e la legittimità della "spinta gentile"*, in *Osservatorio AIR*, 12 febbraio 2015, www.osservatorioair.it/casseese-la-legittimita-della-spinta-gentile/, ultima consultazione 13 aprile 2019.

³³ M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 362-368.

³⁴ 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*, in *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2013, 3-5.

manipolazione delle scelte dei cittadini³⁵. Da questa affermazione poi, discende anche un problema in termini di trasparenza³⁶, dato che la modifica dell'ambiente in cui le persone prendono decisioni potrebbe avvenire in modo occulto, a loro insaputa. Inoltre, è da verificare anche il rapporto tra *nudge* e libertà di autodeterminazione, dato che l'influenza dei poteri pubblici, attraverso i pungoli, sul contesto decisionale del singolo ha come scopo quello di indirizzare le sue scelte.

Questo tipo di valutazione ruota intorno anche al tema dell'istituzione che si fa carico dell'utilizzo di questo tipo di strumento per l'attuazione delle politiche pubbliche, e, in quanto conseguenza necessaria, al tipo di provvedimento³⁷ che autorizza o dispone l'utilizzo del *nudging*, determinandone le finalità. Questi elementi dipendono dall'assetto costituzionale dei singoli stati. Tuttavia, è senz'altro possibile affermare che il *nudge* è stato sviluppato e pensato come strumento in mano al potere esecutivo, dato che la scelta del mezzo con cui raggiungere un fine di politica pubblica solitamente spetta all'amministrazione.

A livello internazionale, una norma cui agganciare un ragionamento sulla legittimità dell'approccio della "spinta gentile" è l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo³⁸ che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Tale articolo, al secondo paragrafo, ammette eccezioni a tale diritto: nei casi tassativamente indicati vi può essere ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di questo diritto. Come affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sua giurisprudenza, la nozione di vita privata è aperta³⁹. In essa è ricompreso anche il diritto all'autonomia e allo sviluppo individuale⁴⁰. L'applicazione dell'approccio del *nudge* da parte delle istituzioni pubbliche quindi è compatibile con la CEDU solo in quanto rientrante nei limiti previsti dal predetto articolo, come interpretato dalla Corte. Per tale ragione, è necessario che l'applicazione del *nudging* sia legittimata da una previsione normativa, e che sia rispettato il requisito della trasparenza, altrimenti i soggetti "pungolati" non sarebbero messi in condizione di adire un

³⁵ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., 82 e 239.

³⁶ A. CANDIDO, *La nudge regulation. Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, in *Amministrazione In Cammino*, 6 maggio 2012,7; A. VAN AAKEN, *Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU*, in *University of St. Gallen Law School: Law and Economics Research Paper Series*, 1, 2015, 14-16.; 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*, cit.

³⁷ C. MCCRUDDEN, J. KING, *The Dark side of Nudging: The Ethics, Political, Economy and Law of Libertarian Paternalism*, in *Michigan Law: Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 485, 2015, 123. In particolare, si osserva come il nudge possa passare attraverso il processo legislativo, come nel caso della riforma del traffico stradale attuata nei Paesi Bassi nel 1991, che ha approvato interventi riconducibili al nudging attraverso le vie legislative ordinarie. Altro esempio è l'utilizzo del nudge in attuazione del Pension Act del 2008, approvato dal Congresso degli Stati Uniti. Tuttavia, è necessario sottolineare come questi esempi rappresentino delle eccezioni.

³⁸ Art. 8 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, testo integrale: «Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

³⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Friend e altri c. Regno Unito*, 24 novembre 2009, par. 41.

⁴⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Leyla Sahin c. Turchia*, 10 novembre 2005, *dissenting opinion* del Giudice F. Tulkens, par. 12; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007, par. 71.

giudice nell'eventualità che si verificassero abusi. In caso contrario, ci troveremmo di fronte a diritti-non-diritti, dato che non possiamo affermare l'effettiva titolarità di un diritto in caso di impossibilità di agire in giudizio per la sua difesa.

Lo stesso art. 8 è stato peraltro richiamato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel caso *Hoechst AG c. Commissione delle Comunità Europee*, nel quale tale Corte ha affermato che «in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri, gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi contemplati dalla legge. Questi sistemi prevedono pertanto, seppure con modalità diverse, una protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati. L'esigenza di una siffatta protezione deve quindi essere ammessa come un principio generale del diritto comunitario»⁴¹. Alla luce di questa affermazione, è necessario verificare la proporzionalità delle misure di paternalismo libertario, secondo quanto disposto dall'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁴². A tal fine, è necessario un bilanciamento, non in astratto ma caso per caso, tra l'autonomia individuale e gli obiettivi di benessere dei singoli perseguiti dai pubblici poteri attraverso il *nudge*⁴³.

4.2. Accettabilità

Ammessa, a certe condizioni, la legittimità del *nudge*, è ora opportuno chiedersi se le misure applicative di questo approccio possano essere considerate accettabili. Il problema dell'accettabilità si collega necessariamente al contesto politico-culturale in cui tali misure vengono applicate. Al tema accennano anche Thaler e Sunstein, seppur in modo superficiale, che si avvedono del fatto che molti siano restii ad ammettere un intervento della pubblica amministrazione al fine di influenzare le scelte individuali, soprattutto a causa di uno scetticismo verso la competenza e benevolenza del governo: infatti si ritiene frequentemente che i funzionari pubblici siano sempre più attenti ai propri interessi e a favorire determinati gruppi, che al bene comune. Tuttavia, gli autori ritengono che, a maggior ragione quando si tratta di misure non coercitive, «se non vengono posti limiti alle scelte il rischio di un contesto decisionale inadeguato o addirittura corrotto sia contenuto»⁴⁴, essendo la libertà di scelta la miglior salvaguardia

⁴¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, cause riunite C-46/87 e C-227/88, *Hoechst AG contro Commissione delle Comunità Europee*, 21 settembre 1989, par. 19.

⁴² Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, art. 52, Portata dei diritti garantiti: «1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁴³ A. VAN AAKEN, *op. cit.*, 27-28.

⁴⁴ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, cit., 9-11.

contro tali rischi. Si registra quindi una certa ostilità anche in ambito statunitense che, insieme a quello britannico, ha dato i natali alle prime applicazioni della *nudge theory*. Anche in Regno Unito infatti, si registrano opinioni riluttanti rispetto al suo impiego: alcuni ritengono che spesso il governo tenda a falsare il concetto di *nudge*, che come già osservato effettivamente non risulta ad oggi ancora chiaro, per piegarlo ai propri scopi politici⁴⁵.

Le difficoltà di accettare l'impiego di un metodo come il *nudging* in ambito pubblico sono strettamente legate, come anticipato, al contesto politico-culturale. Una possibile via da seguire è ancora una volta quella che punta alla trasparenza.

Negli Stati Uniti, ad esempio, «nessun'altra idea, più di quella di libertà, è così fondamentale per l'immagine che gli americani hanno di se stessi, come individui e come nazione»⁴⁶: da ciò discende una connaturata avversione verso politiche di tipo paternalistico, anche *soft*, come può essere considerato il *nudge*. Di ciò il governo americano è senz'altro consapevole, per cui si è previsto all'interno dell'OIRA un meccanismo di trasparenza e coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali che risponde allo slogan «Your Voice in Federal Decision-Making»⁴⁷.

Nel Regno Unito⁴⁸ da circa vent'anni vi è grande sforzo da parte delle istituzioni per aumentare la trasparenza e l'*accountability* del governo, puntando all'*open government*, attraverso programmi di *open data* e crescente uso di strumenti partecipativi. In questo modo si realizza un circolo virtuoso tra le autorità e i cittadini: le prime devono rendere conto del loro operato ai secondi, e questi hanno la possibilità di esercitare un controllo costante sulle prime.

5. Nudge in Italia

Sulla base di quanto osservato nella disamina che precede, resta da porsi un interrogativo fondamentale: il *nudging* è applicabile in Italia? Se sì, con quali obiettivi?

Ci stati alcuni tentativi localizzati di porre in essere questo tipo di strategia⁴⁹, alcuni rimasti nelle intenzioni dei loro promotori e altri che hanno visto la luce; non si riscontrano però allo stato attuale progetti concreti di applicazione a livello di amministrazione centrale.

⁴⁵ C. BONELL, *op. cit.*

⁴⁶ E. FONER, *Storia degli Stati Uniti d'America. La "libertà americana" dalle origini a oggi*, Roma, 2017.

⁴⁷ www.regulations.gov ultima consultazione 13 aprile 2019.

⁴⁸ Sono attualmente 483, secondo *Open Democracy*, le piattaforme di *open government* presenti nel Regno Unito, www.opendemocracy.it/open-government/regno-unito/ ultima consultazione 13 aprile 2019.

⁴⁹ È possibile elencare a titolo esemplificativo: ABQ – l'abc della qualità della vita di Roma capitale; Nudge Unit per la Regione Lazio; Campagna No-Credit, Provincia Autonomia di Bolzano; Nudge per un uso responsabile degli antibiotici, ARS Toscana; Progetto sperimentale: la teoria dei nudge applicata alla segnaletica pedonale del Comune di Firenze; Menzionate in S. FEROLDI, *op. cit.*, pp. 39-50. Si veda inoltre A. CASU, *Fare meglio con meno. Nudge per l'amministrazione digitale*, Milano, 2015, 69-72.

5.1. Legittimità

A livello di legittimità il *nudge*, per essere ammissibile in Italia, dovrebbe in primo luogo rispettare i limiti visti in precedenza per quanto riguarda i paesi membri dell'Unione Europea e parti della CEDU. Inoltre, si devono aggiungere alcune specificità relative all'assetto costituzionale nazionale. La Costituzione italiana non afferma espressamente il diritto di autodeterminazione individuale, tuttavia, anche alla luce della CEDU per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, la Corte Costituzionale ne ha ammesso l'esistenza, sulla base dell'art. 32 della Costituzione⁵⁰, in contesti che riguardavano peraltro diritti molto sensibili e ambiti molto discussi.

Ciò non significa però che i *pungoli* siano di per sé illegittimi, dato che se ben concepiti ed applicati in modo trasparente potrebbero orientare le scelte dei singoli semplicemente aumentando la chiarezza del panorama di possibili scelte tra cui l'individuo si trova a dover prendere una decisione. Senza impattare quindi sull'autodeterminazione. Inoltre, il *nudging* sarebbe opportuno si limitasse, almeno per ora, ad interventi puntiformi, per migliorare il benessere dei cittadini intervenendo in piccoli ambiti, a vantaggio di tutta la comunità⁵¹.

5.2. Accettabilità

Dal punto di vista dell'accettabilità, preliminarmente dobbiamo affermare che nel contesto italiano non è presente una cultura della trasparenza, comparabile a quella che abbiamo potuto riscontrare in ambito anglosassone, tale da rendere il terreno nazionale fertile rispetto alla messa in atto del *nudging*⁵². Ciò perché in Italia l'amministrazione ha per lungo tempo mantenuto un atteggiamento di inaccessibilità rispetto ai cittadini, che solo recentemente ha iniziato a disarticolarsi, seppur in modo ancora limitato, grazie all'introduzione della cd. amministrazione trasparente⁵³. Inoltre, non è da trascurare un atteggiamento diffuso di diffidenza dei cittadini nei confronti dell'azione della pubblica amministrazione, derivante da una conseguenza dell'insufficiente trasparenza, ossia il difetto di *accountability* e di credibilità dei *policy makers*.

Da tutto ciò discende una sfiducia degli amministrati nei confronti degli amministratori, che potrebbe portare i primi a ritenere le spinte gentili come forme di raggiro nei loro confronti attuate dai secondi. Ciò

⁵⁰ In via esemplificativa: *Corte Costituzionale*, 25 giugno 1981, n. 108, in tema di interruzione volontaria di gravidanza; *Corte Costituzionale*, 23 maggio 1985, n. 161, in materia di identità sessuale; *Corte Costituzionale*, 10 giugno 2014, n. 162, in tema di procreazione medicalmente assistita; *Corte Costituzionale*, 16 novembre 2018, n. 207, in materia di fine vita.

⁵¹ Per un'affermazione dell'ammissibilità di interventi non irragionevolmente limitatori dell'estrinsecazione della personalità che hanno lo scopo di tutelare la salute individuale, considerata anche interesse della collettività, si vedano: *Corte Costituzionale*, 16 maggio 1994, n. 180, in tema di obbligo dell'uso del casco; *Corte Costituzionale*, 18 febbraio 2009, n. 49, in tema di obbligo dell'uso di cintura di sicurezza.

⁵² V. AZZOLINI, *Non è un Paese per spintarelle gentili*, in *Econopoly – Res Publica*, il *Sole24ore*, 15 ottobre 2017, www.econopoly.ilsole24ore.com/2017/10/15/perche-litalia-non-e-un-paese-per-nudge-strategy/ (ultima consultazione 13 aprile 2019).

⁵³ Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97.

di fatto vanificherebbe l'effetto di persuasione perseguito attraverso i *nudges*. Infatti, i pungoli, per poter funzionare, necessitano di fiducia da parte dei cittadini verso il governo, in modo che essi possano ritenere che le opzioni suggerite da quest'ultimo vadano nella direzione della massimizzazione del benessere del singolo e della comunità.

Al fine di creare questo rapporto fiduciario, è necessario incrementare non solo la trasparenza dell'amministrazione, ma anche la percezione che i cittadini ne hanno. Lo stesso vale per il principio di imparzialità sancito dall'art. 97, secondo comma, della Costituzione.

6. Conclusioni: una proposta

A questo punto non resta che tentare di dare una risposta ai quesiti preliminarmente posti. Per chi scrive, alla luce dell'intera analisi, il *nudge* è applicabile in Italia, nel rispetto dell'assetto costituzionale dello Stato. Restano le perplessità già richiamate sulla possibilità che esso funzioni allo stato attuale, tuttavia è auspicabile che l'amministrazione intraprenda un percorso sempre più finalizzato a raggiungere un livello di fiducia da parte dei cittadini funzionale non solo all'applicazione dei pungoli, ma ad un miglioramento in generale del funzionamento dello Stato. Quindi: *nudge* sì, ma in quale direzione? Visto l'annoso problema di ipertrofia legislativa⁵⁴ da cui è affetto il nostro Paese, il processo di *policy making* andrebbe rivisto. In questo senso andrebbe potenziato lo strumento dell'AIR – analisi di impatto della regolamentazione, che oggi viene utilizzata male, spesso solo a livello superficiale, per spuntare la casella dagli adempimenti necessari al processo decisionale, nella direzione di «snellimento, semplificazione e non sovrapposizione della produzione normativa»⁵⁵, quindi della cd. *better regulation*. Ciò che propongo è di fondare l'AIR anche sulle scienze comportamentali per moltiplicare esponenzialmente l'efficienza e l'efficacia delle politiche pubbliche scegliendo, tra un ampio panorama di possibilità, lo strumento, normativo o meno, più adatto. In detto panorama va ricompreso il *nudging*. Tutto ciò avrebbe due vantaggi fondamentali: aumentare la chiarezza riducendo la sovrapproduzione normativa e il notevole risparmio di spesa pubblica.

⁵⁴ V. AZZOLINI, *Spinte gentili e analisi di impatto, ecco la soft army contro la babele del diritto*, in *Econopoly – Res Publica*, il Sole24ore, 8 dicembre 2015, www.econopoly.ilsole24ore.com/2015/12/08/spinte-gentili-e-analisi-di-impatto-ecco-la-soft-army-contro-la-babele-del-diritto/ (ultima consultazione 13 aprile 2019).

⁵⁵ Servizio per la qualità degli atti normativi, *Lo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) nella relazione annuale del Governo al Parlamento*, 2011, 2.